

Sygn. akt: KIO 1145/16

WYROK
z dnia 20 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **ATA-TECHNIK sp. z o.o. sp. k.a., Os. Cechowe 31, 64-840 Budzyń** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Piła, pl. Staszica 10, 64-920 Piła,**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia: **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**
 - 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
 - 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
 - wezwanie wykonawcy Skanska S.A. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do uszczegółowienia wyjaśnień złożonych pismem z dnia 8 czerwca 2016 r.,**
- 2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
- 3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gmina Piła, pl. Staszica 10, 64-920 Piła, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ATA-TECHNIK sp. z o.o. sp.k.a., Os. Cechowe 31, 64-840 Budzyń** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Gmina Piła, pl. Staszica 10, 64-920 Piła na rzecz wykonawcy: ATA-TECHNIK sp. z o.o. sp. k.a., Os. Cechowe 31, 64-840 Budzyń** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Piła, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie „Rewitalizacja obszarów przemysłowych i powojkowych na terenie miasta Piły - rozwój strefy przemysłowej Piła południowo-wschodnia (rejon ul. Wawelskiej) - przebudowa i rozbudowa ul. Wawelskiej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 074-128280 w dniu 15 kwietnia 2016 r.

Wykonawca ATA-TECHNIK sp. z o.o. sp.k.a z siedzibą w Budzynie wniósł odwołanie wobec:

- 1) wyboru oferty SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej (zwany dalej „SKANSKA”);
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA;
- 3) zaniechania wezwania konsorcjum: ASTA-BUD sp. z o.o. i „POL-DRÓG DRAWSKO POMORSKIE” S.A. (zwane dalej „Konsorcjum”) do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 4) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum;

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA, pomimo, że oferta ww. wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA, pomimo, że ww. wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA, pomimo, że ocena wyjaśnień, jakie złożył ww. wykonawca wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA, pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na fakt, że ww. oferta zawiera usługi oferowane poniżej kosztów ich świadczenia, a także zawiera ustalenie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od realiów rynkowych i ustaleniu ich na danym poziomie po to, aby zdobyć jak najwyższą punktację w rankingu ofert;

- 5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i dokonanie wyboru oferty SKANSKA mimo tego, że oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 6) art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty SKANSKA sprzecznie z przepisami ustawy, nie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ponieważ jest to wykonawca, którego oferta powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 7) art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo tego, że ww. oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 8) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo tego, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty SKANSKA;
- odrzucenia oferty SKANSKA;
- odrzucenia oferty Konsorcjum;
- przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- dopuszczenie oraz przeprowadzanie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania na okoliczności tam wskazane;
- dopuszczenie oraz przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego lub biegłych z zakresu kosztorysów i rozliczenia inwestycji budowlanych, na okoliczność - czy ceny za wykonanie zamówienia, zawarte w ofertach SKANSKA i Konsorcjum, są rażąco niskie, a także tego, czy ceny jednostkowe, zawarte w kosztorysach SKANSKA i Konsorcjum, są rażąco niskie, z uwzględnieniem możliwości wykonania zamówienia lub danej jednostki za daną cenę, w tym osiągnięcia zysku oraz z uwzględnieniem porównania do cen rynkowych;
- dopuszczenie i przeprowadzanie dowodów z zeznań:
 - a) Odwołującego - w osobie Pana M.G.;
 - b) świadka - Pana K.K.;

na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, a w szczególności na okoliczności przebiegu postępowania, nieprawidłowego skalkulowania przez SKANSKA i Konsorcjum cen jednostkowych dla poszczególnych robót wskazanych w załączonych do ofert kosztorysach ofertowych, ustalenia faktycznych minimalnych kosztów wykonania czynności objętych ofertami.

Odwołujący wyjaśnił, że w postępowaniu złożono następujące oferty:

- a) ATA-TECHNIK - cena brutto: 14.566.685,28 zł,
- b) SKANSKA - cena brutto 9.810.450,81 zł,
- c) Konsorcjum - cena brutto 13,523.931,88 zł.

W dniu 6 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę SKANSKA, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dniu 8 czerwca 2016 r. wykonawca SKANSKA skierował do Zamawiającego odpowiedź na ww. wezwanie.

W dniu 27 czerwca 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez SKANSKA, drugie miejsce w rankingu ofert zajęło – Konsorcjum, a III - ATA-TECHNIK (Odwołujący).

ZARZUT RAŻĄCO NISKIEJ CENY, ZAWARTEJ W OFERCIE SKANSKA

Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy SKANSKA zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednak Zamawiający nie odrzucił jej w toku postępowania, co doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i art. 90 ust. 3 Pzp. Podkreślił, że zgodnie z art. 90 ust. 2, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Ponadto, w orzecznictwie przyjmuje się, że w celu dokonania oceny, czy cena oferty stanowi cenę rażąco niską, istotne jest ustalenie, czy w danym postępowaniu wynagrodzenie wykonawcy ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego czy kosztorysowego (tak wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2015 r., KIO 2734/14).

Ustalenie charakteru wynagrodzenia wykonawcy ma istotne znaczenie, ponieważ w zależności od tego, czy wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, czy kosztorysowy, inaczej kształtuje się obowiązek jego zbadania pod kątem rażąco niskiej ceny. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego w zakres badania wchodzi wynagrodzenie za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a także poszczególne ceny jednostkowe czy też inne elementy, które służą do ustalenia wysokości wynagrodzenia - ale co do zasady tylko wtedy, gdy ceny jednostkowe czy inne elementy w istotny sposób wpływają na wynagrodzenie za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego badaniu podlega zawsze zarówno wynagrodzenie za wykonanie całości

przedmiotu zamówienia, jak i poszczególne ceny jednostkowe czy też inne elementy, które służą do ustalenia wysokości wynagrodzenia.

Analiza postanowień Specyfikacji i Wzoru Umowy pod kątem charakteru wynagrodzenia wykonawcy prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie to ma niewątpliwie charakter kosztorysowy.

Kosztorysowy charakter wynagrodzenia wynika bezpośrednio z rozdziału XIX, pkt 1 oraz rozdziału XXIV, pkt 1 Specyfikacji. Podobnie wskazuje się w § 6 ust. 1 Wzoru Umowy.

Ponadto z rozdziału XIX Specyfikacji wynika, że rozliczanie wykonania umowy, w tym wystawianie faktur, będzie oparte o tabele rozliczeniowe, sporządzone w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w kosztorysach ofertowych oraz ilość rzeczywiście wykonanych jednostek asortymentowych.

Z treści § 6 w zw. z § 10 Wzoru Umowy wynika, że łączna cena brutto oferty, ustalona przez wykonawców w ww. sposób, nie ma charakteru ostatecznego - jeżeli bowiem zajdzie konieczność zwiększenia ilości robót objętych umową w stosunku do kosztorysu ofertowego lub wykonania robót nieprzewidzianych w kosztorysie ofertowym, wykonawca będzie zobowiązany wykonać tego typu dalsze roboty. Zgodnie z § 10 ust. 5 Wzoru Umowy, wynagrodzenie wykonawcy za tego typu roboty będzie kalkulowane odmiennie w zależności o tego, czy odpowiadają one opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym. Stawki i narzuty zostały określone w zał. nr 11 do oferty, przy czym zgodnie z treścią ww. dokumentu, „Określone przez Wykonawcę stawki i narzuty nie mogą być wyższe od przyjętych przy kalkulacji cen w kosztorysie ofertowym”.

Z powyższego wynika, że ceną za wykonanie zamówienia jest łączna cena brutto oferty, przy czym rozliczenie wykonania umowy następować będzie na podstawie cen jednostkowych.

Po drugie, ceną za wykonanie zamówienia są również ceny jednostkowe, bowiem w przypadku, gdy konieczne stanie się nabycie przez Zamawiającego większej ilości jednostek obmiarowych asortymentów robót, niż to zostało założone w kosztorysie stanowiącym podstawę kalkulacji łącznej ceny brutto, wówczas wykonawcy będzie przysługiwać wynagrodzenie dodatkowe, ustalone, co do zasady, na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie. Ceny jednostkowe były także podstawą dla określenia łącznej ceny brutto oferty.

Należy zatem stwierdzić, że nie tylko łączna cena brutto, ale również ceny jednostkowe, zaoferowane przez SKANSKA. muszą podlegać ocenie z punktu widzenia tego, czy są rażąco niskie. Zdaniem Odwołującego, zarówno łączna cena zamówienia, jak i poszczególne ceny jednostkowe, dotyczące istotnych, cenotwórczych pozycji kosztorysu ofertowego, zakwalifikować należy jako rażąco niskie.

Łączna cena brutto oferty SKANSKA, wynosi 9.810.450,81 zł. a zatem jest niższa aż o 44,6% od szacunkowej wartości zamówienia brutto (tj. 17.707.366,09 zł) i o 22,4% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (tj. 12.633.689,32 zł).

Zdaniem Odwołującego, tak duża różnica pomiędzy łączną ceną brutto oferty SKANSKA, a szacunkową wartością zamówienia, niewątpliwie już sama w sobie powinna stanowić podstawę do uznania ją za rażąco niską cenę.

Jednocześnie, analiza treści oferty SKANSKA wskazuje, że poszczególne jednostki cenowe, dotyczące istotnych, cenotwórczych pozycji kosztorysu ofertowego, powinny zostać uznane za ceny rażąco niskie. Mowa w tym miejscu w szczególności o pozycjach dotyczących robót bitumicznych i brukarskich, które, jak to wskazała SKANSKA w odpowiedzi na wezwanie jej Zamawiającego do wyjaśnień, mają największy potencjał cenotwórczy (str. 5 pisma SKANSKA z dnia 8 czerwca 2016 r.).

Odwołujący wskazał niektóre, najbardziej cenotwórcze elementy rozliczeniowe z kosztorysów ofertowych, w szczególności z zakresu robót bitumicznych i brukarskich, w podziale na jednostkę, cenę jednostkową i wartość dla ATA-TECHNIK, SKANSKA i Konsorcjum. Zdaniem Odwołującego, już pobieżna analiza tych danych wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo, iż jednostki cenowe zostały skalkulowane przez SKANSKA na bardzo niskim poziomie, w tym w szczególności poniżej kosztów ich wytworzenia.

I tak, po pierwsze, z treści kosztorysu ofertowego SKANSKA, rozdział 2.2: „Roboty drogowe” wynika, że beton asfaltowy AC 22 P jest wykorzystywany jedynie w ramach podstawy D.04.07.01 pn. „Podbudowa z betonu asfaltowego” (pozycje 70-71 kosztorysu ofertowego), przy czym łączna wartość prac wykonanych przez SKANSKA z użyciem tego materiału wynosi 601.295,57 zł. Natomiast z zestawienia materiałów do użycia w ramach „Robót drogowych”, znajdującego się na stronie 18 kosztorysu inwestorskiego, w pozycji 5, wynika, że cena betonu asfaltowego AC 22 P ma wynosić 206,66 zł za tonę, a łączna wartość ww. rodzaju betonu do użycia ma wynosić 772.915,05 zł. SKANSKA skalkulowała zatem wynagrodzenie za wykonanie ww. elementu na poziomie niższym niż koszt materiałów wymaganych do jego wykonania.

Podobnie, z treści kosztorysu ofertowego SKANSKA, rozdział 2.2: „Roboty drogowe” wynika, że beton asfaltowy AC 16 W jest wykorzystywany jedynie w ramach podstawy⁷⁴ D.04.08.01 pn. „Wyrównanie podbudowy betonem asfaltowym” (pozycje 72-74 kosztorysu ofertowego) oraz podgrupy D.05.03,05/a pn. „Nawierzchnia z betonu asfaltowego - warstwa⁷³ włączająca” (pozycje 78-79 kosztorysu ofertowego), przy czym łączna wartość prac wykonanych przez SKANSKA z użyciem tego materiału wynosi 833.162,99 zł. Natomiast z zestawienia materiałów do użycia w ramach „Robót drogowych”, znajdującego się na stronie 18 kosztorysu inwestorskiego, w pozycji 4, wynika, że cena betonu asfaltowego AC 16W ma wynosić 221,63 zł za tonę, a łączna wartość ww. rodzaju betonu do użycia ma

wynosić 1.638.739,08 zł. SKANSKA skalkulowała zatem wynagrodzenie za wykonanie ww. elementu na poziomie niższym niż koszt materiałów wymaganych do jego wykonania.

Podobnie, z treści kosztorysu ofertowego SKANSKA, rozdział 2.2: „Roboty drogowe”, podstawa: D.05.03.23 pn. „Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej” (pozycje 94-96 kosztorysu ofertowego) wynika, że łączna wartość prac wykonanych przez SKANSKA z użyciem kostki brukowej betonowej gr. 8cm, w kolorze: szarym, grafitowym (kolorowym), grafitowym ekologicznym (kolorowym ekologicznym), wynosi 411.566,80zł. Natomiast z zestawienia materiałów do użycia w ramach „Robót drogowych”, znajdującego się na stronie 18 kosztorysu inwestorskiego, w pozycjach 36-38, wynika, że łączna wartość ww. rodzajów kostki do użycia ma wynosić 455.099,23zł. SKANSKA skalkulowała zatem wynagrodzenie za wykonanie ww. elementu na poziomie niższym niż koszt materiałów wymaganych do jego wykonania.

Wyżej wskazane ceny materiałów, określone w kosztorysie inwestorskim, kształtują się w zdecydowanej większości przypadków na poziomie niższym, ewentualnie na poziomie zbliżonym do poziomu rynkowego, o czym świadczą posiadane przez Odwołującego oferty na zakup ww. materiałów (betonu asfaltowego AC 22 P i betonu asfaltowego AC 16).

Odwołujący zwrócił uwagę, iż fakt sztucznego manipulowania ww. cenami jednostkowymi, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego który wynika z zaniżenia ceny wskazanej w poz. 74 kosztorysu, sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, tj. za ułożenie 1 m² materiału o największej grubości (11 cm), pobierać najniższą cenę (18,00 zł). Jest to działanie kwalifikowane w orzecznictwie nie tylko jako zawarcie w ofercie rażąco niskiej ceny, ale także jako czyn nieuczciwej konkurencji.

W dniu 6 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał SKANSKA do:
„złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny; w tym do złożenia dowodów dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, a w szczególności kalkulacji kosztów bezpośrednich, tj. kosztów zakupu:

1. cenotwórczych materiałów.
2. pracy sprzętu.
3. robocizny.

wraz z przedłożeniem dowodów przeprowadzonej kalkulacji (do kalkulacji należy dołączyć dowody na potwierdzenie zawartych w wyjaśnieniach twierdzeń“.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że oceniając wyjaśnienia, będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, określone w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, tj. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa

od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W dniu 8 czerwca 2016 r. SKANSKA skierowała do Zamawiającego odpowiedź na ww. wezwanie. Zdaniem Odwołującego, SKANSKA nie wykazała, aby cena zawarta w jej ofercie nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie przyjmuje się, że wystąpienie przez zamawiającego do wykonawcy z wezwaniem do wyjaśnienia ceny ustanawia domniemanie prawne, że cena oferty jest rażąco niska. Obalenie tego domniemania należy do wykonawcy. Wykonawca, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, musi przekonać zamawiającego, że wątpliwości co do zaoferowanej ceny są nieuzasadnione. W tym celu powinien złożyć wyjaśnienia, które powinny być uzasadnione, po pierwsze, szczegółowym wykazaniem okoliczności wpływających na obniżenie ceny, oraz, po drugie, ich bezpośrednim przełożeniem na cenę. W związku z tym uznaje się za niezłożone wyjaśnienia, które zawierają wyłącznie ogólne, subiektywne lub nieweryfikowalne stwierdzenia, lub też zawierają wprawdzie skonkretyzowane, obiektywne okoliczności, ale nie kwantyfikują wpływu tych okoliczności na wysokość oferty.

SKANSKA została wezwana do złożenia szczegółowej kalkulacji kosztów bezpośrednich, wraz z przedłożeniem dowodów przeprowadzonej kalkulacji. Zamiast tego, ww. wykonawca przedstawił w wyjaśnieniach jedynie ogólne stwierdzenie, iż ceny jednostkowe, zawarte w jego ofercie cenowej, obejmują robocizną bezpośrednią wraz z narzutami - nie przedstawił jednak ani dowodów na poparcie ww. twierdzenia, ani, tym bardziej, szczegółowej kalkulacji ww. kosztów. Niewykonanie polecenia Zamawiającego w tym zakresie samo w sobie przesądzało o konieczności odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający określił szacunkową wartość robót z należytą starannością - kosztorys inwestorski został przygotowany w marcu 2016 r. przez firmę J.K. Projekt sp. z o.o., posiadającą wieloletnie doświadczenie w zakresie przygotowywania dokumentacji projektowych dot. dróg.

Odwołujący podniósł, że SKANSKA nie wykazała, aby fakt prowadzenia przez nią robót budowlanych w bliskiej odległości od miejsca robót budowlanych objętych przedmiotowym zamówieniem był faktem wyjątkowym, wyróżniającym ww. wykonawcę spośród pozostałych wykonawców. Wskazał, że lider Konsorcjum, firma ASTA-BUD, posiada siedzibę w Pile. Niezależnie od powyższego, SKANSKA nie wskazała i nie udowodniła, w jakim stopniu ww. czynnik przekłada się na możliwość dokonania oszczędności w wykonaniu zamówienia. Z porównania wartości dostosowania się przez wykonawców do wymagań ogólnych wynika, że to właśnie SKANSKA wykazuje najwyższy koszt (428.427,83

zł), podczas gdy koszt ten jest nieco niższy w przypadku POL-DRÓG (350.000,00 zł) i dużo niższy w przypadku Odwołującego (110.000,00 zł).

Podobnie, krytyki nie wytrzymał argument o możliwości skierowania jednej ekipy do dwóch robót. Oba zamówienia posiadają przecież określoną ilość czynności do wykonania i będą realizowane jednocześnie. Co za tym idzie, SKANSKA musi zapewnić określoną ilość pracowników na obu placach budowy i niezrozumiałe jest, jak możliwość skierowania do realizacji obu zamówień tych samych pracowników miałyby przełożyć się na jakiegokolwiek oszczędności.

Ponadto, SKANSKA nie wskazała i nie udowodniła, w jakim stopniu centralna polityka zakupowa przekłada się na możliwość dokonania oszczędności w wykonaniu zamówienia. Stwierdzenie to jest ogólne i nie poparte jakimikolwiek dowodami. SKANSKA nie wykazała również, aby fakt posiadania doświadczenia, sprawnej organizacji i systemu zarządzania ryzykiem był faktem wyjątkowym, wyróżniającym ww. wykonawcę spośród pozostałych wykonawców oraz w jakim stopniu ww. czynnik przekłada się na możliwość dokonania oszczędności w wykonaniu zamówienia. Według wiedzy Odwołującego, SKANSKA nie posiada żadnej wytwórni w pobliżu miejsca, gdzie ma być realizowane zamówienie (najbliższa wytwórnia mas bitumicznych leży w miejscowości Szubin - w odległości ok. 90 km od Piły). Natomiast zarówno Konsorcjum, jak i Odwołujący, przy wykonywaniu umowy mogliby zaopatrywać się w materiały pochodzące z wytwórni mas bitumicznych, położonej w Gminie Piła, należącej do członka Konsorcjum, tj. POL-DRÓG (Odwołujący posiada ofertę od firmy POL-DRÓG - z dnia 20 maja 2016 r.).

SKANSKA nie wskazała i nie udowodniła, że posiada korzystne umowy w zakresie wykonania robót brukarskich oraz dostawy betonów towarowych i posypek, oraz, w jakim stopniu ww. czynnik przekłada się na możliwość dokonania oszczędności w wykonaniu zamówienia.

Odwołujący podkreślił także brak związku innych postępowań realizowanych przez SKANSKA w okolicy z niniejszym postępowaniem, gdyż nie wykazano, w jaki sposób powyższe mogłyby wpływać na wykazanie oszczędności w wykonaniu zamówienia.

Uzupełniająco Odwołujący dodał, że przy ocenie, czy cena zaoferowana przez SKANSKA jest rażąco niska, należy uwzględnić okoliczności wpływające na poziom przyszłych kosztów, które w sposób prawdopodobny wystąpią w niniejszej sprawie, ze względu na określony w Specyfikacji i Wzorze Umowy stosunkowo długi okres realizacji zamówienia, obejmujący 3 lub 4 lata (w zależności od tego, czy Zamawiający skorzysta z przewidzianej w § 2 ust. 4 Wzoru Umowy możliwości skrócenia czasu wykonania umowy o 12 miesięcy - w przypadku pozyskania dodatkowych środków finansowych). Zdaniem Odwołującego, jest bardzo prawdopodobne, że od 2017 r. wzrosną ceny w branży budowlanej, i to zarówno w zakresie robocizny, jak i materiałów. Wynika to z faktu, że branża

budowlana obecnie zaczyna dopiero się odradzać po okresie spadku w latach 2012-2013, spowodowanego zakończeniem dużych projektów inwestycyjnych związanych z poprzednią finansową perspektywą unijną oraz organizacją mistrzostw UEFA Euro 2012 w Polsce. Poprawa kondycji przedmiotowego sektora nastąpi od 2017 r., w związku z napływem nowych funduszy unijnych, przyznawanych w perspektywie finansowej na lata 2014-2020 w ramach polityki spójności. Odwołujący podkreślił, że ani Specyfikacja, ani Wzór Umowy nie dopuszczają możliwości podwyższenia wynagrodzenia umownego. Tendencja wzrostowa w zakresie ceny materiałów koniecznych do wykonania zamówienia, tj. mieszanek mineralno-bitumicznych, wynika wprost z oferty cenowej na sprzedaż tego typu materiałów firmy Eurovia Polska S.A. dla Odwołującego w związku z udziałem w postępowaniu.

ZARZUT POPEŁNIENIA CZYNU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI PRZEZ SKANSKA

Odwołujący wskazał, że złożenie przez SKANSKA oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na fakt, że:

- na zasadzie art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, ww. oferta stanowi działanie sprzeczne prawem, ponieważ ma na celu utrudnianie pozostałym wykonawcom dostępu do uzyskania zamówienia poprzez zawarcie w niej usług oferowanych poniżej kosztów ich świadczenia, w celu eliminacji pozostałych wykonawców;
- na zasadzie art. 3 ust. 1 uznk, ww. oferta stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, naruszające interes innych wykonawców i klientów, ponieważ zawiera ustalenie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby zdobyć najwyższą punktację w rankingu ofert, co doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W sytuacji stwierdzenia, że cena zaoferowana przez wykonawcę w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest rażąco niska, poniżej kosztów wytworzenia danej usługi, nie wymaga się od wykonawcy przedstawienia szczegółowych dowodów w celu wykazania, że jego działanie nakierowane było na wyeliminowanie innych przedsiębiorców z rynku - przeciwnie, przyjmuje się, że nierealność najniższej ceny ofertowej równoznaczna jest z naruszeniem przez oferenta zasad uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 i 15 uznk.

Podobnie, w sytuacji, gdy wykonawca celowo manipuluje ceną w zamiarze uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, przyjmuje się, że jego działanie ze swej istoty nakierowane jest na wyeliminowanie innych przedsiębiorców z rynku. W orzecznictwie Izby przyjmuje się również, że na gruncie uznk, czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 jest działanie sprowadzające się do praktyki manipulowania cenami, mającymi charakter cen samodzielnych, opartych na wynagrodzeniu kosztorysowym, w oderwaniu od

realiów rynkowych - wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji w ramach rankingu ofert. W tej sytuacji spełnione są również pozostałe przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk, gdyż ww. działanie narusza interes innych przedsiębiorców, bowiem ogranicza rynkowe reguły uczciwego konkurencji, działanie takie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest zamawiający. Jak to zostało wykazane powyżej, SKANSKA nie tylko zawarła w swojej ofercie ceny jednostkowe zakładające świadczenie usług poniżej kosztów ich świadczenia, ale także co najmniej na poziomie pozycji 73-74 kosztorysu ofertowego manipulowała cenami w ten sposób, że cenę z pozycji 74 podała w sposób nieuzasadniony na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów, przy czym celem takiej operacji była zamierzona optymalizacja, sprowadzająca się do zamysłu uzyskania wyższej punktacji w rankingu ofert.

ZARZUT RAŻĄCO NISKIEJ CENY, ZAWARTEJ W OFERCIE KONSORCJUM

Oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednak Zamawiający w toku postępowania ani nie wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ani nie odrzucił tej oferty, co doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 Pzp.

Powołując się na dokonaną w odwołaniu analizę, Odwołujący wskazał, że również w przypadku ceny oferty Konsorcjum ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny, podlegać będzie zarówno łączna cena brutto, jak również ceny jednostkowe, zaoferowane przez Konsorcjum. Łączna cena brutto, zawarta w ofercie Konsorcjum, wynosi 13.523.931,88 zł, a zatem była niższa o 23,63 % od wartości zamówienia brutto (tj. 17.707.366,09 zł).

Różnica w cenie w stosunku do wartości zamówienia była w tym wypadku niższa niż 30%, co jednak samo w sobie nie wyklucza możliwości uznania, iż w ofercie Konsorcjum zawarta była cena rażąco niska (tak Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09).

Odwołujący wskazał na niektóre, najbardziej cenotwórcze elementy rozliczeniowe z kosztorysów ofertowych, w szczególności z zakresu robót bitumicznych i brukarskich, w podziale na jednostkę, cenę jednostkową i wartość dla ATA-TECHNIK, SKANSKA i Konsorcjum. Zdaniem Odwołującego, analiza treści zawartych w tabeli wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo, iż zawarte w niej jednostki cenowe zostały skalkulowane przez Konsorcjum na rażąco niskim poziomie - w szczególności w zakresie pozycji 51.70. 71.74. 78, 79. 94. 95. 96 i 107 kosztorysu ofertowego, w przypadku których Konsorcjum przyjęło w większości wypadków ceny kształtujące się na poziomie zbliżonym/nieco wyższym od SKANSKA.

Ponadto, należy uwzględnić okoliczności wpływające na poziom przyszłych kosztów, które w sposób prawdopodobny wystąpią w okolicznościach niniejszej sprawy - że, biorąc

pod uwagę stosunkowo długi okres realizacji przedmiotowego zamówienia, prawdopodobny wzrost cen robocizny i materiałów w sektorze usług budowlanych od roku 2017 oraz, w przypadku zmaterializowania się ww. ryzyka, brak możliwości modyfikacji treści Umowy poprzez podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy - od Konsorcjum, jako profesjonalisty, należy wymagać ukształtowania oferty w zakresie ceny na poziomie, który gwarantowałby prawidłowe wykonanie zamówienia w przypadku zmaterializowania się ww. ryzyka.

Odwołujący załączył do odwołania oferty cenowe na sprzedaż mieszanek mineralno-bitumicznych:

- a) firmy Eurovia Polska S.A. z dnia 19 maja 2016 r.;
- b) firmy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A. z dnia 19 maja 2016 r.;
- c) firmy „POL-DRÓG PIŁA” sp. z o.o. z dnia 20 maja 2016 r.;
- d) firmy P.U.H. „REDON” A.T. z dnia 23 maja 2016 r.;

a ponadto: wydruk ze strony internetowej J.K. Projekt sp. z o.o. oraz wydruk z informacji prasowej pt. „Polskie firmy budowlane ożywienie odczują najwcześniej w 2017 roku”.

Na posiedzeniu Odwołujący przedłożył opinię opracowaną przez M. G. Konsulting pt. „Opinia dotycząca zbadania ofert złożonych przez SKANSKA S.A. oraz Konsorcjum w składzie: ASTA-BUD sp. z o.o. i POL-DRÓG Drawsko Pomorskie S.A. w zakresie rażąco niskich cen ofertowych w postępowaniu [...]” na okoliczność, że ceny ofertowe SKANSKA i Konsorcjum nie pozwalają na wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a zatem są cenami rażąco niskimi. W ocenie Odwołującego, zarówno ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, jak i ceny jednostkowe są rażąco niskie w ww. ofertach. Analizie jednostkowej Odwołujący poddał kluczowe pozycje dla określenia wartości zamówienia, a ponadto zasadna jest analiza cen sumarycznych poprzez ocenę cen jednostkowych. Odwołujący wyjaśnił, że opinia zawiera analizę cen ofert w oparciu o dane własne autora opinii, dane ze strony www.cennik-budowlany.pl oraz ceny ofertowe konkretnych firm. Odwołujący wskazał, że tylko cena oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu jest ekwiwalentna w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że „w związku z możliwością korzystania z pobliskiej wytwórni mas bitumicznych należącej do firmy POL-DRÓG, posiada on w tym zakresie warunki bardziej korzystne od SKANSKA”. Wskazując na zaniżoną wycenę pozycji 73 i 74 kosztorysu SKANSKA Odwołujący odniósł je do ceny betonu wskazanej w ofercie SKANSKA podczas poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że ze stanowiska Przystępującego wynika, iż w ramach wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego nie złożył on kalkulacji kosztów bezpośrednich, zgodnie z treścią wezwania. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż wszelkie dowody i dodatkowe wyjaśnienia złożone przez SKANSKA na rozprawie nie powinny być brane pod uwagę przez Izbę, jako spóźnione.

Odwołujący podtrzymał także zarzuty w odniesieniu do oferty Konsorcjum, w tym w zakresie zaniżonej wyceny pozycji 70 i 71 kosztorysu w porównaniu do ceny materiałów (betonu) wskazanych w załączniku nr 12 do SIWZ.

Na rozprawie Odwołujący cofnął wniosek o przeprowadzenie dowodów z zeznań:

- Odwołującego - w osobie Pana M.G.;
- świadka - Pana K.K.;

na okoliczności przebiegu postępowania, nieprawidłowego skalkulowania przez SKANSKA i Konsorcjum cen jednostkowych dla poszczególnych robót wskazanych w załączonych do ofert kosztorysach ofertowych, ustalenia faktycznych minimalnych kosztów wykonania czynności objętych ofertami.

Wykonawca SKANSKA S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wniósł o nieuwzględnienie wniosku dowodowego Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kosztorysów i rozliczania inwestycji budowlanych, wskazując, że nie ma podstawy do powołania biegłego wówczas, gdy dowód z opinii biegłego może być zastąpiony innym dowodem, np. dowodem z dokumentu, a Odwołujący takiego dowodu nie składa. Przystępujący wniósł również o nieuwzględnienie wniosków dowodowych w zakresie zeznań świadków: M.G. i K.K., podnosząc, że przebieg postępowania jest jawny i znany jego uczestnikom, a Odwołujący nie wskazał okoliczności faktycznych, które miałyby zostać dowiedzione w oparciu o zeznania świadków.

W odniesieniu do zarzutów odwołania, Przystępujący podniósł, że wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wynikało ze stosunku ceny oferty Przystępującego do wartości przedmiotu zamówienia, a nie z wątpliwości Zamawiającego co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez SKANSKA za cenę podaną w ofercie. Taki sam zarzut był rozstrzygany przez KIO w sprawie KIO 726/16 w postępowaniu dotyczącym tego samego projektu i odwołanie w tej sprawie zostało oddalone. Zamawiający miał zatem porównanie dwóch ofert złożonych przez SKANSKA dla tego samego projektu.

Ponadto, w wyjaśnieniach z dnia 8 czerwca 2016 r. wskazał wyjątkowo sprzyjające okoliczności, które pozwoliły Przystępującemu na wycenę oferty na określonym poziomie, w tym m.in. pozyskanie zamówienia na przebudowę ul. Magazynowej (w ramach tego samego projektu).

Przystępujący podniósł, że ceny oferowane w przetargach publicznych nie są cenami rynkowymi, ponieważ nie kształtują się na wolnym rynku. Wskazał, że Odwołujący, podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, nie odnosi się do kalkulacji Przystępującego, lecz do ramowych założeń dotyczących ceny, zawartych w kosztorysie inwestorskim. Tymczasem wartość zamówienia jest ustalana z zapasem w celu zapewnienia

odpowiedniego budżetu na realizację zamówienia. Różnice w cenach ofert do wartości zamówienia w robotach budowlanych nie są zjawiskiem wyjątkowym. Przystępujący załączył zestawienie ofert składanych na terenie woj. Wielkopolskiego i kujawsko-pomorskiego, z którego wynika 40-50% różnica cen ofert w stosunku do wartości zamówienia. Podkreślił, że duża konkurencyjność na rynku zmusza wykonawców do szukania nowych sposobów na zdobywanie przewagi cenowej w ramach dostępnych mechanizmów rynkowych. SKANSKA dysponuje od lat dobrymi kontaktami handlowymi, w oparciu o umowy ramowe z czołowymi producentami lub dostawcami materiałów budowlanych, w przeciwieństwie do firmy Odwołującego.

Przystępujący wskazał, że twierdzenia Odwołującego o manipulacji cenami w zakresie poz. 72-74 kosztorysu ofertowego nie zostały udowodnione. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na nieuprawnione zaniżenie przez Przystępującego cen na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie udowodnił, że SKANSKA swoim działaniem utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też dąży do ich eliminacji z rynku.

Zdaniem Przystępującego, Zamawiający dokonał oceny oferty Przystępującego w sposób rzetelny, wzywając wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień i prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia.

W piśmie z dnia 14 lipca 2016 r. Przystępujący wniósł o pominięcie opinii sporządzonej przez M. G., złożonej przez Odwołującego na posiedzeniu. W jego ocenie, opinia ta nie uwzględnia przewagi konkurencyjnej SKANSKA i jest stanowiskiem subiektywnym. Opinia została oparta na danych własnych jej autora. Opinia wskazuje jedynie wybrane pozycje kosztorysowe, a nie odnosi się w ogóle do pozycji tzw. „zawyżonych”.

Przystępujący wyjaśnił, że SKANSKA prowadzi aktualnie budowę „Rewitalizacja obszarów przemysłowych i powojkowych na terenie miasta Piły – rozwój strefy przemysłowej Piła południowo-wschodnia (rejon ul. Wawelskiej)” – budowa drogi do terenów Podstrefy Piła PSSE oraz przebudowa i rozbudowa ul. Magazynowej”. Obie zatem budowy dają w tym przypadku możliwość utworzenia jednego placu budowy i zrealizowania zamówień jednym zespołem wykonawczym w postaci kadry inżynierskiej, minimalizując tym samym koszty własne oraz koszty publiczne. Wskazane zadanie zakończy się 30 kwietnia 2018 r., a przedmiotowe zamówienie – 8 maja 2020 r., przy czym minimalny umowny termin zakończenia inwestycji – to 8 maja 2019 r. Wobec powyższego Przystępujący miał prawo skalkulować koszty ogólne, w tym koszty kadry inżynierskiej na okres jednego roku. Przystępujący założył skrócony okres realizacji robót, co pozwala na istotne zmniejszenie kosztów. Koszty pośrednie zostały założone na poziomie 65% cen robocizny i sprzętu i jest to poziom całkowicie rynkowy.

Przystępujący wyjaśnił, że prowadzi centralną politykę zakupową. Dostawy materiałów są realizowane w ramach centralnych umów na ilości materiałów przekraczających potrzeby jednego projektu, co pozwala na uzyskanie cen korzystniejszych niż przeciętne ceny na rynku. Wykonawca załączył umowy i porozumienia z dostawcami materiałów i usług (na kruszywo, prefabrykaty betonowe, umowy o indywidualnym rabacie firmy Libet S.A. i Lafarge), które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Przystępujący wskazał również na spadkową tendencję cen asfaltów do produkcji mieszanek. Wyjaśnił, że SKANSKA rezerwuje asfalty w najkorzystniejszych cenowo miesiącach. Założył wykonanie większości nawierzchni bitumicznych w r. 2016 i połowie 2017 r. (umowa z firmą Lotos Asfalt Sp. z o.o.).

W złożonych wyjaśnieniach opisano czynniki do kalkulacji ceny ofert (15% zysk i 65% koszty pośrednie). Przyjęcie czynników minimalnych publikowanych w Sekocenbud lub katalogach KNR skutkowałoby zawyżeniem ceny.

Zamawiający, pismem z dnia 8 lipca 2016 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł na wstępie brak legitymacji prawnej Odwołującego do wniesienia odwołania, w szczególności brak wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia i rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, jako wykonawcy sklasyfikowanego na trzeciej pozycji w rankingu ofert. Zdaniem Zamawiającego, zarzut dotyczący oferty Konsorcjum został podniesiony jedynie formalnie, na potrzeby postępowania odwoławczego. Zamawiający wyjaśnił, że oferta Konsorcjum jest niższa o 7,16% od oferty Odwołującego – zarzut w tym zakresie służył jedynie wykazaniu legitymacji przez Odwołującego do zaskarżenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wskazał, że wartość zamówienia została określona z należytą starannością. Podkreślił nieprzewidywalność rynku robót budowlanych na początku roku, tj. w momencie szacowania wartości zamówienia. Załączył wyniki z różnych przetargów z I półrocza 2016 r., które pokazują trend cenowy na tym rynku. Zdaniem Zamawiającego, wadliwe jest porównywanie cen jednostkowych z kosztorysów inwestorskich i kosztorysów ofertowych. Porównanie tabeli elementów scalonych (załącznik nr 10 do oferty) złożonych ofert wskazuje, że to Odwołujący przedstawił najniższą cenę za dostosowanie do wymagań ogólnych Określonych przez Zamawiającego, pomimo że cena tej oferty jest najwyższa.

Zamawiający wyjaśnił, że posiada dane o cenach mas bitumicznych proponowanych przez POL-DRÓG do rozliczenia robót dodatkowych w postępowaniu na przebudowę i rozbudowę ul. Magazynowej. Ceny w tym zakresie zaoferowane przez tego wykonawcę Odwołującemu są znacznie wyższe. Ponadto, twierdzenie, że cena za jeden element jest wyceniona w kosztorysie ofertowym niż w innych ofertach nie jest tożsame z udowodnieniem, że cena oferty za cały przedmiot zamówienia jest rażąco niska.

W przedmiotowym postępowaniu cena jednostkowa nie rozstrzyga o zakresie i przedmiocie świadczenia.

Zamawiający nie miał wątpliwości, że cena oferty SKANSKA nie jest rażąco niska. Potwierdza to także średnia cena za 1 km robót drogowych drogi lokalnej w województwie wielkopolskim wg. Sekocenbud za II kwartał 2016 r. wynosi netto 2 180 707,63 zł, zaś wg oferty SKANSKA – 2 753 526,98 zł.

Zamawiający zaprzeczył zarzutowi popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Wyjaśnił, że komisja przetargowa bardzo wnikliwie dokonała oceny wszystkich złożonych ofert. Tylko oferta SKANSKA podlegała wyjaśnieniu na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, w świetle przesłanek określonych w tym przepisie. Zamawiający dokonał badania ofert w tym zakresie, mając na uwadze wyniki ostatnich przetargów na roboty drogowe w Pile i regionie. Analiza była dokonywana także w świetle cen publikowanych w Sekocenbud. Analizy te nie wykazały rażących odstępstw cen ofert od cen panujących na rynku.

SKANSKA na wezwanie Zamawiającego złożyła szczegółowe i obszernie wyjaśnienia pismem z dnia 8 czerwca 2016 r., poparte dowodami w postaci umów handlowych, które zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutu manipulowania cenami w zakresie pozycji 73-74 kosztorysu ofertowego, Zamawiający wskazał na różnice w objętości robót w tych pozycjach, co ma decydujące znaczenie dla wysokości ceny jednostkowej, gdyż inaczej kształtują się koszty ludzi, sprzętu i materiałów w rozłożeniu na 9000m² w porównaniu do 116m².

Ponadto, Odwołujący, w ocenie Zamawiającego, nie podjął próby wykazania przesłanki działania SKANSKA w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zdaniem Zamawiającego, zarzut wobec oferty Konsorcjum jest również bezzasadny. Zamawiający nie stwierdził, aby oferta Konsorcjum budziła wątpliwości co do rażąco niskiej ceny ofertowej. Podtrzymał w tym zakresie argumentację przedstawioną w odniesieniu do oferty SKANSKA. Zamawiający przedstawił porównanie ceny oferty Odwołującego i cen rekomendowanych w opinii M. G., wskazując pozycje niedoszacowane i pozycje zawyżone również w ofercie Odwołującego, co zostało całkowicie pominięte w przedstawionej opinii.

W piśmie z dnia 14 lipca 2016 r. Zamawiający podniósł, że ww. opinia jest nieprzydatna, zawiera szereg błędów, jest niekompletna i nie posiada waloru dowodowego. W opinii całkowicie pominięto analizę oferty Odwołującego, wobec czego analiza przedstawiona w opinii jest niepełna. Podstawą tej analizy są jedynie pojedyncze, wybrane pozycje kosztorysu ofertowego SKANSKA I Konsorcjum oraz tzw. Wymagań ogólnych.

Co do kosztów personelu – przyjęto w opinii błędne założenie zatrudnienia kadry kierowniczej na cały czas realizacji robót (4 lata), podczas gdy kadra kierownicza nie jest

przypisana do jednej budowy. Przyjęcie 100% kosztów personelu dla jednej budowy jest nieuzasadnione, zwłaszcza w przypadku budów realizowanych w bezpośrednim sąsiedztwie.

Koszty zaplecza, gdy jest ono własne, znacznie się obniżają w porównaniu z kosztem wynajęcia kontenerów. Ponadto, w opinii przyjęto zbyt dużą ilość kontenerów w stosunku do przewidywanej budowy i czasu jej realizacji. Zmniejszenie kosztów w tym zakresie powoduje prowadzenie dwóch budów obok siebie w tym samym czasie. Przyjmując za słuszną argumentację Odwołującego, należałoby uznać, że w zakresie tzw. Wymagań ogólnych to oferta Odwołującego jest rażąco niska i tym samym powinna podlegać odrzuceniu.

Dodatkowo, Odwołujący założył wzrost cen o 5-10% w trakcie realizacji zamówienia, co powinno jego zdaniem skutkować założeniem rezerwy w wysokości 5% ceny oferty. Zdaniem Zamawiającego, błędem jest wyliczanie tej wartości od ceny oferty, tj. wraz z podatkiem VAT. Wartość rezerwy na poziomie 5% nie została poparta żadnymi wiarygodnymi publikacjami czy analizami. Zdaniem Zamawiającego, cena asfaltu jest uzależniona od ceny ropy naftowej, a ta spada, co przeczy twierdzeniom Odwołującego o przewidywanym wzroście ceny asfaltu.

W ocenie Zamawiającego, autor opinii błędnie interpretuje załącznik nr 11 do oferty, który będzie miał zastosowanie wyłącznie do robót dodatkowych. Nie stanowi on treści oferty (pkt 19 rozdz. XVI SIWZ). Informacji w nim zawartych nie można odnosić do treści oferty.

Błędnie przyjęto również założenie co do rezerwy 3% na naprawy gwarancyjne, gdyż została ona wyliczona od wartości brutto oferty.

Opinia wskazuje na niedoszacowanie ofert wynikające z porównania do cen tzw. rekomendowanych. Jak wynika z analizy dokonanej przez Zamawiającego, ceny w poszczególnych pozycjach kosztorysowych w złożonych ofertach znacznie się różnią, ponieważ są kalkulowane indywidualnie przez każdego z wykonawców. Podkreślił, że większa ilość robót czy materiałów w poszczególnych pozycjach wpływa bezpośrednio na obniżenie ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że Odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej i posiada legitymację materialnoprawną w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp w niniejszej sprawie. Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp przy badaniu i ocenie dwóch ofert wskazanych w odwołaniu. W przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu podniesionych wobec obu wskazanych ofert, Odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia. W powyższym zakresie Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, co do braku legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przez wykonawcę SKANSKA S.A. przystąpienia do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego, stosownie do art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, jako wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu wartość zamówienia została ustalona w dniu 7 kwietnia 2016 r. na kwotę 14 396 232,59 zł, co stanowi równowartość 3 448 282,02 euro. Jest to zamówienie udzielane w częściach. Cała wartość zamówienia wynosi 22 060 107,26 zł, co stanowi równowartość 5 283 984,58 euro. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na podstawie kosztorysów inwestorskich opracowanych w marcu 2016 r.

Kryteria oceny ofert wykonawców zostały opisane w rozdziale XX SIWZ i nie były sporne pomiędzy stronami. Nie był sporny także fakt, że za wykonanie przedmiotu zamówienia ustalono wynagrodzenie umowne kosztorysowe. Zamawiający wymagał podania w ofercie wynagrodzenia za całość przedmiotu zamówienia oraz w rozbiciu na poszczególne elementy scalone, wyszczególnione w załączniku nr 10 do SIWZ. Ostateczną cenę oferty, obejmującą całość przedmiotu zamówienia stanowiła suma wartości określonych w Tabeli elementów scalonych (załącznik nr 10 do SIWZ) oraz podatku VAT.

Zamawiający wymagał ponadto określenia dodatkowo wysokości stawek i narzutów, które będą stanowić podstawę kalkulacji cen robót dodatkowych nieprzewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 11 do SIWZ). Określone przez wykonawcę stawki i narzuty nie mogły być wyższe od przyjętych przy kalkulacji cen w kosztorysie ofertowym.

Zgodnie z § 2 ust. 2 Wzoru Umowy, termin zakończenia robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia ustalono na dzień 8 maja 2020 r. W § 2 ust. 4 Umowy Zamawiający przewidział możliwość skrócenia realizacji przedmiotu umowy o 12 miesięcy w przypadku pozyskania przez Zamawiającego dodatkowych zewnętrznych środków finansowych w okresie trwania umowy pod warunkiem zawiadomienia wykonawcy o takiej sytuacji w terminie do 19 miesięcy przed końcowym terminem realizacji przedmiotu umowy wskazanym w § 2 ust. 2.

W § 10 Wzoru Umowy zawarto postanowienia dotyczące uprawnienia Zamawiającego do m.in. zwiększenia ilości robót objętych umową w stosunku do kosztorysu ofertowego lub wykonania robót nieprzewidzianych w kosztorysie ofertowym, jeżeli jest to niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty: oferta ATA-TECHNIK z ceną 14.566.685,28 zł, oferta SKANSKA z ceną 9.810.450,81 zł oraz oferta Konsorcjum z ceną 13,523.931,88 zł. Wszystkie ww. oferty zawierają ceny poniżej wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego.

Spośród złożonych ofert wyłącznie oferta SKANSKA zawiera cenę niższą o min. 30% od wartości zamówienia, przy czym nie jest to cena niższa o min. 30% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert. Cena ta jest niższa o 44,6 % od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz o 22,4 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W przypadku tej oferty została wypełniona zatem przesłanka określona w art. 90 ust. 1 Pzp do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W związku z powyższym, w dniu 6 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę SKANSKA, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymagał w treści wezwania „złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym do złożenia dowodów dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, a w szczególności kalkulacji kosztów bezpośrednich, tj. kosztów zakupu: 1. cenotwórczych materiałów, 2. pracy sprzętu, 3. robocizny, wraz z przedłożeniem dowodów przeprowadzonej kalkulacji”.

Wykonawca SKANSKA w dniu 8 czerwca 2016 r. złożył do Zamawiającego odpowiedź na ww. wezwanie. Wykonawca zastrzegł część ww. informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z powyższym informacje te nie podlegały udostępnieniu pozostałym wykonawcom, w tym Odwołującemu, w toku postępowania.

Wykonawca SKANSKA wskazał w wyjaśnieniach na:

- możliwość uzyskania wyższej wydajności pracy sprzętu i w związku z tym obniżenia kosztów z tytułu połączenia dwóch budów bezpośrednio ze sobą sąsiadujących,
- stosowanie centralnej polityki zakupowej, co ma bezpośredni wpływ na obniżenie cen na dostawę materiałów i urządzeń,
- wieloletnie doświadczenie, sprawną organizację oraz prowadzenie od lat polityki zarządzania ryzykiem, co pozwoliło na wyeliminowanie potencjalnego ryzyka przy realizacji tego projektu za pomocą innych metod (znajomość uwarunkowań lokalnych i możliwość wykorzystania lokalnych zasobów) niż wzrost ceny,
- zastosowanie wypracowanego modelu minimalnych kosztów zarządu.

W zakresie cen jednostkowych wyjaśnił, jakie rodzaje kosztów zostały przyjęte do kalkulacji tych cen. Wykonawca przedstawił analizę pozycji kosztorysowych, które w jego ocenie stanowią największy udział procentowy wartości przedmiotu zamówienia, w szczególności robót bitumicznych i brukarskich. W odniesieniu do robót bitumicznych wykonawca przedstawił czynniki, które pozwoliły na przyjęcie do kalkulacji oferty bardzo korzystnej ceny na mieszanki mineralno-bitumiczne oraz na roboty brukarskie.

Ponadto, wykonawca powołał się na okoliczności umożliwiające mu wykonanie szczegółowych harmonogramów wykonywanych prac oraz znalezienia optymalnego czasu ich realizacji. Wykonawca powołał się także na doświadczenie wynikające z realizacji w ostatnich 3 latach czterech projektów na terenie powiatu pilskiego i w najbliższej okolicy, które zostały prawidłowo zrealizowane, co potwierdzają załączone poświadczenia należytego wykonania tych robót.

Przystępujący wyjaśnił, że określił średnie miesięczne wynagrodzenie członka brygady roboczej na poziomie wyższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę, określonego w obowiązujących przepisach.

Dodatkowo, wykonawca SKANSKA wskazał, że ma możliwość powierzenia części robót drogowych w zakresie wykonania podbudowy i warstw bitumicznych podwykonawcom, za ceny niższe od oferty złożonej w ramach przedmiotowego postępowania.

Do złożonych wyjaśnień zostały załączone umowy kwalifikowanego dostawcy zawarte z firmą Libet i Lafarge, specyfikację WMB Szubin, wykaz sprzętu oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót na terenie powiatu pilskiego i okolic.

W toku rozprawy, w załączeniu do pisma z dnia 14 lipca 2026 r. Przystępujący złożył dodatkowo wyjaśnienia w zakresie wysokości zaoferowanej ceny oraz dowody obejmujące m.in. kalkulacje cenowe wybranych pozycji kosztorysowych w zakresie robót ziemnych i brukarskich, oferty dostawców materiałów, harmonogram ofertowy robót.

Uwzględniając ustalony powyżej stan faktyczny w sprawie, Izba zważyła, jak poniżej.

Zarzuty dotyczące oferty SKANSKA S.A.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA, na tej podstawie, że ocena wyjaśnień, jakie złożył ww. wykonawca wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, powyższe zarzuty nie podlegają uwzględnieniu, jako że Zamawiający przyjmując złożone przez Przystępującego wyjaśnienia zaniechał pełnego wyjaśnienia ceny oferty SKANSKA w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, a przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przepisy powyższe wskazują, co jednoznacznie potwierdza także orzecznictwo KIO, że odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia musi zostać poprzedzone umożliwieniem wykonawcy złożenia wyjaśnień co do wysokości

zaoferowanej ceny. Podkreślić należy, że stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Obowiązek ten występuje faktycznie do momentu, w którym zamawiający stwierdzi, iż wszelkie jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub w odrębnych przepisach, zostały wyjaśnione. Skoro zatem Zamawiający uznał, że złożone przez SKANSKA wyjaśnienia, w świetle posiadanej przez niego wiedzy, są przekonujące, to wykonawca nie był zobowiązany przedkładać dalsze, czy bardziej szczegółowe wyjaśnienia. W świetle aktualnego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, nie ulega wątpliwości, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp mogą być uszczegóławiane i rozszerzane przez wykonawcę na dodatkowe wezwania ze strony zamawiającego.

Podkreślić również należy, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nakłada konsekwentnie na obie strony obowiązki wynikające z przepisów ustawy Pzp, wskazanych powyżej, tj. na wykonawcę – obowiązek wykazania (udowodnienia) rzetelności zaoferowanej ceny, a na zamawiającego - obowiązek pełnego i wszechstronnego zbadania ceny oferty w oparciu o obiektywne okoliczności. Zamawiający nie może przy ocenie wyjaśnień opierać się na własnej wiedzy, zastępując tym samym, choćby jedynie w części, szczegółowe wyjaśnienia wymagane od wykonawcy. Rozpoczęcie procedury wyjaśnień wymaga konsekwentnego i skrupulatnego zbadania przez Zamawiającego przedłożonych przez wykonawcę informacji.

W przedmiotowym postępowaniu wyjaśnienia złożone przez SKANSKA są obszerne i rzeczowe, ale głównie w sposób opisowy odnoszą się do czynników, które umożliwiają wykonawcy zaferowanie ceny na poziomie wskazanym w ofercie. Wykonawca nie „przełożył” podanych czynników na konkretne liczby, nie wyjaśnił, w jakim konkretnym stopniu przedstawione czynniki, dostępne temu wykonawcy, pozwalają na obniżenie ceny oferty w stosunku do średnich cen rynkowych, a są to informacje zwykle najistotniejsze przy wyjaśnianiu aspektów dotyczących „rażąco niskiej ceny” oferty. Jednocześnie należy stwierdzić, że złożone wyjaśnienia pomimo, iż nie zawierały stricte kalkulacji wskazanych w wezwaniu, to zawierają opis sposobu kalkulacji ceny oferty, a także istotne dowody potwierdzające podane informacje. Nie są to zatem wyjaśnienia, które uprawniałyby Zamawiającego do uznania, iż potwierdzają, że cena oferty jest rażąco niska, co w świetle art. 90 ust. 3 Pzp uprawniałoby Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że w tej sytuacji konieczne było ponowne wezwanie wykonawcy SKANSKA do przedstawienia pogłębionych i bardziej szczegółowych informacji, wyjaśniających konkretny wpływ wskazanych w wyjaśnieniach czynników na cenę określoną w ofercie. W tym zakresie Izba stwierdziła, że Zamawiający przedwcześnie uznał, iż złożone wyjaśnienia z dnia 8 czerwca 2016 r. są wyczerpujące,

a wobec tego Zamawiający został zobowiązany przez Izbę do wykonania czynności ponownego wezwania wykonawcy SKANSKA do złożenia dodatkowych, bardziej szczegółowych wyjaśnień, co do poszczególnych obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, wskazanych w złożonych wyjaśnieniach z dnia 8 czerwca 2016 r. W ocenie Izby, działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” nie mogą się ograniczać się do jednorazowej czynności w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w złożonych wyjaśnieniach wymagają dalszego wyjaśnienia, a tak jest w tym przypadku.

Wskazać należy, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie jest w ustawie Pzp zdefiniowane. Jest to pojęcie, które każdorazowo należy odnosić do przedmiotu zamówienia oraz do sytuacji rynkowej, którą zwykle obrazują ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Ustawa nie określa też żadnego poziomu, poniżej którego cenę należy uznać za rażąco niską. Wskaźnik 30%, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, stanowi jedynie przesłankę do wyjaśnienia ceny, a nie do uznania, że cena na tym poziomie jest rażąco niska lub prawdopodobnie rażąco niska. Stanowisko Odwołującego, iż „tak duża różnica pomiędzy łączną ceną brutto, zawartą w ofercie SKANSKA, a szacunkową wartością zamówienia, przyjętą przez Zamawiającego, niewątpliwie już sama w sobie powinna stanowić podstawę do uznania ją za rażąco niską cenę”, w ocenie Izby jest całkowicie bezpodstawne i sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

W orzecznictwie przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji m.in. do cen rynkowych podobnych zamówień, co może wskazywać na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia, chyba że wykonawca jest w stanie wykazać szczególne okoliczności, które pozwalają na przyjęcie ceny na danym poziomie, bez zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia. Jak stwierdził Sąd Okręgowy 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. Stanowisko o niedopuszczalności automatycznego przyjmowania, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest ugruntowane w orzecznictwie (tak m.in. orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/8 - Fratelli Constanzo). Pogląd przeciwny kłóciłby się z logiką i celem postępowań przetargowych, które mają prowadzić - w warunkach konkurencji - do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, jak wynika z literalnego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przy ocenie, czy mamy do czynienia z „rażąco niską ceną”, co do zasady należy brać pod uwagę cenę

całkowitą oferty, a nie ceny jednostkowe za poszczególne elementy oferty. Tak więc ocena tego, czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę (tak wyrok SO w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r. w sprawie o sygn. akt II Ca 425/04 oraz wyrok SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. w sprawie o sygn. akt II Ca 219/05).

Istotny jest także fakt, że każdy z wykonawców ma własny indywidualny sposób budowania strategii cenowej w składanej ofercie i kalkulacji jej elementów składowych. Tak więc różnica pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców ubiegających się o zamówienie należy co do zasady uznać za naturalny objaw strategii cenowej wykonawców, jak i konkurencji na rynku. Nie jest ona także elementem wystarczającym dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty.

Jak pokazuje praktyka, dokonanie prawidłowej oceny, czy zaoferowana przez wykonawcę w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego cena jest ceną rażąco niską wymaga uwzględnienia wielu czynników, w szczególności analizy wysokości danej ceny ofertowej w stosunku do panujących warunków rynkowych oraz przede wszystkim indywidualnych warunków działania danego wykonawcy – dostępnych tylko temu wykonawcy (w odróżnieniu od warunków, w których działa przeciętny przedsiębiorca w danej branży). W orzecznictwie dominuje ugruntowany pogląd, że w każdym przypadku konieczne jest dokonanie oceny indywidualnej, z uwzględnieniem okoliczności charakterystycznych dla danego przedmiotu zamówienia, warunków rynkowych i sytuacji danego wykonawcy.

W odniesieniu do podejrzenia rażąco niskiej ceny oferty, zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jak i ryczałtowego, co do zasady badaniu podlega cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Poszczególne ceny jednostkowe, czy też inne elementy składowe ceny ofertowej, podlegają badaniu w kontekście ich wpływu na wysokość zaoferowanej ceny oraz na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa, istotne jest to, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty, a nie ceny za poszczególne elementy oferty, chyba że okoliczności dotyczące postępowania wskazują na szczególne znaczenie cen jednostkowych, a taka sytuacja nie występuje w przedmiotowym postępowaniu.

Za nieudowodnione Izba uznała twierdzenia Odwołującego odnośnie pozycji kosztorysu ofertowego dotyczących robót bitumicznych i brukarskich, które mają istotny potencjał cenotwórczy z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosił wysokie prawdopodobieństwo, iż zawarte w niej jednostki cenowe zostały skalkulowane przez SKANSKA na bardzo niskim poziomie, w tym w szczególności poniżej kosztów ich wytworzenia. W świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp, prawdopodobieństwo

wystąpienia takich okoliczności nie jest wystarczającą przesłanką do uznania, że cena oferty jest rażąco niska.

Kwestionując w odwołaniu wycenę poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, Odwołujący wskazywał m.in. na różnice cen zawartych w ofercie SKANSKA w porównaniu z cenami kosztorysu inwestorskiego, co jest z gruntu rzeczy niewłaściwe, gdyż nie uwzględnia indywidualnych warunków i czynników, w których działa dany wykonawca. Jak wykazał w tym zakresie Zamawiający, ceny zakwestionowanych w odwołaniu materiałów występują na rynku na znacznie niższym poziomie niż np. w ofercie Odwołującego. Ponadto, sam Odwołujący także powoływał się w innym miejscu odwołania i pisma z dnia 14 lipca 2016 r. na możliwość pozyskania materiałów z wytwórni mas bitumicznych na poziomie nawet niższym niż w ofercie SKANSKA.

Prezentowane przez Odwołującego formalistyczne podejście, iż niewykonanie polecenia Zamawiającego co do przedstawienia szczegółowej kalkulacji w zakresie wskazanym w wezwaniu, samo w sobie przesądza o konieczności odrzucenia oferty, z uwagi na rażąco niską cenę, nie zasługuje na aprobatę. Należy wziąć pod uwagę fakt, że złożone przez SKANSKA wyjaśnienia w istotnym jednak stopniu wyjaśniają sposób i czynniki kalkulacji ceny oferty. Przepisy Pzp, co do zasady, do decyzji wykonawcy pozostawiają formę i zakres składanych wyjaśnień, a także kwestie dowodowe (art. 90 ust. 3 Pzp). Istotna jest zawartość merytoryczna wyjaśnień, a nie ich forma.

Odwołujący nie przedstawił dowodów na prawdziwość twierdzenia, że od 2017 r. wzrosną ceny w branży budowlanej, zarówno w zakresie robocizny, jak i materiałów. W szczególności oferta cenowa na sprzedaż mieszanek mineralno-bitumicznych firmy Eurovia Polska S.A. z dnia 19 maja 2016 r. nie stanowi dostatecznego dowodu na fakt, że ceny materiałów budowlanych rzeczywiście wzrosną na tym rynku.

Przedłożona przez Odwołującego opinia opracowana przez mgr inż. M. G. zawiera istotne braki, gdyż nie uwzględnia indywidualnych warunków działalności firmy SKANSKA. Opinia została oparta na danych własnych jej autora. Jest to zatem subiektywne stanowisko Odwołującego. Ponadto, opinia została oparta na wybiórczych danych z dwóch ofert, bez uwzględnienia oferty Odwołującego, i w tym zakresie nie przedstawia analizy całościowej kwestionowanych okoliczności. Z uwagi na powyższe nie stanowi ona wiarygodnego dowodu na okoliczności wskazane przez Odwołującego co do niedoszacowania ceny oferty przez SKANSKA.

Ponadto, opinia opracowana przez mgr inż. M. G. zawiera porównanie wybranych cen jednostkowych niektórych pozycji kosztorysu ofertowego SKANSKA do tzw. „cen rynkowych” lub „rekomendowanych” ustalonych m.in. w oparciu o cennik, który opatrzony jest opisem „Cennik kostki brukowej drogowej 2012”. Powyższe wprost podważa aktualność cen przyjętych do wykonanej analizy, a tym samym poważnie podważa obiektywizm i

wiarygodność tego opracowania. Ponadto, jak wynika z opisu ww. cennika, zawiera on ceny występujące na rynku tzw. detalicznym, a nie na rynku zamówień publicznych, tj. w zakresie dużych inwestycji budowlanych. W tych okolicznościach zarzuty co do niedoszacowania również cen wybranych pozycji kosztorysu należy uznać za gołosłowne. Jak wskazał we wnioskach (pkt 5 ww. opinii) sam autor opinii: „Analiza ofert wykazała, że generalnie zawierają one ceny bliskie lub poniżej cen rynkowych transakcyjnych. Część z tych cen, wykazanych w Załączniku nr 1 do niniejszej Opinii jest znacząco niższa niż ceny rynkowe”. Odwołujący nie przeprowadził jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, że wskazane ceny znajdują się poniżej kosztów ponoszonych rzeczywiście przez firmę SKANSKA w danym zakresie robót.

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego lub biegłych z zakresu kosztorysów i rozliczenia inwestycji budowlanych, na okoliczność tego, czy cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, zawarta w ofercie SKANSKA jest rażąco niska, a także tego, czy ceny jednostkowe, zawarte w kosztorysach SKANSKA są rażąco niskie, z uwzględnieniem możliwości wykonania zamówienia lub danej jednostki za daną cenę, w tym osiągnięcia zysku, oraz z uwzględnieniem porównania do cen rynkowych. Izba uznała, że wniosek powyższy zawiera tezę dowodową sformułowaną w sposób ogólnikowy, nieprecyzujący, jakie konkretne okoliczności faktyczne odnoszące się do wysokości ceny oferty, wymagające wiadomości specjalnych z zakresu kosztorysów i rozliczenia inwestycji budowlanych, mają być wykazane za pomocą wnioskowanej opinii. Należy zauważyć, że „rażąco niska cena” jest pojęciem prawnym i ocena w tym zakresie nie wymaga wiadomości specjalnych. W ocenie Izby, w świetle zebranego materiału dowodowego ww. wniosek dowodowy służyłby w tych okolicznościach jedynie przewlekłości postępowania.

Wobec stwierdzonego przez Izbę naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez SKANSKA pismem z dnia 8 czerwca 2016 r. oraz zaniechania ponownego wezwania wykonawcy do dalszych wyjaśnień, Izba uwzględniła zarzut naruszenia w konsekwencji przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty SKANSKA jako najkorzystniejszej. W oparciu o przepis art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie zważywszy, że stwierdzone naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej.

Za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA, której złożenie

stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W toku postępowania Odwołujący nie wykazał faktu, że ww. oferta zawiera usługi oferowane poniżej kosztów ich świadczenia, a także że zawiera ceny jednostkowe na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od realiów rynkowych i ustaleniu ich na danym poziomie wyłącznie po to, aby zdobyć jak najwyższą punktację w rankingu ofert.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest to tzw. klauzula generalna, do której można się odwołać, jeżeli dane zachowanie nie wypełnia znamion stypizowanych w ustawie czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały wymienione w art. 3 ust. 2 uznk.

Zgodnie natomiast z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Sprzeczność działań z prawem lub dobrymi obyczajami, aby uznać je za czyn nieuczciwej konkurencji, musi naruszać interes innego przedsiębiorcy, przy czym, jak wskazuje orzecznictwo, „dla ustalenia, że działania producenta wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 r., I ACa 1103/06, LEX nr 516585).

Odwołujący podniósł zarzut zaniżenia przez SKANSKA wyceny niektórych pozycji kosztorysu ofertowego, co miałyby stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanki działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co jest konieczne dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Odnosząc się do zarzutu manipulowania cenami w zakresie pozycji 73-74 kosztorysu ofertowego, należy wskazać, jak słusznie zauważył Zamawiający, że różnice w objętości robót w tych pozycjach mają istotny wpływ na wysokość ceny jednostkowej, gdyż inaczej kształtują się koszty ludzi, sprzętu i materiałów w rozłożeniu na 9000m² w porównaniu do 116m². Co ważne, Odwołujący nie wykazał, że SKANSKA zawarła w ofercie ceny

jednostkowe zakładające świadczenie usług poniżej kosztów ich świadczenia. Ponadto, w zakresie pozycji 73-74 kosztorysu ofertowego Odwołujący nie udowodnił faktu manipulowania cenami jednostkowymi przez Przystępującego w celu uzyskania wyższej punktacji w rankingu ofert. Odwołujący nie wskazał i nie przeprowadził dowodu na okoliczność, jaki rzeczywisty wpływ na podwyższenie punktacji mają ceny zawarte w kwestionowanych pozycjach kosztorysu ofertowego.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, że złożenie przez SKAN5KA oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 lub art. 3 ust. 1 uznk. Nie stwierdzono zatem podstaw do odrzucenia oferty SKANSKA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum: ASTA-BUD sp. z o.o., „POL-DRÓG DRAWSKO POMORSKIE” S.A.

Podniesione wobec oferty Konsorcjum zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, nie potwierdziły się.

Cena oferty Konsorcjum wynosi 13.523.931,88 zł i jest niższa o 23,63 % od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT (tj. 17.707.366,09 zł), a tym samym nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 90 ust. 1 Pzp do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny. Z pewnością sam fakt niewielkiej różnicy procentowej pomiędzy ceną oferty, a wartością przedmiotu zamówienia lub średnią ceną wszystkich złożonych ofert nie przesądza o braku możliwości lub zasadności badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Powinny jednak wystąpić inne istotne i zauważalne okoliczności znamienne dla powzięcia wątpliwości co do tego, że podana w ofercie cena zapewnia możliwość realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i przy założeniu osiągnięcia zysku lub przynajmniej nie poniesienia straty.

W odniesieniu do oferty Konsorcjum Zamawiający takich okoliczności nie stwierdził, zatem dowód, że istotne okoliczności, wzbudzające uzasadnione wątpliwości co rzetelności ceny oferty Konsorcjum wystąpiły, powinien zostać przeprowadzony przez Odwołującego. Odwołujący takiego dowodu nie przeprowadził. Wskazał jedynie na wybrane elementy rozliczeniowe z kosztorysu ofertowego, w szczególności z zakresu robót bitumicznych i brukarskich w zakresie pozycji 51.70. 71.74. 78, 79. 94. 95. 96 i 107, w przypadku których Konsorcjum przyjęło w większości wypadków ceny kształtujące się na poziomie zbliżonym lub nieco wyższym od SKANSKA, które to ceny, zdaniem Odwołującego, są rażąco niskie. Odwołujący błędnie przyjął interpretację załącznika nr 12 do oferty Konsorcjum, który to

dokument nie był wymagany w tym postępowaniu, Nie stanowi on treści oferty, a informacje w nim zawarte nie mogą być odnoszone do treści oferty. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 17 maja 2016 r. sygn. akt KIO 726/16.

Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zaniżenie cen w stosunku do ponoszonych przez wykonawcę kosztów w powyższym zakresie. Złożona przez Odwołującego opinia prywatna opracowana przez mgr inż. M. G. zawiera porównanie wybranych cen jednostkowych niektórych pozycji kosztorysu ofertowego do tzw. „cen rynkowych” ustalonych w oparciu o wiedzę własną autora opinii. W żaden sposób ww. opinia nie odnosi się do warunków, w których działa Konsorcjum - warunków dostępnych indywidualnie wykonawcom wchodzącym w skład Konsorcjum. Analiza oferty sprowadza się do wskazania różnicy cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysu do „cen rynkowych”, określonych w sposób subiektywny przez Odwołującego. W tych okolicznościach zarzuty co do nieszacowania cen wybranych pozycji kosztorysu należy uznać za gołosłowne. Jak wskazał we wnioskach (pkt 5 ww. opinii) sam autor opinii: „Analiza ofert wykazała, że generalnie zawierają one ceny bliskie lub poniżej cen rynkowych transakcyjnych. Część z tych cen, wykazanych w Załączniku nr 1 do niniejszej Opinii jest znacząco niższa niż ceny rynkowe”. Odwołujący nie przeprowadził jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, że wskazane ceny znajdują się poniżej kosztów ponoszonych w danym zakresie robót przez członków Konsorcjum. Powołując się w opinii na „ceny rynkowe” Odwołujący oparł je na cenniku, który opatrzony jest opisem „Cennik kostki brukowej drogowej 2012”. Powyższe wprost podważa aktualność cen przyjętych do wykonanej analizy, a tym samym podważa istotnie obiektywizm i wiarygodność tego opracowania. Ponadto, jak wynika z opisu tego cennika, zawiera on ceny występujące na rynku tzw. detalicznym, a nie na rynku zamówień publicznych, tj. w zakresie dużych inwestycji budowlanych.

Biorąc pod uwagę powyższe, a także dowody przedstawione przez Zamawiającego co do wysokości cen oferowanych w postępowaniach na zbliżony przedmiot zamówienia, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w niniejszym postępowaniu, że wobec oferty Konsorcjum Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości wymagające wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Wobec braku uzasadnienia do wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia ceny oferty należy stwierdzić, że niezasadny jest także zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Omówione już powyżej przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 90 ust. 1 2 i 3 Pzp wskazują, co jednoznacznie potwierdza orzecznictwo KIO, że odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia musi zostać poprzedzone umożliwieniem wykonawcy złożenia wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny.

W świetle orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, nie jest możliwe odrzucenie oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, bez wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,

Biorąc pod uwagę dany stan faktyczny w niniejszej sprawie, w szczególności to, że Konsorcjum nie było wzywane do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Izba uznała za nieuzasadniony i przedwczesny wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kosztorysów i rozliczenia inwestycji budowlanych, na okoliczność - czy cena za wykonanie zamówienia, zawarta w ofercie Konsorcjum jest rażąco niska, a także, czy ceny jednostkowe, zawarte w kosztorysie Konsorcjum, są rażąco niskie, z uwzględnieniem możliwości wykonania zamówienia lub danej jednostki za daną cenę, w tym osiągnięcia zysku oraz z uwzględnieniem porównania do cen rynkowych. Izba uznała ponadto, że wniosek powyższy zawiera tezę dowodową sformułowaną w sposób jedynie ogólnikowy, nieprecyzujący, jakie konkretne okoliczności faktyczne odnoszące się do wysokości ceny oferty, wymagające wiadomości specjalnych z zakresu kosztorysów i rozliczenia inwestycji budowlanych, mają być wykazane za pomocą wnioskowanej opinii. Należy zauważyć, że „rażąco niska cena” jest pojęciem prawnym i ocena w tym zakresie nie wymaga wiadomości specjalnych.

Zważywszy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie uwzględniła kosztu wynikającego z rachunku złożonego przez Odwołującego za opracowanie opinii prywatnej, uznając, że stanowi ona uszczegółowienie i przedłużenie stanowiska Odwołującego w sprawie.

.....