

**Sygn. akt KIO 1574/16**

**WYROK**  
**z dnia 5 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Krzysztof Wasilewski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach

przy udziale wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz wykonawcy Skanska S.A. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Województwo Świętokrzyskie – Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa DW 754 od km 1+912 do km 29+269”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 maja 2016 r. pod numerem 2016/S 093-167254. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie wniósł odwołanie 22 sierpnia 2016 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska S.A. w Warszawie pomimo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;
2. art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska S.A. pomimo, że jej złożenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska S.A. pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ”;
4. Art. 7 Pzp przez niezachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy Skanska S.A., dalej również jako Skanska oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

W uzasadnieniu odwołujący powołał następujące okoliczności faktyczne i uzasadnienie prawne.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych z podziałem na trzy odcinki, z czego odcinek pierwszy tj. rozbudowa DW 754 na odcinku 1+912 do km 4+123,9 realizowany jest w systemie „zaprojektuj i zbuduj” zgodnie z wymaganiami opisanymi w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, zaś dwa pozostałe tj. rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 754 od km 4+123, 90 do 22+211 oraz od km 25+353 do km 29+269, oraz od km 22+211 do km 25+353 w oparciu o dokumentację projektową opracowaną przez zamawiającego.

Zgodnie z pkt 9 SIWZ - Sposób Obliczania Ceny Oferty:

- w zakresie rozbudowy DW 754 na odcinku od km 1+912 do km 4+123, 90 w systemie zaprojektuj i wybuduj zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym cena jest ryczałtowa i musi uwzględniać zakres zamówienia oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji i wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a także ryzyko wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

- w zakresie rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 754 od km 4+123,90 do km 29+269 Zamawiający wskazał, że: Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na formularzach. Podstawą obliczenia ceny oferty są przedmiary robót zamieszczone w SIWZ. Kosztorysy ofertowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej wg kolejności pozycji wymienionych w kosztorysach. (...) Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach robót. Wszystkie błędy ujawnione w Dokumentacji projektowej (na rysunkach), w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych oraz w Przedmiarach robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert..

Zgodnie z umową (§ 7 ust 1-4) wynagrodzenie w zakresie rozbudowy DW 754 na odcinku od km 1+912 do km 4+123, 90 W systemie zaprojektuj i wybuduj ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego, podczas gdy wynagrodzenie w zakresie rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 754 od km 4+123,90 do km 29+269 jest wynagrodzeniem kosztorysowym, którego ostateczna wysokość zostanie ustalona jako „ (...) iloczyn ilości i odebranych robót budowlanych, ustalonych na podstawie sprawdzonych i zatwierdzonych przez Inspektora nadzoru obmiarów i odpowiadających im określonych umową i ofertą cen jednostkowych.

Wartość robót realizowanych w systemie zaprojektuj i zbuduj w ofercie Skanska wynosi 6 047 230,48zł netto i stanowi 8,7% wartości całości oferty. Oznacza to, że roboty rozliczane kosztorysowo Stanowią 91,2% całości wartości zamówienia.

W postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców. Szacunkowa wartość zamówienia wyniosła 214 976 061,20 PLN brutto, podczas gdy kwota podana przez zamawiającego

przed otwarciem ofert brutto: 144 016 084, 46 zł. Cena oferty najkorzystniejszej wyniosła 92 833 242,42 zł i była o 56,82% niższa od szacunkowej wartości zamówienia i o 18,93% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert podczas gdy ceny kolejnych ofert to:

1. Odwołujący - 101 455 798,81 zł, zaproponowana cena jest o 8, 24 % wyższa od ceny oferty Skanska;
2. Konsorcjum firm: Budromost Starachowice sp. z o.o. i Trakt S.A. - 115 621 878,28 zł, zaproponowana cena jest o 19.12 % Wyższa od ceny oferty Skanska;
3. Konsorcjum firm: DROGMEX Sp. z o.o. i TRAKCJA PRKiL SA - 128 411 214,80 zł - zaproponowana cena jest o 26, 8 % wyższa od ceny oferty Skanska;
4. Budimex S.A - 134 229 641,70 zł - zaproponowana cena jest o 29,91 8 % wyższa od ceny oferty Skanska.

W ocenie odwołującego popartej kalkulacją własną, jak też ofertami podwykonawcy, wskazane pozycje kosztorysu ofertowego uzasadniają postawione w odwołaniu zarzuty. Odwołujący zarzucał, że w wielu przypadkach ich wartość nie wystarcza nawet na koszt zakupu materiałów oraz nie pokrywa kosztów wszystkich czynności niezbędnych do wykonania danej pracy.

I. Odhumusowanie, poz. A2.II oraz A25.2, „Mechaniczne usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) o gr. w-wy 26-K35 cm.”

Cena Skanska: 0,20 zł/m<sup>2</sup>, STRABAG: 1,14 zł/m<sup>2</sup>, Budromost-Trakt: 1,25 zł/m<sup>2</sup>

II. Rozbiórka podbudowy z kruszywa, Poz. A2.13, „Rozebranie podbudowy z kruszywa ok 25 cm”.

Skanska: 0,10 zł/m<sup>2</sup>, STRABAG 3,81 zł/m<sup>2</sup>, Budromost-Trakt 2,10 zł/m<sup>2</sup>

III. Rozebranie nawierzchni bitumicznej (Poz. A2. 16; A2.17; A2.103; A2.104; A25. 5; A25. 6; A2.104; A25.30)

Pozycje A2.16; A2.17; A25.5 oraz A25.6 polegające na rozbiórce (frezowaniu) istniejącej nawierzchni asfaltowej bez względu na różnicę grubości frezowanego materiału SKANSKA wyceniła tak samo 0,12 zł/m<sup>2</sup>.

IV. Nasypy/wykopy

Odwołujący wskazał następujące pozycje :

- 1) Poz. A2.44 „Wykonanie wykopów mechanicznie w gruntach wysadzinowych kat I+VI z transportem urobku na nasyp.

Cena Skanska: 7,19zł/m<sup>3</sup>, STRABAG: 13,22zł/m<sup>3</sup>.

Podstawa płatności STWIORB 02.01.01.15apkt 9.2

- 2) Poz. A2. 45 „ Wykonanie wykopów mechanicznie w gruntach niewysadzinowych kat I+VI z transportem urobku na nasyp ”

Cena Skanska: 9,58zł/m<sup>3</sup>, STRABAG: 13,22zł/m<sup>3</sup>.

STWiORB 02.01.01.15b i 02.01.01.15a ta sama.

Zasady prowadzenia robót oraz podstawa płatności taka sama jak dla poz. A2.44

- 3) Poz. A2.46 „Wykonanie wykopów mechanicznie w gruntach kat. I+VI z transportem urobku poza teren budowy oraz jego utylizacją”

Cena Skanska: 2,40zł/m<sup>3</sup>, STRABAG: 7,87zł/m<sup>3</sup>, Budromost-Trakt: 7,20zł/m<sup>3</sup>

V. Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie.

Poz. A2.61-77 Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie

VI. Warstwy mineralno-bitumiczne.

W kosztorysie ofertowym są one ujęte w poz. A2.85; A2.96-97; A2.102; A25.116;

A25.119; A25.122

A2.96 Wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego AC1 1W dla KR1, warstwa wiążąca grubości 5 cm

Skanska: 11,00 zł /m<sup>2</sup>, STRABAG - 13,83 zł/m<sup>2</sup>; Budromost - Trakt - 17,95 zł/m<sup>2</sup>.

VII. Przepusty.

Poz. A2.133 Ułożenie przepustów rurowych PEHD o średnicy 60 cm pod zjazdami Skanska 179,40 zł/m, STRABAG 212,38 zł/m, Budromost-Trakt - 219,00 zł/m;

VIII. Skropienie

Poz. A2.52 Oczyszczenie i skropienie emulsją asfaltową warstw konstrukcyjnych z kruszywa Skanska 0,47 zł /m<sup>2</sup>, STRABAG - 0,75 zł/m<sup>2</sup>, Budromost-Trakt 0,75 zł/m<sup>2</sup> Podstawa: SST D-04.03.01.00;

IX. Bruki

Poz. A2.92 „Wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej wysokości 15cm”

Cena Skanska: 66,00 zł/m<sup>2</sup>, STRABAG: 105,84 zł/m<sup>2</sup>, Budromost-Trakt: 143,00 zł/m<sup>2</sup>

Podstawa płatności STWiORB D-05.03.01.41;

X. Hydroobsiew

A2.116 Umocnienie skarp przez hydroobsiew

Skanska - 0,36 zł/m<sup>2</sup>, STRABAG - 1,16 zł/m<sup>2</sup>, Budromost -Trakt - 1,90 zł/m<sup>2</sup> Podstawa SST 06.01.01.24

Najniższa oferta na wykonanie hydroobsiewu to 1,10 zł/m<sup>2</sup> (załącznik 38 poz 116)

XI. Pale CFA

A6 2.1 Wykonanie pala CFA o średnicy d=500mm A24 2.1. Wykonanie pala CFA o średnicy d=500mm Skanska - 60,00 zł/m, STRABAG - 170,10zł/m, Budromost -Trakt - 172,00zł/m

XII. Mury oporowe.

A614.2 Wykonanie nasypów (zasypek) mechanicznie z kruszywa lekkiego - keramzytu

Różnica w cenie jednostkowej zaproponowanej przez firmę Skanska a realną ceną zakupu wynosi:  $143,9 \text{ zł} - 32,0 \text{ zł} = 111,9 \text{ zł/m}^3$ , co dla całej pozycji daje kwotę niedoszacowania na sam zakup materiału równą:  $5296 \text{ m}^3 \times 111,9 \text{ zł/m}^3 = 592.622,40 \text{ zł}$ .

### XIII. KANALIZACJA DESZCZOWA.

- 1) A1213 Wykonanie sieci kanalizacyjnej z rur kamionkowych - przewierty DN300  
Skanska - 170,00 zł/m , STRABAG - 666,77zł/m, Budromost -Trakt - 259,00zł/m
- 2) A1215 Przewierty o długości do 40 m maszyną do wierceń poziomych WP 30/60 rurami o śr.300-600mm w gruntach kat III-IV  
Skanska - 40,00 zł/m, STRABAG - 190,50zł/m, Budromost -Trakt - 478,80zł/m
- 3) A13 21 Wykonanie sieci kanalizacyjnej z rur kamionkowych, rury kanalizacyjne kamionkowe łączone na mufę z uszczelką o dopuszczalnej sile wcisku równej IOOOkN, DN300  
Skanska - 110,00 zł/m , STRABAG - 666,77zł/m, Budromost -Trakt - 418,50zł/m
- 4) A13 22 Przewierty o długości do 40 m maszyną do wierceń poziomych WP 30/60 rurami o śr.300-600mm w gruntach kat III-IV  
Skanska - 40,00 zł/m, STRABAG - 190,50 zł/m , Budromost -Trakt - 418,50 zł/m
- 5) A1214 Wykonanie sieci kanalizacyjnej z rur kamionkowych - przewierty DN500  
Skanska - 210,00 zł/m, STRABAG - 1 693,37 zł/m, Budromost -Trakt - 470,00 zł/m
- 6) A1215 Przewierty o długości do 40 m maszyną do wierceń poziomych WP 30/60 rurami o śr.300-600mm w gruntach kat. III-IV  
Skanska - 40,00 zł/m, STRABAG - 190,50 zł/m, Budromost -Trakt - 478,80 zł/m
- 7) A11 32 Wykonanie wpustów deszczowych  
Skanska - 587,00 zł/szt., STRABAG - 1 037,19 zł/szt., Budromost -Trakt - 1 200,00 zł/szt.
- 8) A11 23 Wykonanie wpustów deszczowych  
Skanska-610,00zł/szt., STRABAG - 1 037,19zł/szt., Budromost -Trakt - 1 200,00zł/szt.  
A13 26 Wykonanie wpustów deszczowych, wpust deszczowy DN500 H=1,55 z osadnikiem głm - wpust ściekowy uliczny kołnierzowy z żeliwa sferoidalnego z uchylnym rusztem klasa C250, w tym: - pierścień odciążający PO - kręgi żelbetowe fi500 z wylotem Dz200mm - płyta fundamentowa - kosz do wpustu deszczowego - zabudowane przejście szczelne  
Skanska - 550,00 zł/szt., STRABAG - 1 037,19 zł/szt., Budromost-Trakt - 1 230,00zł/szt.
- 9) A11 30 Wykonanie studni kanalizacyjnych DN1500mm  
Skanska - 2 500,00 zł/szt., STRABAG - 3 915,92zł/szt., Budromost -Trakt - 3 900,00 zł/szt.  
AIS 23 Wykonanie studni kanalizacyjnych DN1200mm, studnia szczelna DN 1,2m betonowa z włazem kanałowym DN600 klasy "D" z żeliwa sferoidalnego zabezpieczonym przed otwarciem - płytą pokrywową - przejściem szczelnym rur przez ściany - kręgami betonowe z

1200 z uszczelkami systemowymi, - żelbetową dolną częścią studni zabudowanymi przejściami szczelnymi lub króćcami dostudziennymi.

Skanska - 1 550,00 zł/szt., STRABAG - 2 857,57 zł/szt., Budromost -Trakt - 2 916,00 zł/szt.

XIV. SIEĆ WODOCIĄGOWA AI 6.7 Demontaż rurociągu z PVC Dzl60

Skanska - 1,20 zł/szt., STRABAG - 31,75 zł/szt., Budromost -Trakt - 59,00 zł/szt.

XV. „Wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego AC11W dla KRI, warstwa wiążąca grubości 5cm” kosztorys poz. A2.96 oraz „Wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego AC16W dla KR2 warstwa wiążąca grubości 6cm” kosztorys poz. A2.97.

Zgodnie ze złożoną ofertą za wykonanie robót ujętych w poz. A2.96 kosztorysu ofertowego pn. „Wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego AC1 IW dla KRI, warstwa wiążąca grubości 5cm” Skanska podała cenę 11 zł/m<sup>2</sup>. Za wykonanie robót w poz. A2.97 „Wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego AC16W dla KR2 warstwa wiążąca grubości 6cm Skanska podała cenę -11,00 zł/m<sup>2</sup>.

XVI. poz. A2.165 oraz A2.166 kosztorysu ofertowego „Ustawienie krawężników betonowych o wymiarach 20x30 cm na ławie betonowej z oporem” oraz „Ustawienie krawężników betonowych o wymiarach 20x30 cm na ławie betonowej z oporem kładzionych na płask”

Cena Skanska: 32,00 zł/m, STRABAG: 39,10 zł/m, Budromost-Trakt: 43,20 zł/m

Podstawa płatności STWIORB D-08.01.01.12a oraz D-08.01.01.12b

XVII. Poz. A2.169 kosztorysu ofertowego „Ustawienie obrzeży betonowych o wymiarach 25x8cm na podsypce cementowo-piaskowej”.

Cena Skanska: 11,00 zł/m, STRABAG: 13,84 zł/m, Budromost-Trakt: 14,80 zł/m

XVII. Poz. A2.167 Ustawienie krawężników kamiennych ulicznych o wymiarach 20x30cm na ławie betonowej z oporem - ilość 432,21 m, 1 A2.168 Ustawienie krawężników kamiennych drogowych o wymiarach 20x30cm na ławie betonowej z oporem- ilość 73,50 m, Pozycje kosztowo nie różnią się od siebie. Potwierdzają to oferty STRABAG: obydwie pozycje po 109,31 zł/m, Budromost - Trakt po 131,00 zł/m. Opisane są w SIWZ w ten sam sposób. Skanska w takiej samej pozycji mniejszej co do ilości podaje cenę wyższą (209,20 zł/m) podczas gdy poz. ilościowo mniejszej cenę wyższą (132,55 zł/m), przez co w sposób manipuluje ceną oferty, kalkulując ją w sposób który pozwana uzyskanie korzystniejszej ceny nie zaś zgodne z SIWZ skalkulowanie ceny oferty.

XVIII. Poz. 1-9 Kosztorysu ofertowego: Wymagania Ogólne, Organizacja Ruchu na Czas wykonywania Robót, Oznaczenie Tereny Budowy, Zaplecze wykonawcy, wznowienie granic pasa drogowego.

Cena ryczałtowa za wykonanie prac i czynności opisanych w ww. pozycjach związanych z przygotowaniem robót i utrzymaniem zaplecza budowy, w ofercie Skanska nie tylko znacznie

odbiega od cen pozostałych wykonawców (Strabag 442 335,08 netto, Budromost 1.700 240,00 zł netto, Skanska 8 616 511,08 netto) ale jest również nieproporcjonalnie wysoka z punktu widzenia pozostałych kosztów wykonania robót ujętych w pozycji Skanska. Dla porównania wykonanie fazy projektowej i realizację robót na odcinku od km 1+912 do km 4+123, 90 wykonawca ten wycenił na kwotę ponad 1 500 000,00 niższą, tj. 6 047 230,48zł netto. Przyjęcie prawidłowości tej kalkulacji oznaczałoby, że zaprojektowanie i budowa ok. 2 200 km drogi jest o 2 569 280,60 zł tańsze niż zorganizowanie terenu budowy, przygotowanie robót i utrzymanie zaplecza budowy. Szczególnie wysokie i nieuzasadnione w punktu widzenia czynności i działań koniecznych do wyceny tej pozycji jest podanie ceny 5 928 074,07 zł netto za dostosowanie do warunków kontraktu, przez które zgodnie z SST rozumieć należy koszt ubezpieczenia budowy, wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej oraz założenie reperów. Co istotne z punktu widzenia postawionych zarzutów, podana kwota rozliczana będzie na początku realizacji robót a właściwie przed ich wykonaniem (wycena tych pozycji dotyczy w znacznej części kosztów przygotowania do realizacji umowy i stricte wykonania robót objętych kontraktem) w okresach miesięcznych, w sytuacji gdy Zamawiający nie przewiduje w umowie ani ograniczeń dla płatności miesięcznych ani też zaliczkowania robót. Ten sposób kalkulacji prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie warunków realizacji, dla jednego wykonawcy, sztucznych a zarazem bardziej korzystnych niż powinno to wynikać z prawidłowej kalkulacji i treści umowy.

Odwołujący wywiódł, że z uwagi na przyjęty w przedmiotowym postępowaniu sposób obliczania ceny oferty jak również ustalone zgodnie z umową na potrzeby wykonania zamówienia wynagrodzenie kosztorysowe w zasadniczej części wykonywanej umowy (wartość robót rozliczanych kosztorysowo w ofercie Skanska to 91,3% wartości umowy, uprawniony jest w ocenie odwołującego zarzut, że nierzeczywista, nierynkowa i niemająca uzasadnienia biznesowego kalkulacja cen jednostkowych na istotne znaczenie z punktu widzenia oceny całości oferty odwołującego jako obciążonej rażąco niską ceną i zarzutem czynu nieuczciwej konkurencji. Zaproponowana cena za wykonanie zamówienia, jak też w przyszłości ostateczne wynagrodzenie zapłacone wykonawcy są wynikiem przyjęcia za wiążące cen jednostkowych podanych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego. Skoro wynagrodzenie kosztorysowe jest pochodną cen jednostkowych stanowiących podstawę jego ustalenia, to w przypadku wprowadzenia takiego właśnie wynagrodzenia rażąco niska cena oferty ustalana w oparciu o kosztorys ofertowy jest pochodną (wynikiem) rażąco niskich cen jednostkowych zawartych w tym kosztorysie. Stąd uzasadnione jest - przyjęte przez zamawiającego i przedstawione w odwołaniu wnioskowanie o rażąco niskim



charakterze ceny oferty właśnie w oparciu o tworzące ją ceny jednostkowe zawarte w tej ofercie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pojęcie rażąco niskiej ceny uzasadniającej odrzucenie oferty coraz częściej wiązane jest z pojęciem rażąco niskiej ceny jednostkowej przede wszystkim w przypadku przyjęcia w zakresie sposobu rozliczenia zamówienia wynagrodzenia kosztorysowego, tak jak w tym przypadku do zasadniczej części robót..

Wynika to dodatkowo z faktu, że w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego cena oferty ma charakter szacunkowy, ostateczna cena jest bowiem wynikiem ilości wykonanych rzeczywiście robót i wiążących i stałych cen jednostkowych. O ile więc cena ofert ma charakter wstępny i ulega modyfikacjom wynikającym z zakresu wykonanych robót to właśnie ceny jednostkowe pozostają przez cały okres realizacji umowy elementem niezmiennym. Niewykazanie rzeczywistego i realnego, znajdującego uzasadnienie w realiach rynkowych charakteru cen jednostkowych nie może prowadzić do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny wynikającego z faktu, że cena oferty Skanska jest o 56,82% niższa od szacunkowej wartości zamówienia

Zdaniem odwołującego analiza wartości poszczególnych pozycji Kosztorysu ofertowego jest także istotna z punktu widzenia podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP. Oferta Skanska wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji opisanego zarówno w art. 3 ust. 1, jak i w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z dyspozycją art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stypizowanym we wskazanym art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Działania Skanska w ocenie odwołującego wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. We wskazanych wyżej pozycjach kosztorysu ofertowego zaproponowane ceny za wykonanie poszczególnych jednostek prac (asortymentów robót) są niewystarczające na pokrycie ceny samego tylko materiału koniecznego do ich wykonania bądź też sposób kalkulacji wskazuje na konstruowanie ceny w oderwaniu od rzeczywistej wartości, bądź też w sposób który ma celu niezgodne z prawem poprawienie sytuacji jego z wykonawców.

W szczególności na takie działanie wskazywać może porównanie cen opisanych w pkt 1, 5 i 8 odwołanie w których odwołujący wskazuje, że asortymenty robót wymagające użycia tych samych materiałów i tego sposobu wykonania w różnych miejscach kosztorysu mają odpowiednio ceny adekwatne do kosztów wykonania i ceny zaniżone, nie obejmujące kosztów materiałów, których np. zaniechanie wykonania - z uwagi na zniżenie ceny - nie będzie odpowiadało rzeczywistej wartości tych robót. Np. warstwa ścieralna opisana w pkt 8 odwołania gr. 5 cm. jest tańsza (20 zł/ m<sup>2</sup>) niż wykonanie warstwy ścieralnej o tych samych parametrach gr. 4 cm (23, 89 zł/ m<sup>2</sup>). Takie manipulowanie ceną jednostkową powoduje, że wartość ostatecznie ustalonego wynagrodzenia nie odpowiada wartości wykonanych prac. Podobnie w pozostałych wskazanych przypadkach. Nierzeczywiste, zaniżone koszty wykonania poszczególnych prac, które nie przekładają się na ich wartość w przypadku wynagrodzenie kosztorysowego powodują że wykonawca kształtuje cenę jedynie w celu uzyskania zamówienia, a nie w odniesieniu do zakresu robót jakie powinny być wycenione. Należy podkreślić, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym porównywalność ofert zapewnia dokonanie wyceny tego samego asortymentu robót nie zaś dostosowywanie cen jednostkowych do zamierzonego sposobu realizacji.

Odwołujący wskazał, że intencjonalne optymalizowanie (zwane inżynierią wyceny) cen jednostkowych w pozycjach co do których wykonawca przyjmuje, że nie będzie ich wykonywał, jest elementem strategii biznesowej, która w rezultacie ma dać przewagę nad konkurencją, która uczciwie liczy koszty, a w rezultacie w sposób niezgodny z prawem ma przynieść zysk w postaci wygrania przetargu. Wreszcie nie uwzględnienie w cenach jednostkowych wszystkich elementów wymaganych do wyceny zgodnie z SIWZ a w szczególności SST stanowi o niezgodności oferty z specyfikacją.

Budimex S.A. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, Skanska S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu, wnieśli odpowiednio o uwzględnienie oraz o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień

publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

W pierwszej kolejności należało ustalić zakres rozpoznania odwołania. Art. 192 ust. 7 Pzp pozwala Izbie na rozpoznanie wyłącznie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Postępowanie odwoławcze ma charakter w pełni kontrydiktoryjny, co wyklucza badanie przez Izbę zarzutów nie wskazanych w odwołaniu. Do zamknięcia rozprawy strony i uczestnicy mogą powołać wyłącznie dowody co do faktów, jednak okoliczności faktyczne powinny być wskazane już w odwołaniu, gdyż zakreślają one granice zarzutów. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 8 *in initio* Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. z 2014 r. poz 964) odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Powołane przepisy stoją na straży zasady kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego, dla której zachowania niezbędne jest równie traktowanie stron sporu. Przyzwolenie na formułowanie w czasie rozprawy nowych zarzutów i wskazywanie kolejnych okoliczności zaistniałych w postępowaniu uzasadniających naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które nie były podniesione w odwołaniu, dawałoby nieuzasadnioną przewagę odwołującemu się wykonawcy. Zamawiający pozbawiony byłby możliwości przygotowania obrony, a swoje stanowisko, co do nowych nieznanych mu wcześniej zarzutów musiałby przygotowywać *ad hoc* podczas rozprawy.

Z tego względu Izba pominęła zarzuty sformułowane przez odwołującego na rozprawie, dotyczące tego, że przystępujący Skanska S.A. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji przez zaniżenie poszczególnych pozycji kosztorysu, gdyż to pozycje których wartość nie została obniżona, będą wyłączną podstawą rozliczenia umowy oraz wyceny w poz. 1-9 kosztorysu ofertowego (pkt XIX odwołania) prac, które zgodnie z SIWZ nie powinny być w niej ujęte. Oba te twierdzenia kreują nowe zarzuty

Odwołanie rozpoznawane w granicach podniesionych w nim zarzutów okazało się jest niezasadne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska S.A. nie zasługuje na uwzględnienie.

Dostrzeżenia wymaga, że przepis ten nakazuje odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zatem to cena całej oferty jest przedmiotem oceny i badania zamawiającego pod kątem jej rzetelnego obliczenia. Orzecznictwo dopuszcza wprawdzie możliwość badania przez zamawiającego wyceny poszczególnych elementów składających się na cenę oferty, jednak odrzucenie oferty na w związku z zaniżeniem wyceny jej części może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy skutkiem tego zaniżenia jest rażące obniżenie ceny całej oferty. Usankcjonowaniem tego poglądu jest brzmienie znowelizowanego art. 90 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może badać poszczególne elementy składające się na cenę lub koszt oferty, jednak muszą być one istotne.

W badanym postępowaniu odwołujący wskazał pozycje kosztorysu, które jego zdaniem zostały rażąco zaniżone, jednak nie wskazał wpływu zarzucanego zaniżenia na cenę całej oferty. Nie odniósł się również w żaden sposób do stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym wartość tych pozycji nie ma istotnego znaczenia dla ceny oferty, ani też dla zmiany wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Już to, wobec faktu, że twierdzenie te Izba uznała za godne wiary, dają podstawę do uznania zarzutu za niepotwierdzony.

Ponadto odwołujący całkowicie pomija, że przystępujący w związku z wezwaniem zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Wyjaśnienia te zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po zapoznaniu się z nimi Izba stwierdziła, że przystępujący SKANSKA S.A. opisał metody wykonania zamówienia, pozwalające na oszczędności, których wartość została wskazana. Wykonawca powołał także stosowane przez siebie rozwiązania techniczne i organizacyjne pozwalające na ukształtowanie cen na relatywnie niskim poziomie oraz osiągnięcie zysku.

Wyjaśnień tych nie podważają dowody załączone do odwołania (również zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa). Zdaniem Izby dowodzą one wyłącznie cen oczekiwanych przez danych wykonawców za wykonanie danych czynności albo dostarczenie danych materiałów i nie dają obrazu ogólnej sytuacji na rynku danych dostaw lub usług. W części przypadków oferty te mają charakter wstępny albo zakładają dostawę z miejsc odległych od placu przyszłej budowy. Stąd Izba uznała, że nie dowodzą one poziomu cen rynkowych możliwych do osiągnięcia na terenie województwa świętokrzyskiego, gdzie dostępność surowców budowlanych jest większa niż przeciętna na terenie Polski. Również dołączone do odwołania szczegóły kalkulacji ceny dotyczą wyłącznie odwołującego i trudno automatycznie przenosić je na jego konkurenta zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający żądał wyłącznie kalkulacji uproszczonej, nie zaś szczegółowej.

Wadliwie też dokonując wyliczeń odwołujący przyjął cenę hurtową paliwa z 13 sierpnia 2016 r. Termin składania ofert upływał 14 lipca 2016 r. i to ceny najpóźniej z tej daty mogą stanowić podstawę kalkulacji ceny oferty.

Z pewnością takiego dowodu nie stanowi, powołane przez Odwołującego, zestawienie z ofert składanych przez SKANSKA S.A. w ostatnim czasie u zamawiającego. Oferty te dowodzą co najwyżej wysokości cen jednostkowych wskazanych w innych postępowaniach oraz różnic między nimi, nie zaś rażącego zaniżenia ceny oferty złożonej w badanym postępowaniu.

Dla oceny zarzutu miało znaczenie również to, że różnice między cenami ofert poszczególnych wykonawców nie są znaczące.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Skanska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą zarzutu były dwa twierdzenia. Pierwsze, że czyn nieuczciwej konkurencji zaistniał skutkiem niedozwolonej manipulacji ceną ostateczną przez rażące zaniżenie części cen jednostkowych lub kwot ryczałtowych pozycji kosztorysowych, co powoduje podanie pozornej i nierealnej ceny jednostkowej lub kwoty ryczałtowej pozycji kosztorysowych. Drugie, że wartość poz. 1-9 kosztorysu ofertowego (pkt XIX odwołania) została zawyżona w celu wcześniejszego uzyskania płatności – obejścia braku zaliczkowania przez zamawiającego oraz tym samym uzyskania kredytowania inwestycji. W konsekwencji zaniżenie ceny ofertowej utrudnienia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, natomiast przeszacowanie innych pozycji kosztorysu prowadzi do ustalenia sztucznych i bardziej korzystnych warunków realizacji zamówienia przez jednego wykonawcę.

Pierwsze z twierdzeń odwołującego jest niezasadne z przyczyn wskazanych w ocenie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Należy mieć na uwadze, że ocena oferty również pod kątem możliwości zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji dotyczy ceny całej oferty w odniesieniu do całości zobowiązania wykonawcy. Izba podzieliła wyrażany w orzecznictwie KIO pogląd, że w postępowaniu na roboty budowlane, którego celem jest osiągnięcie określonego rezultatu, wycena niektórych prac na niższym, nawet znacząco niższym poziomie niż w innych ofertach, jest relewantna z punktu widzenia uczciwej konkurencji między wykonawcami wtedy, gdy ma znaczenie dla całkowitej ceny oferty albo dla kosztów ponoszonych przez zamawiającego przy realizacji prac na podstawie tej oferty. Tylko bowiem w tej sytuacji zaniżenie cen jednostkowych ma znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia i w konsekwencji dla utrudnienia konkurentom dostępu do rynku.

Podzielono zatem stanowisko zamawiającego, że odwołujący nie wykazał, aby kalkulacja cen jednostkowych w tym postępowaniu zmierzała do wyeliminowania konkurencyjnych wykonawców z zamówień publicznych na rynku robót budowlanych. Dostrzeżono, że z zestawień i kalkulacji złożonych na rozprawie wynika, że część cen jednostkowych w ofercie Skanska S.A. jest istotnie niższa niż w ofercie odwołującego, w innych zaś to ceny odwołującego są znacząco niższe niż ceny oferty Skanska S.A. Taki stan rzeczy wskazuje, że w ramach indywidualnych uwarunkowań prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawców każdy z nich we właściwy dla siebie sposób kształtuje wartość poszczególnych elementów oferty.

Postanowienia SIWZ i wzoru umowy nie wskazują, aby – jak twierdził odwołujący – poszczególne pozycje kosztorysu były rozliczane w przyszłości nie na podstawie ich wartości, ale na podstawie innych pozycji rodzajowo podobnych, których ceny zostały obliczone zgodnie z realiami rynku. Dowodów na potwierdzenie tej tezy odwołujący nie złożył do zamknięcia rozprawy.

W związku z tym Izba uznała, że niska wartość wskazanych przez odwołującego pozycji kosztorysu Skanska S.A. nie uzasadnia twierdzenia, że oferta ta (oferta z najniższą ceną) nie będzie dla zamawiającego ofertą najbardziej opłacalną również przy wykonaniu umowy.

Odnosząc się do drugiej z tez uzasadniających dopuszczenie się przez Skanska S.A. czynu nieuczciwej konkurencji Izba stwierdziła, że istotnie wartość poz. 1-9 kosztorysu ofertowego (pkt XIX odwołania) w kosztorysie tego wykonawcy w istotny sposób odbiega od wartości wykonania projektu i robót budowlanych. Różni się również znacząco od wartości tych pozycji w ofertach pozostałych wykonawców. Z konstatacji tej nie można jednak automatycznie wywieść podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Przed wszystkim twierdzenie odwołującego, że wartość tych pozycji zostanie odwołującemu zapłacona na początku wykonywania w umowy nie zostało udowodnione przez odwołującego, nie wynika z powołanego przez niego § 3 ust. 7 wzoru umowy, natomiast inne postanowienia tego paragrafu wskazują na miesięczne zasady rozliczenia. Zamawiający zaprzeczył tej możliwości, a odwołujący nie wskazał, w jaki sposób na gruncie wzoru umowy taka sytuacja mogłaby zaistnieć.

Nie podzielono również twierdzenia odwołującego, że skoro zamawiający nie uzasadnił dość szczegółowo, dlaczego tak znacząca kwota w tych pozycjach kosztorysu nie budziła jego podejrzeń (twierdził jedynie, że to odwołujący zaniżył wartość tych pozycji oraz, że kwestia ta pozostała w swobodnej gestii wykonawców), a Skanska S.A. nie wyjaśnił sposobu kalkulacji tych pozycji, to domniemanie zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie zostało obalone. Dostrzec trzeba, że z przepisów Prawa zamówień publicznych oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie wynika domniemanie zaistnienia czynu

nieuczciwej konkurencji. W postępowaniu odwoławczym przesłanki zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji powinny być udowodnione przez odwołującego, na którym zgodnie z regułą wskazaną w art. 190 ust. 1 Pzp w ślad za art. 6 k.c. spoczywa ciężar dowodu. Tymczasem odwołujący nie złożył żadnych dowodów, co doprowadziło do uznania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp za niepotwierdzony. Izba uwzględniła przy tym rozbieżności w wartości tych pozycji w pozostałych ofertach złożonych w postępowaniu, które uznała za potwierdzenie indywidualnego podejścia w kształtowaniu przez wykonawców relacji między pozostałymi pracami wynikającymi z kosztorysu a wartością poz. 1-9 kosztorysu ofertowego (pkt XIX odwołania).

Również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Skanska S.A. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp okazał się nietrafny. Oparto go bowiem na twierdzeniu, że wykonawca nie uwzględnił wszystkich kosztów składających się na ceny poszczególnych elementów zamówienia wynikających z SIWZ, a przede wszystkim z SST. Tymczasem postanowienia Rozdziału 9 SIWZ dotyczącego sposobu obliczenia ceny oferty odnoszą się do ceny oferty, nie zaś do cen jednostkowych lub kwoty ryczałtowych pozycji kosztorysowych składających się na cenę oferty. Dostrzec też należy, że zamawiający dopuścił sporządzenie kosztorysów metodą kalkulacji uproszczonej, co daje wykonawcom pewien margines swobody w kształtowaniu poszczególnych cen jednostkowych. Łatwo to stwierdzić na podstawie porównania kosztorysów i kalkulacji przedstawionych przez odwołującego i Skanska S.A.

Izba podzieliła utrwalony już w orzecznictwie pogląd, że oferta jest niezgodna ze specyfikacją w sytuacji, gdy jej elementy merytoryczne, istotne dla wykonania umowy są niezgodne z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ a dotyczącymi ilości, jakości, terminu, gwarancji lub innych elementów przedmiotowo istotnych. Natomiast domniemane uchybienia przy ustaleniu jednostkowych cen poszczególnych pozycji kosztorysowych, w sytuacji gdy SIWZ nie zawiera szczegółowych wymagań w tym zakresie, nie mogą powodować odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

W konsekwencji braku naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 Pzp również zarzut naruszenia art. 7 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Podobną ocenę prawną zbliżonych stanów faktycznych Izba wyraziła w orzeczeniu o sygn. akt KIO 1434/16 z 18 sierpnia 2016 r. oraz KIO 1463/16 z 26 sierpnia 2016 r.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając

koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....