

**Sygn. akt: KIO 1181/14
KIO 1182/14
KIO 1183/14
KIO 1194/14
KIO 1195/14**

**WYROK
z dnia 26 czerwca 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Aneta Mlącka

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 11 czerwca 2014 r. przez Odwołującego **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WIDROG J. W.** w Łodzi przy ul. Bartoka 35 m. 22, 92-546 Łódź (sygn. akt KIO 1181/14);
- B) w dniu 11 czerwca 2014 r. przez Odwołującego **B. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firma B. W. Zakład Remontowo-Drogowy** w Łodzi przy ul. Bartoka 35 m. 22, 92-546 Łódź (sygn. akt KIO 1182/14);
- C) w dniu 11 czerwca 2014 r. przez Odwołującego **D. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Tech-Road D. O.** w Łodzi przy ul. Będzińskiej 4/33, 93-540 Łódź (sygn. akt KIO 1183/14);
- D) w dniu 12 czerwca 2014 r. przez Odwołującego przedsiębiorców **M. G. i P. M.a prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej G&P s.c. M. G., P. M.** w Łodzi przy ul. Łagiewnickiej 70/3, 91-456 Łódź (sygn. akt KIO 1194/14);
- E) w dniu 12 czerwca 2014 r. przez Odwołującego **M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P.B.H. ELSAT M. P.”** w Dobroniu przy ul. Sportowej 29, 95-082 Dobroń (sygn. akt KIO 1195/14)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu** ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź

orzeka:

1

- A) Uwzględnić odwołanie wniesione przez Odwołującego - J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WIDROG J. W. (sygn. akt KIO 1181/14) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część 4 przedmiotu zamówienia oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert złożonych na część 4 przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- B) Uwzględnić odwołanie wniesione przez Odwołującego - B. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B. W. Zakład Remontowo-Drogowy (sygn. akt KIO 1182/14) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część 1 przedmiotu zamówienia oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert złożonych na część 1 przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- C) Uwzględnić odwołanie wniesione przez Odwołującego - D. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Tech-Road D. O. (sygn. akt KIO 1183/14) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część 2 przedmiotu zamówienia oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert złożonych na część 2 przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- D) Uwzględnić odwołanie wniesione przez Odwołujących - M. G. i P. M. a prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej G&P s.c. M. G., P. M. (sygn. akt KIO 1194/14) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na część 5 przedmiotu zamówienia oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołujących z postępowania i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert złożonych na część 5 przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołujących;
- E) Uwzględnić odwołanie wniesione przez Odwołującego - M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P.B.H. ELSAT M. P.” (sygn. akt KIO 1195/14) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej na część 3 przedmiotu zamówienia oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert złożonych na część 3 przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **100.000 zł 00 gr.** (słownie: sto tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WIDROG J. W. (sygn. akt KIO 1181/14), B. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B. W. Zakład Remontowo-Drogowy (sygn. akt KIO 1182/14), D. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Tech-Road D. O. (sygn. akt KIO 1183/14), M. G. i P. M.a prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej G&P s.c. M. G., P. M. (sygn. akt KIO 1194/14), M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P.B.H. ELSAT M. P.” (sygn. akt KIO 1195/14), tytułem wpisów od odwołań.

2.2 Zasądza od Zamawiającego Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu kwotę **118.000 zł 00 gr** (słownie: sto osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) w tym:

- A) Kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WIDROG J. W. stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 1181/14;
- B) Kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz B. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B. W. Zakład Remontowo-Drogowy stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 1182/14;
- C) Kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz D. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Tech-Road D. O. stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 1183/14;
- D) Kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz M. G. i P. M.a prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej G&P s.c. M. G., P. M. stanowiącą koszty strony poniesione z

tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 1194/14;

- E) Kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „P.B.H. ELSAT M. P.” stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 1195/14.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1181/14, KIO 1182/14, KIO 1183/14, KIO 1194/14, KIO 1195/14

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na "Remont chodników na drogach publicznych położonych na terenie miasta Łodzi oraz na drogach wewnętrznych położonych na terenach zarządzanych przez miasto Łódź w 2014 roku". Nr sprawy ZDiT-DZ.3321.21.2014

sygn. akt KIO 1181/14

Odwołujący: WIDROG J. W. ul. Bartoka 35 m. 22 92-546 Łódź złożył odwołanie od czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5, art. 91 ust. 1 ustawy:

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert i powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W wyniku dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy czynności, t.j. zaniechania wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i nie zapewniający równego traktowania wykonawców. Przy prawidłowym prowadzeniu postępowania od momentu otwarcia ofert, tj. zgodnym z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Jednocześnie w wyniku naruszenia przepisów ustawy oferta odwołującego nie została uznana jako najkorzystniejsza, co powoduje, że może on ponieść szkodę oraz ma interes w uzyskaniu zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania oraz odnosząc się do stanowiska Zamawiającego odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający zarzucił odwołującemu, że pozostaje w grupie kapitałowej z Zakładem Remontowo Drogowym B. W. z siedzibą w Łodzi przy ul. Bartoka 35 m. 22. Legalna definicja grupy kapitałowej jest zawarta w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.).

Zamawiający zarówno w zapytaniu z dnia 16 maja 2014 r. oraz w informacji o wyniku postępowania zawarł informację:

"Powyżsi wykonawcy złożyli oświadczenie, iż nie należą do tej samej grupy kapitałowej. Jednakże w wypisów z centralnej ewidencji i informacji o działalności wynika, że prowadzą oni jako osoby fizyczne działalność gospodarczą pod jednym adresem oraz posiadają małżeńską wspólność majątkową".

Oświadczenie złożone przez obu wykonawców jest prawdziwe. Jednak metoda działania Zamawiającego budzi wątpliwości odwołującego co do zakresu i wniosków jakie wyciąga Zamawiający z uzyskanych informacji.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone oferty nr 5 i 7 przez osoby o nazwisku S., a oferta nr 6 przez osobę o nazwisku S., zatem pozostaje pytanie czy Zamawiający wszystkich wykonawców potraktował równo i wyjaśnił czy aby te osoby nie należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu Zamawiającego. Poza tym mając na uwadze, że osoby tworzące małżeństwo, które w ocenie Zamawiającego jest grupą kapitałową, mogą

mieć różne nazwiska i adresy głównego prowadzenia działalności gospodarczej. Dlatego każda osoba biorąca udział w postępowaniu i posiadająca małżonka powinna złożyć oświadczenie, że pozostaje w grupie kapitałowej i wskazać małżonka w wykazie podmiotów jako członka grupy kapitałowej, co jest logiczną konsekwencją wyводу zawartego w pismach z dnia 16 maja 2014 r. i 2 czerwca 2014 r. (aby wykonywać działalność gospodarczą nie trzeba być zarejestrowanym w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej).

Dalej Zamawiający zawarł jako dowód pozostawania w tej samej grupie kapitałowej opis sytuacji: "gdy przedsiębiorcy dominującemu przysługuje prawo do całego albo części mienia przedsiębiorcy zależnego". Dopasowywanie przepisu ustawy O ochronie konkurencji i konsumentów na siłę do małżeństwa jest chybione. Być może zamawiający miał na myśli prawo do dziedziczenia mienia po śmierci? Poza tym nie wiadomo, według Zamawiającego, kto jest podmiotem zależnym a kto dominującym, podział ról jest precyzyjnie wskazany w art. 4 pkt 4 lit e ustawy O ochronie konkurencji i konsumentów, zatem nie można być jednocześnie przedsiębiorcą dominującym i zależnym w relacji opisanej przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający zawarł pogląd: "W stanie faktycznym, jeżeli obydwaj wykonawcy pozostają w związku małżeńskim i jednocześnie we wspólności ustawowej małżeńskiej, to nie można wykluczyć sytuacji, iż wywierają na siebie wpływ i jeden z przedsiębiorców (małżonków) wywiera decydujący wpływ na innego przedsiębiorcę (małżonka)." (podkreślenie odwołującego) Po pierwsze: z zacytowanego sformułowania należy dojść do wniosku, że jest to jedynie domniemanie nie poparte żadnymi faktami, po drugie: Zamawiający nie precyzuje pojęcia "decydujący wpływ" w wyniku czego zarzut jest chybiony i nie ma potwierdzenia w stanie faktycznym, a odwołującemu trudno się do niego odnieść.

Podsumowując, w ocenie odwołującego małżeństwo nie jest grupą kapitałową, a Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wyjaśnień sytuacji pozostałych przedsiębiorców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu będących osobami fizycznymi pod kątem pozostawania w tej samej grupie kapitałowej.

Praktyka stosowania art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy nie zna traktowania małżonków jako grupy kapitałowej, mimo zapoznania się, między innymi, z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej jak i opiniami prawnymi wydanymi przez Departament Prawny UZP czy komentarzami do ustawy.

Konsekwencją zarzutu pozostawania w tej samej grupie kapitałowej i złożenia oferty w tym samym postępowaniu jest odrzucenie obu ofert. Jednak sytuacja faktyczna wygląda odmiennie do zaprezentowanej przez Zamawiającego ze względu na fakt, że każdy

przedsiębiorca, z domniemanej grupy kapitałowej, złożył ofertę na inną część zamówienia, gdyż Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na opisane części zamówienia.

Z uzasadnienia do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, zamieszczonego na stronie internetowej UZP, wedle którego celem wprowadzenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy było "ustanowienie jednoznacznej regulacji sankcjonującej niedopuszczalne zachowanie dotyczące naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o udzielenia zamówienia", (podkreślenie odwołującego).

W publikacji wydanej przez UZP "System zamówień publicznych w Polsce" w 2013 r. pod redakcją Jacka Sadowego można przeczytać na stronie 176: "Ustawodawca przewiduje obowiązek wykluczenia wykonawców z postępowania także z przyczyn, których istnienie godzi w zasadę uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami rywalizującymi o to samo zamówienie publiczne. Za sytuacje, które mogą prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz niedyskryminującemu dostępu do zamówienia niewątpliwie należy uznać uczestnictwo wykonawcy w przygotowaniu postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy), uczestnictwo wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej (art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy) oraz złożenie nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy)." (podkreślenie odwołującego).

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Biorąc pod uwagę ograniczenie nałożone na wykonawców - każdy wykonawca może złożyć ofertę na jedną część, celem Zamawiającego było udzielenie zamówienia na każdą część innemu wykonawcy.

W informacji o wyniku Zamawiający odniósł się do części zamówienia: "Należy też zauważyć, iż w przypadku zamówienia podzielonego na części mamy do czynienia z jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż została spełniona druga ww. przesłanka: przedsiębiorcy muszą złożyć odrębne oferty, ale w tym samym postępowaniu." Zamawiający pominął znaczący element przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy: „chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” W przedmiotowym postępowaniu złożenie ofert na dwie różne części, mimo że dotyczącego tego samego postępowania, świadczą o wystąpieniu okoliczności, która nie powinna skutkować wykluczeniem obu wykonawców, gdyż żaden nie wpływał złożeniem swojej oferty na kształt wyniku niniejszego postępowania w poszczególnych częściach.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego powołując się na przepis zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu można przeczytać: "Składane oferty na różne części przez Wykonawców, którzy są powiązani kapitałowo stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty przez w/w Wykonawców stanowi dodatkowo czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ nosi znamiona porozumienia horyzontalnego. Podmioty te ograniczają konkurencję w szczególności przez podział rynku pomiędzy siebie - tj. składają oferty na odrębne części."

Czyny nieuczciwej konkurencji zostały zdefiniowane w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 nr 47 poz. 211), zaś w uzasadnieniu Zamawiający nie przywołuje żadnego przepisu, w wyniku czego odwołujący nie jest w stanie odnieść się do zarzutu poza tym nie popełnił czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do ostatniego zdania z zacytowanego uzasadnienia nie sposób się zgodzić z zawartym tam twierdzeniem. Postępowanie, w którym Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowym, to tak jakby przeprowadził "kilka postępowań w jednym". Idąc tropem Zamawiającego: jeżeli członkowie grupy kapitałowej będą składali oferty w odrębnych postępowaniach, to też będą dzielić rynek między siebie. Zatem łączenie postępowań przez Zamawiającego w jedno i dopuszczenie składania ofert częściowych ogranicza udział grup kapitałowych w składaniu ofert na poszczególne części.

Na koniec, Zamawiający zapis: "Dodatkowo należy podkreślić, że Wykonawcy wskazali w ofertach jedną osobę na stanowisko kierownika budowy tj. Pana J. W., prowadzącego działalność gospodarczą WIDROG, co wskazuje jednoznacznie na powiązania między powyższymi wykonawcami". Z przywołanego fragmentu informacji o wyniku nie wiadomo o jakich powiązaniach pisze Zamawiający. Jeżeli J. W. jest w stanie wykonywać funkcje kierownika budowy w obu zamówieniach, to może tylko oznaczać, że będzie ją wykonywał, a w świetle ustawy nie ma to żadnego znaczenia, a "powiązanie" pozostaje bez wpływu na wykluczenie wykonawcy czy odrzucenie oferty, gdyż w przeciwnym przypadku Zamawiający przywołałby przepis, który należy zastosować ze względu na zaistniałą sytuację. W związku z tym ta okoliczność jest bez znaczenia dla czynności wykluczenia odwołującego czy odrzucenia jego oferty.

Ponadto wykonawcy:

-GRAF-BUD B. M. - oferta nr 4,

-F. U. "SZATO" T. S. - oferta nr 5,

-"WIBUD" W. S. - oferta nr 6,

-"SZADEK" D. S. - oferta nr 7,

-"MAGNUM" M. J. - oferta nr 8, wskazali B.a M.a jako kierownika budowy i ten fakt nie budzi żadnych wątpliwości Zamawiającego.

Sygn. akt 1182/14

Odwołujący: Zakład Remontowo Drogowy B. W., Łódź zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5, art. 91 ust. 1 ustawy tj. równe traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, wykluczenie odwołującego, odrzucenie oferty odwołującego oraz zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami.

Odwołujący wnosi o powtórzenie czynności oceny oferty i powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej,

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający zarzucił odwołującemu, że pozostaje w grupie kapitałowej z WIDROG J. W. z siedzibą w Łodzi przy ul. Bartoka 35 m. 22. Legalna definicja grupy kapitałowej jest zawarta w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.).

Zamawiający zarówno w zapytaniu z dnia 16 maja 2014 r. oraz w informacji o wyniku postępowania zawarł informację: "Powyżsi wykonawcy złożyli oświadczenie, iż nie należą do tej samej grupy kapitałowej. Jednakże w wypisów z centralnej ewidencji i informacji o działalności wynika, że prowadzą oni jako osoby fizyczne działalność gospodarczą pod jednym adresem oraz posiadają małżeńską wspólność majątkową".

Oświadczenie złożone przez obu wykonawców jest prawdziwe. Jednak metoda działania Zamawiającego budzi wątpliwości odwołującego co do zakresu i wniosków jakie wyciąga Zamawiający z uzyskanych informacji.

Z oby wypisów można jedynie wyciągnąć wniosek, że obaj przedsiębiorcy mają to samo nazwisko i adres głównego wykonywania działalności, co może wskazywać:

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone oferty nr 5 i 7 przez osoby o nazwisku S. a oferta nr 6 przez osobę o nazwisku S., zatem pozostaje pytanie czy Zamawiający wszystkich wykonawców potraktował równo i wyjaśnił czy aby te osoby nie należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu Zamawiającego. Poza tym mając na uwadze, że osoby tworzące małżeństwo, które w ocenie Zamawiającego jest grupą kapitałową, mogą mieć różne nazwiska i adresy głównego prowadzenia działalności gospodarczej. Dlatego każda osoba biorąca udział w postępowaniu i posiadająca małżonka powinna złożyć oświadczenie, że pozostaje w grupie kapitałowej i wskazać małżonka w wykazie podmiotów jako członka grupy kapitałowej, co jest logiczną konsekwencją wyводу zawartego w pismach z dnia 16 maja 2014 r. i 2 czerwca 2014r. (aby wykonywać działalność gospodarczą nie trzeba być zarejestrowanym w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej).

Zamawiający zawarł jako dowód pozostawiania w tej samej grupie kapitałowej opis sytuacji: "gdy przedsiębiorcy dominującemu przysługuje prawo do całego albo części mienia przedsiębiorcy zależnego". Dopasowywanie przepisu ustawy O ochronie konkurencji i

konsumentów na siłę do małżeństwa jest chybione. Być może zamawiający miał na myśli prawo do dziedziczenia mienia po śmierci? Poza tym nie wiadomo, według Zamawiającego, kto jest podmiotem zależnym a kto dominującym, podział ról jest precyzyjnie wskazany w art. 4 pkt 4 lit e ustawy O ochronie konkurencji i konsumentów, zatem nie można być jednocześnie przedsiębiorcą dominującym i zależnym w relacji opisanej przez Zamawiającego. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający zawarł pogląd: "W stanie faktycznym, jeżeli obydwaj wykonawcy pozostają w związku małżeńskim i jednocześnie we wspólności ustawowej małżeńskiej, to nie można wykluczyć sytuacji, iż wywierają na siebie wpływ i jeden z przedsiębiorców (małżonków) wywiera decydujący wpływ na innego przedsiębiorcę (małżonka)." (podkreślenie odwołującego) Po pierwsze: z zacytowanego sformułowania należy dojść do wniosku, że jest to jedynie domniemanie nie poparte żadnymi faktami, po drugie: Zamawiający nie precyzuje pojęcia "decydujący wpływ" w wyniku czego zarzut jest chybiony i nie ma potwierdzenia w stanie faktycznym, a odwołującemu trudno się do niego odnieść.

W ocenie odwołującego małżeństwo nie jest grupą kapitałową, a Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wyjaśnień sytuacji pozostałych przedsiębiorców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu będących osobami fizycznymi pod kątem pozostawania w tej samej grupie kapitałowej.

Praktyka stosowania art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy nie zna traktowania małżonków jako grupy kapitałowej, mimo zapoznania się, między innymi, z linią orzeczniczą KIO jak i opiniami prawnymi wydanymi przez Departament Prawny UZP czy komentarzami do ustawy.

Konsekwencją zarzutu pozostawania w tej samej grupie kapitałowej i złożenia oferty w tym samym postępowaniu jest odrzucenie obu ofert. Jednak sytuacja faktyczna wygląda odmiennie do zaprezentowanej przez Zamawiającego ze względu na fakt, że każdy przedsiębiorca, z domniemanej grupy kapitałowej, złożył ofertę na inną część zamówienia, gdyż Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na opisane części zamówienia.

Z uzasadnienia do projektu ustawy o zmianie ustawy pzp oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, zamieszczonego na stronie internetowej UZP, wedle którego celem wprowadzenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy było "ustanowienie jednoznacznej regulacji sankcjonującej niedopuszczalne zachowanie dotyczące naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o udzielenia zamówienia", (podkreślenie odwołującego).

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy zamówienie publiczne przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Członkowie, domniemanej przez Zamawiającego grupy kapitałowej, złożyli oferty na dwie różne części czyli nie konkurowali między sobą czyli nie ma powodów do wykluczenia obu

wykonawców, a tym samym nie mogli zachwiać uczciwa konkurencją gdyż ubiegali się o różne zamówienia publiczne.

Należy przypomnieć, że postępowanie w którym zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części czyli celem postępowania było udzielenie zamówienia publicznego na każdą z części. Biorąc pod uwagę ograniczenie nałożone na wykonawców - każdy wykonawca może złożyć ofertę na jedną część celem Zamawiającego było udzielenie zamówienia na każdą część innemu wykonawcy.

W informacji o wyniku Zamawiający odniósł się do części zamówienia: "Należy też zauważyć, iż w przypadku zamówienia podzielonego na części mamy do czynienia z jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, iż została spełniona druga ww. przesłanka: przedsiębiorcy muszą złożyć odrębne oferty, ale w tym samym postępowaniu." Zamawiający pominął znaczący element przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy: chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu złożenie ofert na dwie różne części, mimo że dotyczącego tego samego postępowania, świadczą o wystąpieniu okoliczności, która nie powinna skutkować wykluczeniem oby wykonawców, gdyż żaden nie wpływał złożeniem swojej oferty na kształt wyniku niniejszego postępowania w poszczególnych częściach.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego powołując się na przepis zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu można przeczytać: "Składane oferty na różne części przez Wykonawców, którzy są powiązani kapitałowo stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty przez w/w Wykonawców stanowi dodatkowo czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ nosi znamiona porozumienia horyzontalnego. Podmioty te ograniczają konkurencję w szczególności przez podział rynku pomiędzy siebie - tj. składają oferty na odrębne części."

Czyny nieuczciwej konkurencji zostały zdefiniowane w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 nr 47 poz. 211), zaś w uzasadnieniu Zamawiający nie przywołuje żadnego przepisu w wyniku czego odwołujący nie jest w stanie odnieść się do zarzutu poza tym nie popełnił czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do ostatniego zdania z zacytowanego uzasadnienia nie sposób się zgodzić z zawartym tam twierdzeniem. Postępowanie, w którym Zamawiający dopuścił składania ofert częściowym to tak jakby przeprowadził "kilka postępowań w jednym". Idąc tropem Zamawiającego: jeżeli członkowie grupy kapitałowej będą składali oferty w odrębnych postępowaniach to też będą dzielić rynek między siebie. Zatem łączenie postępowań przez Zamawiającego w jedno i dopuszczenie składania ofert częściowych ogranicza udział grup kapitałowych w składaniu ofert na poszczególne części.

Na koniec, Zamawiający zapis: "Dodatkowo należy podkreślić, że Wykonawcy wskazali w ofertach jedną osobę na stanowisko kierownika budowy tj. Pana J. W., prowadzącego działalność gospodarczą WIDROG, co wskazuje jednoznacznie na powiązania między powyższymi wykonawcami" Z przywołanego fragmentu informacji o wyniku nie wiadomo o jakich powiązaniach pisze Zamawiający. Jeżeli J. W. jest w stanie wykonywać funkcje kierownika budowy w obu zamówieniach to może tylko oznaczać, że będzie ją wykonywał a w świetle ustawy nie ma to żadnego znaczenia, a "powiązanie" pozostaje bez wpływu na wykluczenie wykonawcy czy odrzucenie oferty, gdyż w przeciwnym przypadku Zamawiający przywołałby przepis, który należy zastosować ze względu na zaistniałą sytuację. W związku z tym ta okoliczność jest bez znaczenia dla czynności wykluczenia odwołującego czy odrzucenia jego oferty.

Warto dodać, że wykonawcy:

- GRAF-BUD B. M. - oferta nr 4,
- F. U. "SZATO" T. S. - oferta nr 5,
- "WIBUD" W. S. - oferta nr 6,
- "SZADEK" D. S. - oferta nr 7,
- "MAGNUM" M. J. - oferta nr 8

wskazali B.a M.a jako kierownika budowy i ten fakt nie budzi żadnych wątpliwości Zamawiającego, gdyż w piśmie o wyniku nie ma ani słowa o tym fakcie czyli odwołujący jest traktowany na specjalnych zasadach.

Sygn. akt 1183/14

Odwołujący: Tech-Road D. O. ul. Będzińska 4/33 93-540 Łódź wniósł odwołanie od czynności wykluczenia go z postępowania wykonawcy i odrzucenia oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 3, art. 91 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wnosi o: powtórzenie czynności oceny ofert, powtórzenie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający zarzucił odwołującemu, że "dokonana ocena wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny potwierdziła, że oferty zawierają rażąco niskie ceny jednostkowe w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu ceną za wykonanie zamówienia nie jest łączna cena podawana w ofercie za wykonanie ogółu robót w ilości przyjętej wg obmiarów (złożonych w formularzu cenowym), czyli przewidywanych i będących podstawą oszacowania ich ilości, ale cena za odpowiednią robotę rozpatrywaną samodzielnie.

(...) Wobec powyższego skoro ceny jednostkowe są cenami do zapłaty, mogą być one rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny."

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w informacji o wyniku postępowania, gdyż przepis art. 90 ust. 1 ustawy jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości:

„Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.”

Cena, o której mowa w art. 2 pkt 1 ustawy w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.), to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatek akcyzowy. Zatem nie można zamiennie stosować pojęcia "ceny" i "ceny jednostkowej" na potrzeby ustalenia rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie szukać uzasadnienia dla odrzucenia oferty odwołującego.

Takie stanowisko potwierdza orzecznictwo KIO jak i sądu, co znalazło wyraz w wyroku sygn. akt KIO 219/2014 i sygn. akt KIO 221/2014:

"Kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - gdyby nawet hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Kalkulacja własna ceny jest bowiem prawem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągania zysku w każdym "z elementów ceny" (wyrok KIO/UZP 878/09). Stosownie do poglądów, wynikających z wyroków Izby oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienie SO w Poznaniu II Ca 2194/2005, w którym Sąd ten stwierdził, iż "oceniając tylko jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty." W wyroku z dnia 24 marca 2005r. II Ca425/2004 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że "ocena oferty - przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę".

Na żądanie Zamawiającego odwołujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień w dniu 21 maja 2014r.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty można przeczytać: "Powyższe działanie optymalizacyjne byłoby bowiem do zaakceptowania przy cenie za całość zamówienia, która byłaby

skonstruowana jako zapłata za pewien zespół robót rozpatrywanych łącznie, w sposób zagregowany, ale nie wtedy gdy zapłata następuje za rzeczywiście wykonane roboty rozpatrywane oddzielanie.

Wobec powyższego skoro ceny jednostkowe są cenami do zapłaty, mogą być one rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny."

Po zapoznaniu się z tym fragmentem można nabrać wątpliwości czy Zamawiający do końca wie co chce zamówić. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Na zakończenie nie sposób pominąć następujący fragment pisma Zamawiającego: "W wyjaśnieniu Wykonawcy wynika, że firma składa się z właściciela i 4 pracowników przygotowana jest tylko do realizacji niewielkich napraw awaryjnych i interwencyjnych, możliwych do wykonania przez dwóch pracowników. Powyższą informację Zamawiający powinien uwzględnić przy wyborze ofert, ponieważ jest to informacja, która wskazuje na przygotowanie firmy do realizacji zupełnie innego niż oczekiwaliśmy przez zamawiającego zakresu prac." Budzi najgłębsze zdziwienie odwołującego takie stanowisko Zamawiającego, które postawił warunki udziału w postępowaniu o udzieleni zamówienia publicznego. Odwołujący spełnił te warunki, w przeciwnym wypadku Zamawiający wykluczyłby odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, do czego obliguje go ustawa.

Podsumowując, nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego o "rażąco niskich cenach jednostkowych", gdyż ustawodawca nie wprowadził takiego terminu do ustawy. Rzecz najważniejsza: Zamawiający w informacji o wyniku postępowania nie zarzucił odwołującemu, że złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W związku z czym Zamawiający nie miał możliwości odrzucenia oferty na podstawie przesłanek zawartych w ustawie. Jak wynika z powyższego Zamawiający sam rozszerzył katalog przesłanek do odrzucenia oferty tego czynić mu nie wolno, gdyż katalog ten jest katalogiem zamkniętym.

Sygn. akt 1194/14

Odwołujący G&P s.c. M. G. i P. M. wniósł odwołanie od czynności unieważnienia postępowania w części 5, nieprawidłowej ocenie wyjaśnień odwołującego złożonych w trybie art. 90 ust. 3 ustawy pzp, a w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp poprzez ich nieuzasadnione zastosowanie, w tym odrzucenie oferty wyłącznie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy bez wskazania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy

pzp. Ponadto zarzucił naruszenie art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, a w szczególności pominięcie obiektywnych czynników wskazanych w wyjaśnieniach i bezzasadne przyjęcie, że niektóre ceny jednostkowe wykonawcy zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazał na prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a polegające w szczególności na uznaniu w tych samych pozycjach kosztorysu cen jednostkowych odwołującego za rażąco niskie, w sytuacji, gdy ceny te są porównywalne, równe, a w niektórych przypadkach wyższe od cen jednostkowych wykonawców, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze w pozostałych częściach postępowania i nie odrzucone.

Wskazał na nieuznanie przez zamawiającego za wystarczające wyjaśnień odwołującego, w przypadku gdy analogiczna argumentacja innych wykonawców (powołanie się na proces budowlany) została przez zamawiającego uznana za wiarygodną, a oferty wybrane lub nie podlegające odurzeniu jako zawierające rażąco niskie ceny.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 5 i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tej części z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał na następujące okoliczności.

W Rozdziale 16 siwz – Sposób obliczenia ceny określono, co rozumie się przez cenę oferty oraz jakie „zadanie” w niniejszym postępowaniu pełnią ceny jednostkowe. Wskazano na pkt 16.1 godnie z którym Cena oferty winna być wyliczona w oparciu o kosztorysy ofertowe poprzez wypełnienie przedmiarów robót stanowiących odpowiednio Formularze od 2a do 2e (części od 1 do 5), a następnie cenę oferty należało wpisać na formularzu nr 1 liczbowo z danymi o podatku VAT.

Ponadto „Obliczona przez wykonawcę cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla terminowego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT. Wykonawca powinien uwzględnić w cenie wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia, a szczególnie informacje, wymagania i warunki podane w niniejszej siwz..” (pkt 16.6. siwz).

Do cen jednostkowych zamawiający odniósł się w pkt 16.2 siwz; wykonawcy winni oddzielnie wycenić każdą pozycję wymienioną w przedmiarach robót określając cenę jednostkową oraz wartość netto dla tej pozycji. Ceny jednostkowe podane kosztorysie (Formularzu cenowym) będą zgodne z Warunkami Ogólnymi SST oraz zapisami siwz podstawą do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy, które ma charakter obmiarowy (kosztorysowy).

Zgodnie z treścią Formularza cenowego wykonawca określa cenę oferty jako sumę wartości poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego uzyskanych w wyniku mnożenia określonych przez zamawiającego ilości (przedmiar) oraz określonych przez wykonawcę cen jednostkowych.

Odwołujący wskazał na wykładnię art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, z której wynika, że w ramach oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę cały przedmiot zamówienia, który może składać się z kilku jednostkowych elementów. W takim wypadku z ceną rażąco niską mamy do czynienia wyłącznie wtedy, gdy taki charakter będzie miała cena zaoferowana za całość świadczenia objętego zamówieniem.

W przedmiotowym stanie faktycznym przedmiot zamówienia stanowią remonty istniejących chodników, realizowane w podziale na mniejsze zlecenia (procesy budowlane, których szczegółowy zakres ilościowy i technologia wykonania będzie określony przez zamawiającego) oraz które będą wyceniane w oparciu o pozycje kosztorysowe zawarte w Formularzach cenowych złożonych z ofertą.

Odwołujący wskazuje na stanowisko KIO o niedopuszczalności powoływania się na konieczność rozpatrywania cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny przy robotach budowlanych w przypadku ceny kosztorysowej, gdzie przedmiar robót może odbiegać od ilości prac niezbędnych do realizacji zamówienia (KIO 1511/08). Podobnie KIO 963/09, KIO 1958/11. Wskazał także na wyrok 2929/12, zgodnie z którym przesłanka z art. 90 ust. 3 ustawy nie może być stosowana w oderwaniu od ustalenia i wykazania, że doszło do złożenia oferty z rażąco niską ceną. Wskazał również na relacje wartości brutto wybranych ofert do przedmiotu zamówienia wynoszące odpowiednio dla części od 1 do 40 – 40%, 42%, 54% i 50%, natomiast w części 5 oferta odwołującego stanowi 43% wartości zamówienia.

Odwołujący wskazał na treść swoich wyjaśnień złożonych zamawiającemu i przedstawił porównanie pozycji swoich cen jednostkowych uznanych przez zamawiającego za rażąco niskie z odpowiadającymi im cenami wybranych ofert w formie tabelarycznej.

Sygn. akt KIO 1195/14

Odwołujący M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PBH Elsat M. P. wniósł odwołanie w części trzeciej postępowania, od czynności zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie wyjaśnień odwołującego złożonych w trybie art. 90 ust. 3 ustawy pzp, a w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp poprzez ich nieuzasadnione zastosowanie, w tym odrzucenie oferty wyłącznie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy bez wskazania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Ponadto zarzucił naruszenie art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, a w

szczegółności pominięcie obiektywnych czynników wskazanych w wyjaśnieniach i bezzasadne przyjęcie, że niektóre ceny jednostkowe wykonawcy zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazał na prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a polegające w szczególności na uznaniu w tych samych pozycjach kosztorysu cen jednostkowych odwołującego za rażąco niskie, w sytuacji, gdy ceny te są porównywalne, równe, a w niektórych przypadkach wyższe od cen jednostkowych wykonawców, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze w pozostałych częściach postępowania i nie odrzucone.

Wskazał na nieuznanie przez zamawiającego za wystarczające wyjaśnień odwołującego, w przypadku gdy analogiczna argumentacja innych wykonawców (powołanie się na proces budowlany) została przez zamawiającego uznana za wiarygodną, a oferty wybrane lub nie podlegające odurzeniu jako zawierające rażąco niskie ceny.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 3 i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tej części z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Wskazał na prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a polegające w szczególności na uznaniu w tych samych pozycjach kosztorysu cen jednostkowych odwołującego za rażąco niskie, w sytuacji, gdy ceny te są porównywalne, równe, a w niektórych przypadkach wyższe od cen jednostkowych wykonawców, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze w pozostałych częściach postępowania i nie odrzucone.

Wskazał na nieuznanie przez zamawiającego za wystarczające wyjaśnień odwołującego, w przypadku gdy analogiczna argumentacja innych wykonawców (powołanie się na proces budowlany) została przez zamawiającego uznana za wiarygodną, a oferty wybrane lub nie podlegające odurzeniu jako zawierające rażąco niskie ceny.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 5 i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tej części z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał na następujące okoliczności.

W Rozdziale 16 siwz – Sposób obliczenia ceny określono, co rozumie się przez cenę oferty oraz jakie „zadanie” w niniejszym postępowaniu pełnią ceny jednostkowe. Wskazano na pkt 16.1 godnie z którym Cena oferty winna być wyliczona w oparciu o kosztorysy ofertowe poprzez wypełnienie przedmiarów robót stanowiących odpowiednio Formularze od 2a do 2e (części od 1 do 5), a następnie cenę oferty należało wpisać na formularzu nr 1 liczbowo z danymi o podatku VAT.

Ponadto „Obliczona przez wykonawcę cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla terminowego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT. Wykonawca powinien uwzględnić w cenie wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia, a szczególnie informacje, wymagania i warunki podane w niniejszej siwz..” (pkt 16.6. siwz).

Do cen jednostkowych zamawiający odniósł się w pkt 16.2 siwz; wykonawcy winni oddzielnie wycenić każdą pozycję wymienioną w przedmiarach robót określając cenę jednostkową oraz wartość netto dla tej pozycji. Ceny jednostkowe podane kosztorysie (Formularzu cenowym) będą zgodne z Warunkami Ogólnymi SST oraz zapisami siwz podstawą do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy, które ma charakter obmiarowy (kosztorysowy).

Zgodnie z treścią Formularza cenowego wykonawca określa cenę oferty jako sumę wartości poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego uzyskanych w wyniku mnożenia określonych przez zamawiającego ilości (przedmiar) oraz określonych przez wykonawcę cen jednostkowych.

Odwołujący wskazał na wykładnię art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, z której wynika, że w ramach oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę cały przedmiot zamówienia, który może składać się z kilku jednostkowych elementów. W takim wypadku z ceną rażąco niską mamy do czynienia wyłącznie wtedy, gdy taki charakter będzie miała cena zaoferowana za całość świadczenia objętego zamówieniem.

W przedmiotowym stanie faktycznym przedmiot zamówienia stanowią remonty istniejących chodników, realizowane w podziale na mniejsze zlecenia (procesy budowlane, których szczegółowy zakres ilościowy i technologia wykonania będzie określony przez zamawiającego) oraz które będą wyceniane w oparciu o pozycje kosztorysowe zawarte w Formularzach cenowych złożonych z ofertą.

Odwołujący wskazuje na stanowisko KIO o niedopuszczalności powoływania się na konieczność rozpatrywania cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny przy robotach budowlanych w przypadku ceny kosztorysowej, gdzie przedmiar robót może odbiegać od ilości prac niezbędnych do realizacji zamówienia (KIO 1511/08). Podobnie KIO 963/09, KIO 1958/11. Wskazał także na wyrok 2929/12, zgodnie z którym przesłanka z art. 90 ust. 3 ustawy nie może być stosowana w oderwaniu od ustalenia i wykazania, że doszło do złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Wskazał również na relacje wartości brutto wybranych ofert do przedmiotu zamówienia wynoszące odpowiednio dla części od 1 do 4 – 40%, 42%, 54% i 49% w części 3 w odniesieniu do oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał na treść swoich wyjaśnień złożonych zamawiającemu i przedstawił porównanie pozycji swoich cen jednostkowych uznanych przez zamawiającego za rażąco niskie z odpowiadającymi im cenami wybranych ofert w formie tabelarycznej.

Zamawiający wniósł o oddalenie wszystkich odwołań.

W odniesieniu do odwołań o sygn. akt KIO 1181/14 oraz KIO 1182/14 o tożsamej treści co do okoliczności faktycznych i prawnych zamawiający stwierdził, co następuje.

W toku badania ofert złożonych przez odwołujących J. W. i B. W. zamawiający powziął wątpliwości, czy pomiędzy tymi wykonawcami występują powiązania wskazujące na przynależność obu wykonawców do grupy kapitałowej. Na podstawie art. 24b ust. 1 ustawy pzp zwrócił się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp. Obaj wykonawcy złożyli oświadczenia, iż nie przynależą do grupy kapitałowej. W oświadczeniach podali m. in., że prowadzą odrębną działalność gospodarczą, pod odrębnymi firmami, samodzielnie zaciągając zobowiązania wynikające z prowadzonej działalności. Wykonawcy wskazali też, że pomimo pozostawania w ustawowym ustroju wspólności małżeńskiej majątkowej, wszelkie składniki majątku przedsiębiorców są nabywane odrębnie na potrzeby własnej działalności. Zamawiający wskazuje na podstawie ewidencji działalności gospodarczej, że ww jako osoby fizyczne prowadzą działalność gospodarczą pod jednym adresem i posiadają wspólność majątkową małżeńską. Na powiązania między nimi wskazuje także fakt wskazania w obydwu ofertach jednej osoby na stanowisko kierownika budowy tj. J. W.. Ponadto wyjaśnienia obydwu wykonawców mają identyczną treść oraz szatę graficzną. Zamawiający wskazał na podstawę prawną i przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp polegające na przynależności do tej samej grupy kapitałowej i złożeniu odrębnych ofert w tym samym postępowaniu, chyba że wykonawcy wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wskazał na definicję legalną grupy kapitałowej (art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) i stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie można wykluczyć sytuacji, iż małżonkowie – przedsiębiorcy wywierają na siebie wpływ w rozumieniu powołanego przepisu. Wskazał także na zakres wspólności małżeńskiej majątkowej określony w art. 31 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego zauważając przy tym że w katalogu składników majątkowych stanowiących majątek odrębny małżonka (art. 33 kodeksu) nie ma przewidzianych dochodów z prowadzonej osobiście działalności gospodarczej, a ponadto zgodnie z art. 41 kro wierzyciel jednego małżonka może również żądać zaspokojenia z

majątku wspólnego małżonków. W tym stanie sprawy zamawiający uznaje za zasadną tezę o powiązaniu odwołujących o charakterze grupy kapitałowej wywodząc, iż zasadne jest stwierdzenie, iż spośród obojga wykonawców to J. W. przewidziany na funkcję kierownika budowy przy uzyskaniu zamówienia przez małżonkę, zajmuje pozycję dominującą.

Odnosząc się do argumentacji w obu odwołaniach, że oferty zostały złożone na dwie różne części zamówienia (w tym samym postępowaniu), co oznacza, że wykonawcy nie konkurowali ze sobą i nie mogli zachwiać uczciwą konkurencją zamawiający podkreślił, że w przypadku zamówienia podzielonego na części, mamy nadal do czynienia z jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp nie rozróżnia się sytuacji, gdy wykonawcy mogą składać oferty na wszystkie części od sytuacji, gdy oferta może dotyczyć tylko jednej części. W przepisie mowa jest o wykluczeniu wykonawców z tej samej grupy kapitałowej, którzy złożyli oferty w tym samym postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że ciężar wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o ww przepis spoczywa na wykonawcy, natomiast złożone wyjaśnienia potwierdzają pozostawanie przez wykonawców w ustroju małżeńskiej wspólności majątkowej i fakt przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

W ocenie zamawiającego złożenie ofert na różne części przez wykonawców powiązanych kapitałowo w postępowaniu, w którym można było złożyć ofertę tylko na jedną część, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i nosi znamiona porozumienia horyzontalnego, ograniczającego konkurencję, w szczególności poprzez podział rynku zbytu.

Zamawiający stwierdził także, że racji prowadzenia szeregu postępowań i znajomości rynku wykonawców posiada wiedzę o braku powiązań w ramach grupy kapitałowej pozostałych wykonawców tym postępowaniu, w szczególności o nie pozostawianiu ich w związkach małżeńskich. Z tego względu nie miał podstaw żądać wyjaśnień od tych wykonawców.

Uzasadniając odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp zamawiający stwierdził, iż niezależnie od wcześniejszych argumentów przyjął, iż złożenie ofert przez odwołujących stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazał na ustawowy katalog czynów nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podkreślając w szczególności „utrudnianie dostępu do rynku” (por. także art. 15 ust. 1 ustawy). W ocenie zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu działania obydwu odwołujących pozostają w sprzeczności zarówno z zasadami uczciwej konkurencji jak również dobrymi obyczajami gospodarczymi.

W odniesieniu do odwołań o sygn. akt KIO 1183/14 oraz KIO 1194/14 i KIO 1195/14 o zasadniczo analogicznej treści zarzutów, jako dotyczących czynności odrzucenia ofert wykonawców jako zawierających rażąco niską cenę, zamawiający stwierdził, co następuje.

Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu ceną za wykonanie zamówienia nie jest łączna cena podawana w ofercie za wykonanie ogółu robót w ilości przyjętej wg obmiarów (złożonych w formularzu cenowym), czyli przewidywanych i będących podstawą oszacowania ich ilości, ale cena za odpowiednią robotę rozpatrywaną samodzielnie. W tych warunkach ceny jednostkowe to nie ceny o wewnętrznym, technicznym znaczeniu służące tylko zobrazowaniu sposobu kalkulacji ceny, ale ceny rzeczywiste do zapłaty mające cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych robót składających się na złożone zamówienie. Potwierdzają to postanowienia siwz oraz szczegółowy opis każdej roboty zwarty w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. W siwz jednoznacznie wskazano na obowiązek skalkulowania cen jednostkowych w sposób realny odzwierciedlający rzeczywistość ponoszone koszty i nakłady na wykonanie każdej jednostki zamówienia – osobnej roboty. Oznacza to, że roboty należało wycenić realnie bez przeszacowania cen jednych robót i zaniżania innych. Przewiduje się bowiem zapłatę za rzeczywiście wykonane roboty rozpatrywane oddzielnie, a nie zespół robót rozpatrywanych łącznie. Przypomniat, że ilości robót podane w formularzu cenowym są orientacyjne i mogą ulec zmianie stosownie do rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Rozliczenie z wykonawcą ma następować każdorazowo po wykonaniu i odebraniu określonej zleconej roboty. Z tego względu ceny jednostkowe jako ceny do zapłaty za poszczególne roboty powinny być badane w kontekście rażąco niskie ceny.

Zamawiający przypomniał, że przedmiotem zamówienia są remonty chodników o charakterze utrzymaniowym wykonywane w czasie określonym (do końca listopada 2014 r.). W tym okresie wykonawca pozostaje do dyspozycji zamawiającego i w razie potrzeby, na jego zlecenie wykonuje remont w określonym miejscu. Ceny nazwane w formularzu jako jednostkowe w rzeczywistości są cenami właściwymi za wykonanie przedmiotu zamówienia i z tego względu były badane w trybie art. 90 ustawy pzp.

Niezależnie od powyższego zamawiający wskazał, że także cena całkowita (stanowiąca jedynie sumę poszczególnych pozycji) ofert odwołujących jest rażąco niska.

Zamawiający stwierdził, że prawidłowo zastosował przepisy ustawy i wezwał wykonawców do wyjaśnienia wszystkich elementów ceny mających wpływ na ofertę.

1/ W wyjaśnieniach wykonawca D. O. wykazał, że posiada doświadczenie zawodowe branży drogowej, co pozwala mu na uzyskanie bardzo atrakcyjnych cen materiałów. Ponadto wykonawca zatrudnia zaledwie 4 pracowników, na których otrzymał dotacje z Unii Europejskiej, a także posiada własny sprzęt i działkę na cele magazynowe. Podał również, że ponosi niskie koszty utrzymania prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej.

2/ Wykonawca G&P s.c. M. G. i P. M. potwierdził, iż wszystkie elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny brutto stanowią właściwe wartości niezbędne do zrealizowania zamówienia. Dodatkowo poinformował, że posiada doświadczoną fachową

kadre wspartą niezbędnym potencjałem finansowo-technicznym zapewniającym właściwe i szybkie wykonanie zadania. Wykonawca P. M. był już kierownikiem na tożsamyh zadaniach dla delegatur Miasta odzi i dzięki temu poznał specyfikę zadania. Długa współpraca na rynku lokalnym umożliwia wykonawcy uzyskanie bardzo korzystnych cen materiałów oraz zapewnienie doświadczonych brygad, które wykonywały wiele prac na terenie miasta Łodzi tj. dla ZDiT, ZZM, a ciągła z nimi współpraca umożliwia obniżenie kosztów. Te uwarunkowania pozwoliły – zdaniem wykonawcy – na szczegółowe określenie kosztów, jakie niesie z sobą realizacja inwestycji, minimalizację kosztów pośrednich przy zachowaniu niewygórowanego, ale pewnego zysku.

3/ M. P. PBH Elsat stwierdził, że podane wartości w ofercie są prawidłowe. Dodatkowo poinformował, że posiada właściwe doświadczenie, własny sprzęt oraz wykwalifikowaną kadre. Nietypowe elementy konstrukcyjne wykonuje we własnym zakresie lub składa z gotowych elementów. Korzystne umowy z dostawcami pozwalają mu zaoferować atrakcyjne ceny. Poinformował również, że wszystkie pozycje zostały wycenione z należytą starannością i dokładnością.

Złożone przez ww wykonawców wyjaśnienia, w ocenie zamawiającego, jako zbyt ogólnikowe, nie udowodniły, że wykonawcy nie zaoferowali rażąco niskich cen. Zamawiający stwierdził, że złożone oświadczenia z wyjaśnieniem cen nie zostały poparte dowodami na poparcie podnoszonych twierdzeń (np. umowy z dostawcami, uzyskiwane rabaty). Wskazał na średnie ceny rynkowe materiałów nawierzchniowych na chodniki na rynku łódzkim i uznał zakwestionowane ceny jednostkowe zaoferowane przez odwołujących się wykonawców za noszące znamiona cen rażąco niskich.

Zamawiający wskazał także na szereg innych kosztów i nakładów niezbędnych w celu wykonania robót, które nie są wprost wykazane w pozycjach formularza cenowego. Uznał, że ceny zaoferowane przez tych wykonawców pozostają tak niskie, że niemożliwym wydaje się pokrycie w ramach ceny wszystkich kosztów, o cenie zakupu nie wspominając.

W toku rozprawy przed Izbą strony podtrzymały stanowiska.

W sprawach o sygn. akt KIO 1181/14, 1182/14 odwołujący złożył wypisy z ewidencji działalności gospodarczej osób fizycznych, które złożyły oferty w tym postępowaniu i zauważył, że np. P. M. złożył ofertę, a pod tym samym adresem prowadzi działalność gospodarczą Melania M.. Zamawiający w odróżnieniu od sprawy odwołującego w sprawie 1181/14 i 1182/14 nie przeanalizował takich okoliczności w odniesieniu do innych wykonawców, w szczególności, co do ewentualnej deklaracji o przynależności do grupy kapitałowej. Ma to wskazywać na nierówne traktowanie wykonawców. Podobne wątpliwości dotyczące wykonawcy o nazwisku S. i S. nie zostały przez zamawiającego wyjaśnione.

Zakwestionował twierdzenie zamawiającego, że małżonkowie, co do zasady, porozumiewają się ze sobą, co do wszystkich aspektów życiowych. Stwierdził, że zamawiający nierówno traktuje wykonawców z punktu widzenia osoby kierownika robót. Zanegował wykładnię art. 24, ust. 2, pkt 5 ustawy pzp, dokonaną przez zamawiającego na str. 4 i 5 pisemnej odpowiedzi. Podał przykłady zastosowania przepisów dotyczących wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania, w którym dopuszcza się składanie ofert częściowych i zauważa, że w przepisach regulujących te kwestie nie ma wprost regulacji wskazującej na ich zastosowanie do części zamówienia. Stwierdził, że w rzeczywistości zamawiający prowadził kilka postępowań w jednym postępowaniu i do każdego z nich należało stosować przepisy.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań w sprawach 1181/14, 1182/14. Zauważył, iż kwestie kierownika robót dla obu odwołujących wskazał jako okoliczność dodatkową dotyczącą powiązań między wykonawcami. Stwierdził, iż nie wyklucza sytuacji, w której małżonkowie nie pozostają w związku o charakterze grupy kapitałowej, jednakże w rozpatrywanej sprawie wszystkie przedstawione okoliczności wskazują w jego ocenie na istnienie takiego powiązania. Dodatkowo stwierdził, że przedmiotowy rynek jest mu znany od lat, a w związku z tym zna większość podmiotów wykonawców w nim uczestniczących.

W sprawie sygn. akt KIO 1183/14 odwołujący wskazał na str. 15 informacji o wyniku postępowania, w której zamawiający zakwestionował wycenę pozycji 14.1 jako nierealną. Złożył kalkulację ceny dla tej pozycji, z uwzględnieniem wyceny czynności niezbędnych wraz z porównaniem tej wielkości w innych ofertach. Stwierdził, że analogiczną kalkulację zawarto w kolejnym odwołaniu sygn. akt KIO 1194/14.

Na potwierdzenie realności kosztu nabycia płytek 35x35x5 złożył fakturę z marca br. z ceną jednostkową 0,50 zł. Zauważył, że w złożonych wyjaśnieniach przedstawił elementy składające się na cenę potwierdzając prawidłowość kwot przedstawionych w formularzu cenowym.

Zamawiający odnośnie kalkulacji złożonej na rozprawie dla pozycji 41 zauważył, że nie wszystkie wymienione pozycje i prace muszą być wykonane, zwłaszcza, że szereg prac rozbiórkowych obecnie będzie wykonywany własnymi siłami. Zauważył, że wykonawca wezwany złożył ogólne wyjaśnienia bez określonych kalkulacji jak np. przedstawiona w dniu dzisiejszym lub dostępnych mu cen rynkowych materiałów jak np. złożona do akt kopia faktury na dostawę płyt chodnikowych. Stwierdził, że zlecane będzie wykonanie poszczególnych prac, stąd analiza cen jednostkowych jest istotna dla oceny wysokości zaoferowanych cen i ma większe znaczenie rzeczywiste niż zaoferowana orientacyjna cena brutto.

W sprawach sygn. akt KIO 1194/14, 1195/14 Odwołujący stwierdzili, że wykonawcy składali wyjaśnienia w trybie art. 90, ust. 3 ustawy pzp. Zamawiający pomimo takiej samej argumentacji różnie oceniał te wyjaśnienia ze skutkiem w postaci odrzucenia ofert odwołujących, a jednocześnie wyborem innych ofert jako najkorzystniejszych. Wskazali, że ciężar dowodów, że zaoferowano cenę rażąco niską obciąża zamawiającego. Wskazali na zawarte w odwołaniach tabele porównawcze na potwierdzenie argumentacji. Zauważyli, że w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał elementy nie będące podstawą faktyczną odrzucenia ofert, a przykłady zamawiającego wskazują raczej na porównywalność cen. Aktualnie zbliżone do zaoferowanych stawki cen jednostkowych stosowane są na rzecz zamawiającego przy robotach na terenie miasta.

Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia wykonawców, których oferty zostały wybrane, jako najkorzystniejsze, wbrew twierdzeniom odwołujących były bardziej szczegółowe, zawierały kalkulację cenową poszczególnych robót. Przy ocenie ofert pod kątem ceny rażąco niskiej zamawiający uwzględnił również okoliczność liczby wyjaśnianych pozycji. Mogła się zdarzyć sytuacja, iż cena jednostkowa o określonej pozycji w ofercie wybranej była niższa niż w ofercie odrzuconej z powodu ceny rażąco niskiej np. pozycja 50 w części 3 w ofercie GRAFBUD cena 10 zł, w ofercie odwołującego 20 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści siwz i treści ofert wraz z dokumentami uzupełnionymi na wezwania zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 1181/14 i KIO 1182/14

Przepisy posługujące się pojęciem grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały wprowadzone do ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ustawą z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Dodany w ustawie art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 24b ust. 1 pzp, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp, istniejących między

przedsiębiorcami, w celu ustalenia czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wpływ powiązań istniejących między przedsiębiorcami na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji (ust. 2). Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień (ust. 3).

W sprawie rozpatrywanej zamawiający uznał, że zaistniały przesłanki zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp, czego skutkiem była czynność wykluczenia obojga wykonawców z postępowania.

W ocenie składu orzekającego zamawiający prawidłowo przeprowadził czynności wyjaśniające, w trybie art. 24b ust. 1 ustawy pzp na okoliczność istniejących między wykonawcami powiązań mających charakter grupy kapitałowej. W szczególności za udowodnione należy uznać ustalenie, że wykonawcy jako osoby fizyczne prowadzą działalność gospodarczą rodzajowo podobną pod jednym adresem i posiadają ustawową wspólność majątkową małżeńską. Biorąc pod uwagę definicję legalną grupy kapitałowej (art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) można uznać, że odwołujący małżonkowie – przedsiębiorcy mogą wywierać na siebie wpływ w rozumieniu powołanego przepisu. Należy stwierdzić, że ustalenie istniejących powiązań w każdym wypadku wymaga precyzyjnych wyjaśnień zważywszy na doniosłe skutki faktyczne i prawne wyniku takiego ustalenia. Należy przyznać rację odwołującym, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie dokonywano oceny wykonawców będących małżonkami pod kątem przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp. Jednakże w praktyce obrotu gospodarczego składanie ofert przez małżonków, z których każdy prowadzi samodzielną działalność gospodarczą takie sytuacje się zdarzają. W przetargu nieograniczonym na utrzymanie dróg na terenie miasta Szczecina w zakresie oznakowania pionowego przeprowadzonym w 2010 r. odrębne oferty złożyli m. in. małżonkowie, z których każdy prowadził samodzielność działalność gospodarczą pod tym samym adresem. W wyniku przeprowadzonego postępowania przez Urząd Ochrony i Konkurencji w decyzji Urzędu z 6 września 2011 r. (nr RKT – 25/2011) ustalono, że przedsiębiorcy ci zawarli porozumienie ograniczające konkurencję prowadzące m. in. do wyboru przedsiębiorcy, który zaoferował wyższą cenę za wykonanie zamówienia i zakazano dalszego jej stosowania (por. www.uokik.gov.pl/download.php?plik=10738). W powyższym stanie faktycznym uznano, że zaszła przesłanka odrzucenia oferty jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji tj. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Należy przy tym zauważyć, że składane oferty wzajemnie ze sobą konkurowały, co prowadziło do skutków opisanych w decyzji.

Reasumując Izba uznaje, że przedsiębiorcy – odwołujący w sprawach sygn. akt KIO 1181/14 oraz KIO 1182/14 należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) jakkolwiek nie mieli świadomości co do tego faktu, co wynika z treści złożonych zamawiającemu wyjaśnień.

Przesłankami wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp są, oprócz przynależności do tej samej grupy kapitałowej (okoliczność wyżej rozstrzygnięta), złożenie odrębnych ofert w tym samym postępowaniu oraz stwierdzenie, że istniejące powiązania między członkami grupy kapitałowej prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Oceniając zaistnienie drugiej przesłanki należy zauważyć, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia obejmuje pięć odrębnych części (rejonów), a każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę na dowolnie wybraną część zamówienia. W tych okolicznościach, jakkolwiek zamawiający prowadzi postępowanie na cały przedmiot zamówienia, to jest ono złożone z pięciu autonomicznych części. W każdej z tych części odrębnie oceniani są wykonawcy z punktu widzenia spełnienia warunków podmiotowych i ewentualnych przesłanek wykluczenia oraz odrębnie i niezależnie oceniane są oferty co do zgodności ich treści z postanowieniami siwz i przepisów ustawy pzp. W rzeczywistości zatem w odniesieniu do każdej części prowadzone są niezależne postępowania „częstkowe” w ramach całości postępowania. Dla porównania zasadności takiego wnioskowania w analogicznych sytuacjach warto przytoczyć przepis art. 93 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych przesłanki unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się odpowiednio do poszczególnych części. Niesporne jest, że pomimo braku literalnego sformułowania w przepisach ustawy także inne czynności postępowania, w tym wskazane powyżej, prowadzi się w poszczególnych częściach. W obszarze będącym przedmiotem sporu racjonalne zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 powinno być odnoszone do każdej z części postępowania, a sformułowanie w przepisie „w tym postępowaniu” winno być rozumiane jako dotyczące postępowania w określonej części. Gdyby nawet przyjąć wykładnię zastosowaną przez zamawiającego, iż chodzi o całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, czyli wprost zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu należy dojść do wniosku, że z uwagi na rozłączność części i wskazane zasady składania odrębnych ofert nie sposób dopatrzeć się ryzyka zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Niesporne jest, że odwołujący się wykonawcy złożyli oferty na różne części zamówienia. Okoliczność ta pozwala na stwierdzenie, że nie zachodzą wobec nich przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy. Te same ustalenia prowadzą także do wniosku, iż twierdzenie, iż złożenie ofert

przez odwołujących stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jest niezasadne. Należy w szczególności zauważyć, że z uwagi na przedstawione wyżej zasady udziału w postępowaniu, odwołujący się wykonawcy nie rywalizują o to samo zamówienie publiczne.

Sygn. akt KIO 1183/14, KIO 1194/14 i KIO 1195/14

Odnosnie zarzutu dotyczącego badania cen jednostkowych w formularzach ofertowych w kontekście oceny tych cen jako rażąco niskich skład orzekający uznaje, że w przedmiotowym postępowaniu ceną za wykonanie zamówienia jest zarówno łączna cena podawana w ofercie za wykonanie ogółu robót w ilości przyjętej wg obmiarów (złożonych w formularzu cenowym), czyli przewidywanych i będących podstawą oszacowania ich ilości, jak również cena za odpowiednią robotę rozpatrywana samodzielnie. Pierwsza wynika wprost z przepisów ustawy pzp. Zgodnie z art. 90 „Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.” Cena, o której mowa w art. 2 pkt 1 ustawy w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.), to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatek akcyzowy. Ze wskazanej definicji ceny zawartej w ustawie o cenach w powiązaniu ze specyfiką przedmiotowego zamówienia publicznego wynika zasadność i celowość dokonanych przez zamawiającego analiz cen jednostkowych za poszczególne zadania (roboty) z uwagi na fakt że to właśnie ceny jednostkowe są rzeczywistymi cenami do zapłaty.

.Specyfika zamówienia i w istocie nieznanym rzeczywisty zakres prac w powiązaniu z wynagrodzeniem oparte na obmiarze za każde zadanie uzasadnia takie stanowisko.

Uznając zatem za dopuszczalną przyjętą przez zamawiającego metodę oceny ofert pod kątem ceny rażąco niskiej rozumianej jako ceny jednostkowe zadań wskazane w formularzach ofertowych, Izba przeanalizowała formularze ofertowe odwołujących się wykonawców, jak również pozostałe formularze, w tym zawarte w ofertach wybranych przez zamawiającego jako najkorzystniejsze. Ponadto poddano analizie treść zapytań zamawiającego złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp oraz treść wyjaśnień złożonych przez wykonawców, zarówno odwołujących, jak i pozostałych.

W odniesieniu do oferty na część 2 zamówienia ustalono, że złożono dwie oferty z cenami: 299.700,82 zł (odwołujący) i 380.146,26 zł (cena oferty wybranej). Wartość zamówienia w tej

części ustalono na 1.087.786,50 zł netto, natomiast kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia do 891.984,93 zł. Podobnie jak w pozostałych częściach zachodziły ustawowe przesłanki przeprowadzenia procedury wyjaśnienia ceny pod kątem wykazania, że nie jest rażąco niska. Wykonawca – odwołujący złożył dnia 21.05.2014 r. wyjaśnienia powołane wcześniej w ramach przedstawienia stanu faktycznego sprawy. Należy w tym miejscu dodać, że do wyjaśnień dołączono w formie tabelarycznej zestawienie czynników kosztotwórczych ze wskazaniem rodzajów prac, ceny, kosztu materiału, kosztu pracy i planowanego zysku. Ponadto w toku postępowania dowodowego wykonawca D. O. udowodnił realność zadeklarowanej ceny netto płytek 35x35x5 w wysokości 0,50 zł, która to wielkość była kwestionowana przez zamawiającego jako nierealna i była istotnym powodem podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

W porównaniu z treścią wyjaśnień konkurenta, którego oferta została wybrana (D. S. „Szadek”) wskazane wyżej są w istocie porównywalne i trudno zgodzić się ze stwierdzeniem zamawiającego o nadmiernej ogólności wyjaśnień odwołującego. W wymiarze fizycznym rozumianym jako liczba stron, rzeczywiście wyjaśnienia firmy Szadek są obszerniejsze, lecz wynika to jedynie z przyjętej metody opisu każdej kolejnej pozycji w tekście, a nie tabeli. Znaczna część elementów robót skwitowana jest formułką „nie ponoszę żadnych kosztów, tylko pracę własną”, podane wielkości są de facto zbliżone do drugiego wykonawcy.

Z treści obydwu wyjaśnień wynika analogiczna argumentacja i możliwości obniżenia kosztów z uwagi na znajomość specyfiki prac i cen materiałów.

Odpowiednio w części 5 zamówienia stwierdzono, że metoda wyjaśnień złożonych przez odwołującego się wykonawcę, który złożył ofertę z ceną brutto w wysokości 224.979,67 zł jest analogiczna do treści wyjaśnień wykonawcy, którego oferta została wybrana w części 1- firmy Magnum M. J.. Należy przy tym zaznaczyć, że postępowanie dla części piątej zostało unieważnione, a zatem w tej części nie było materiału porównawczego. Warto przy tym zauważyć, że metoda wyjaśnień wybranego wykonawcy jest niemal identyczna z wyżej sygnalizowaną treścią wyjaśnień firmy „Szadek”.

Dla części 3 zamówienia została wybrana oferta z ceną 477.365,46 zł przy oszacowaniu wartości netto na 1.073.835 zł, kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w wysokości 880.544,70 zł i cenie oferty odwołującego w wysokości 431.845,13 zł. Analogicznie do ustaleń jak wyżej, skład orzekający stwierdził brak jakościowej różnicy w treści wyjaśnień złożonych przez odwołującego w wyniku wezwania zamawiającego, w stosunku do wyjaśnień wykonawcy wybranego. Jedynie tytułem przykładu wskazać można, że niektóre pozycje formularza cenowego (por. poz. 50) w ofercie odwołującego pomimo, iż opiewały na kwotę wyższą od wskazanej w ofercie uznanej za niepodlegającą odrzuceniu zostały ocenione przez zamawiającego jako zawierające rażąco niską cenę.

Niezależnie od faktu uznania za dopuszczalne ocenianie cen jednostkowych (za zadania) należy nadal podtrzymać ustawową tezę o ocenie ceny jako rażąco niskiej tak w relacji do wartości zamówienia, jak i ceny rynkowej oraz cen ofertowych złożonych w postępowaniu. Te ostatnie zwłaszcza wskazują, że wykonawcy znając realia rynkowe złożyli oferty w zasadzie z cenami porównywalnymi.

W konsekwencji nieuznanie przez zamawiającego za wystarczające wyjaśnień odwołujących, w przypadku, gdy analogiczna argumentacja innych wykonawców została przez zamawiającego uznana za wiarygodną, a oferty wybrane lub nie podlegające odrzuceniu jako nie zawierające rażąco niskiej ceny stanowi w ocenie składu orzekającego naruszenie zasady równego traktowania wykonawców ustanowionej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Również uznanie w tych samych pozycjach kosztorysu cen jednostkowych odwołujących za rażąco niskie, w sytuacji, gdy ceny te są porównywalne, równe, a w niektórych przypadkach wyższe od cen jednostkowych wykonawców, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze w pozostałych częściach postępowania i nie zostały odrzucone Izba uznała za naruszenie wyżej wskazanej zasady.

Tym samym Izba uznała, że zamawiający niezasadnie zastosował wobec odwołujących art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp z uchybieniem w toku oceny ofert i wyjaśnień przepisu art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Mając powyższe na względzie odwołania podlegały uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy oraz uzasadnione koszty Odwołujących stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocników w każdej ze spraw odwoławczych połączonych do wspólnego rozpoznania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....