

Sygn. akt: KIO 1387/21

WYROK
z dnia 12 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę: **TRAKT S.A. z siedzibą w Piekoszowie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Kielce - Miejski Zarząd Dróg w Kielcach**

przy udziale wykonawcy: **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Kielce - Miejski Zarząd Dróg w Kielcach (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa pętli autobusowej przy ul. Zagnańskiej w Kielcach wraz z rozbudową ul. Zagnańskiej od ul. Witosa do granicy miasta”; znak sprawy: WZP.26.1.54.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od progów unijnych, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 240- 592421 w dniu 9 grudnia 2020 r.

Zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (dalej „STRABAG” lub „przystępujący”).

W dniu 7 lipca 2021 r. przez wykonawcę: **TRAKT S.A. z siedzibą w Piekoszowie** (dalej „odwołujący”), do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty STRABAG pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie przepisów wskazanych w treści złożonego odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z tego powodu, że zamawiający dokonał wyboru oferty STRABAG pomimo, że nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) poprzez zaoferowanie, wbrew żądaniu zamawiającego, cen jednostkowych za wskazane w uzasadnieniu odwołania pozycje robót, poniżej kosztów ich wykonania;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG mimo tego, że istotne części ceny jego oferty stanowią rażąco niską cenę;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r., poz. 1913) - dalej „UZNK”

z tego powodu, że zamawiający dokonał wyboru oferty STRABAG mimo złożenia przez tego wykonawcę oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji poprzez oferowanie cen poszczególnych robót poniżej kosztów ich wykonania;

4. art. 3 ust. 1 UZNK poprzez wybór oferty STRABAG, która to opiera się na tzw. „manipulacji cenami”, czyli sztucznie rażąco zawyża ceny robót wykonywanych na początku realizacji zamówienia, wynagradzanego przez zamawiającego sukcesywnie i rażąco zaniża w odniesieniu do robót wykonywanych na dalszych etapach realizacji zamówienia.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty STRABAG, powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp argumentował, że STRABAG zastosował w swojej ofercie ceny jednostkowe, które są niezgodne z SIWZ, to jest Szczegółową specyfikacją techniczną (SST) nr 00.00.00. Wymagania ogólne. 9. Podstawa płatności. 9.1. Ustalenia ogólne, w której zamawiający żądał, aby ceny jednostkowe dla każdej pozycji kosztorysu obejmowały: robociznę bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami; wartość zużytych materiałów wraz z kosztami ich zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy; wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami; koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko; wszelkie koszty związane z opłatami pobieranymi przez właścicieli sieci za włączenia nowych elementów do istniejącej sieci uzbrojenia (np. sieć gazowa, wodociągowa) wraz z przyłączami; wszelkie koszty związane z odbiorami wykonanych robót przez właścicieli przebudowanych sieci uzbrojenia terenu.

Jego zdaniem przystępujący w cenach poniższych pozycji kosztorysu swojej oferty: (i) branża drogowa: w poz. 13d,3, 42 d.3, 45 d.5.1, 54 d.5.2, 65 d.5.3, 71 d.5.4, 78 d.5.5, 86 d 5.6., 91 d.5.7, 100 d.6, 105 d.7, 110d.8, 115 d.9., 120 d.10, 125 d.11, 131 d.12, 134 d. 13, 137 d. 14, 142d.15, 148 d.16, 153 d.17 zaoferował cenę 0,01 zł., co dało mu cenę o 99,6 - 99,8 % niższą od cen oferowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w przetargu;

(ii) branża drogowa: w poz. 43 d.4 zaoferował cenę 3,47 zł./ m³ za roboty ziemne, co dało mu cenę o 80,7 - 87,1 % niższą od cen oferowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w przetargu; (iii) branża drogowa: w poz. 186 d.20 zakup i montaż wygradzenia U-14e

zaoferował cenę 1,16 zł/szt., co dało mu cenę o 99,2 - 99,4 % niższą od cen oferowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w przetargu; (iv) branża drogowa: w poz. 204 d.22 przestawienie i podłączenie istniejącego szlabanu zaoferował cenę 1 155,40 zł./kpl, co dało mu cenę o 42,2 - 91,9 % niższą od cen oferowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w przetargu; (v) branża kanalizacja deszczowa: w poz. 4 d1 pełne umocnienie pionowych ścian wykopów liniowych wypraskami do 3 m - zaoferował cenę 1,85 zł./m², co dało mu cenę o 72,8 - 83,2 % niższą od cen oferowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w przetargu; (vi) branża kanalizacja deszczowa: w poz. 5 d1 pełne umocnienie pionowych ścian wykopów liniowych wypraskami do 6 m - zaoferował cenę 1,85 zł./m², co dało mu cenę o 81,7 - 83,5 % niższą od cen oferowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w przetargu; (vii) branża kanalizacja deszczowa: w poz. 6 d1 grodzice stalowe wbijane w grunt - zaoferował cenę 76,26 zł./m², co dało mu cenę o 78,2 - 81,6 % niższą od cen oferowanych przez pozostałych dwóch wykonawców biorących udział w przetargu; (viii) branża kanalizacja deszczowa: w poz. 16 d1 ułożenie drenażu z rur PCV-U o śr. nom. 110 mm - zaoferował cenę 1,16 zł./m, co dało mu cenę o 97,9 - 98,7 % niższą od cen oferowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w przetargu; (ix) branża kanalizacja deszczowa: w poz. 17 d1 studzienki zbiorcze drenażowe - zaoferował cenę 1,16 zł./szt., co dało mu cenę o 99,8 - 99,95 % niższą od cen oferowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w przetargu.

Odwołujący wskazywał, że wszystkie ceny jednostkowe po 0,01 zł. są cenami niezgodnymi z wymaganiami ogólnymi SST, gdyż ceny jednostkowe muszą obejmować wszelkie koszty, w tym robociznę, materiały, transport, koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko oraz opłaty. Nie ma możliwości wykonania tych pozycji w cenie 0,01 zł. w taki sposób, aby cena ta obejmowała wszelkie koszty i zysk. Niezależnie od zarzutu rażąco niskiej ceny oraz zarzutu nieuczciwej konkurencji, treść oferty STRABAG stanowi także naruszenie wymogu zamawiającego wyrażonego w SST, czyli treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Odnosnie ceny za roboty ziemne - 3,47 zł./m³ oferowanej przez STRABAG twierdził, że jest to cena rażąco niska, nierynkowa, za którą nie jest możliwe wykonanie robót zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w specyfikacji.

Z kolei zastosowana w pozycji kosztorysu - 186 d.20 (zakup i montaż wygrodenia U-14e) cena jednostkowa nie obejmie nawet kosztu materiału, którego cena wynosi w sklepie drogowym - 158,00 zł. netto, tj. 194,34 zł. brutto, a w sklepie Kamar Projekt - 160,00 zł. netto, tj. 196,80 zł. brutto. Oprócz ceny materiału w pozycji kosztorysowej należy uwzględnić również transport barier na budowę, ich ustawienie oraz koszty budowy i zysk.

Dalej zaznaczył, że za przedstawioną przez przystępującego cenę nie jest możliwe wykonanie robót objętych pozycją kosztorysową dotyczącą przestawienia i podłączenia szlabanu. Przeszawienie szlabanu, oprócz ustawienia samego urządzenia, wymaga również przełożenia 14 metrów linii sterująco - zasilającej szlaban, która znajduje się pod istniejącą nawierzchnią, którą należy w tym celu rozebrać. Nowa lokalizacja tej linii także znajduje się pod projektowaną nawierzchnią, co wymaga ułożenia jej w rurze osłonowej i odpowiedniego zabezpieczenia. Jego zdaniem samo przełożenie linii będzie kosztować 14 m x 100,00 zł./m = 1 400,00 zł. netto, co już przewyższa kwotę zastosowaną w kosztorysie ofertowym przez STRABAG.

Odnosząc się do wyceny STRABAG w pozycji kosztorysu na kanalizację deszczową 4 d1, 5 d1, 6 d1, 16 d1 i 17 d1 to, w jego ocenie, ta również nie obejmuje wszystkich kosztów i planowanego zysku, chyba że przystępujący zamierza wykonać zamówienie niezgodnie z SIWZ poprzez zmianę technologii na inną niż wymagana przez zamawiającego. Nie jest możliwe wykonanie ścianek szczelnych w tej kwocie. Wykonanie zbiornika zgodnie z dokumentacją jest mało realne - o czym odwołujący informował zamawiającego pismem z 4 marca 2021 r. nr DPO/POG/050/2021 zawierającym pytanie do zamawiającego, na które ten nie udzielił odpowiedzi, co jednoznacznie potwierdzało, że ofertę należy wycenić na podstawie załączonej dokumentacji. Niemniej jednak odwołujący, zgodnie z wymogiem zamawiającego złożył ofertę, a późniejsze ewentualne zmiany posadowienia zbiornika retencyjnego będą obowiązywały wykonawcę i zamawiającego do „robót zamiennych lub dodatkowych”, w których umowa szczegółowo pokazuje procedury z tym związane - §5 Umowy szczegółowej i art. II i XII Kontraktu na roboty budowlane. Cena drenażu i studzienek zbiorczych w ofercie firmy STRABAG nie może obejmować ceny materiału ani robocizny niezbędnych do wykonania drenażu, co sugeruje, że wycenił on te pozycje niezgodnie ze SST.

Podnosząc zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśniał, że oferta przystępującego jednocześnie nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera rażąco niską cenę. Przypominał, że pojęcie to występujące w art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp i należy je, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, odnieść także do istotnych części składowych ceny oferty. Kwestionowane pozycje oferty STRABAG w branży drogowej i kanalizacyjnej mają, jego zdaniem, cechę istotnych części składowych z następujących powodów.

Po pierwsze, odnoszą się do takich pozycji robót, które stanowią istotę przedmiotu zamówienia publicznego w tym postępowaniu, a nie jakichś dodatkowych i ubocznych prac. Zamówienie dotyczy bowiem wykonania robót drogowych i nierozdzielnie z nimi związanych robót kanalizacyjnych. Po drugie, wartość zaniżenia tych pozycji decyduje o tym, że oferta

przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą. Mają zatem kluczowy wpływ na wynik przetargu. Po trzecie ich wartość w wielkościach liczbowych jest znaczna, ponieważ wartość tych robót wyceniona przez dwóch innych wykonawców przekracza brutto 1 mln zł., a przez trzeciego wykonawcę ponad 779 tys. zł. brutto. Łącznie roboty branży drogowej i roboty branży kanalizacji deszczowej zostały przez STRABAG wycenione na 146 032,78 zł. brutto, a więc kilka razy mniej niż przez innych wykonawców. Różnica między ofertą odwołującego a ofertą przystępującego, w części dotyczących tych pozycji, wynosi 879 775,00 zł. Podobna bardzo wysoka różnica występuje w przypadku pozostałych ofert. Na dowód odwołujący przedstawił zestawienie prezentujące wpływ zaniżenia przez STRABAG wartości wskazanych wyżej pozycji robót na wysokość ceny ofertowej i wynik przetargu.

Zdaniem odwołującego podanie w ofercie cen na poziomie 0,01 zł. i innych, w oczywisty sposób nierealnych, nie może pokrywać kosztów wykonania robót wymagających zatrudnienia pracowników, którzy nie mogą być wynagradzani poniżej pensji minimalnej oraz użycia sprzętu. Z porównania cen jednostkowych oferty STRABAG do oferowanych przez innych wykonawców wynika, że w przeciwieństwie do niego wykonawcy ci z zasady kalkulowali ceny jednostkowe w sposób prawidłowy, to jest uwzględniający koszty wykonania poszczególnych pozycji. Nie budzi wątpliwości, że cena istotnych pozycji robót określona na poziomie nierealnym, to znaczy symboliczna, niepokrywająca w sposób oczywisty kosztu robót, nie mówiąc o zysku, stanowi cenę rażąco niską uzasadniającą odrzucenie oferty wykonawcy.

W zakresie, w jakim odwołujący podnosił zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK oraz art. 3 ust. 1 UZNK uzasadniał, że STRABAG sporządził ofertę niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji wymaganej przez UZNK. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Bezsprene zarówno odwołujący, jak też STRABAG są przedsiębiorcami konkurującymi ze sobą na rynku wykonywania robót drogowych zleczanych w wyniku przetargów organizowanych w ramach procedury udzielania zamówień publicznych. Jako konkurujące ze sobą firmy obowiązane są do przestrzegania reguł uczciwej konkurencji. Jedną z takich reguł została wymieniona w art. 15 ust. 1 pkt. 1 UZNK i zakazuje ona oferowania usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub nabycia. Wykonywanie robót drogowych jest usługą pociągającą za sobą wysokie koszty, co pokazuje wysokość cen oferowanych w przedmiotowym postępowaniu. Na rynku działają zarówno średni przedsiębiorcy (odwołujący), jak i firmy będące dużymi przedsiębiorcami albo należące do koncernów będących takimi przedsiębiorcami (STRABAG). Dla dużych przedsiębiorców biorących udział

w postępowaniach, których przedmiotem jest wykonanie robót o wartości setek milionów złotych, udział w postępowaniu o wartości 15-20 milionów złotych nie przedstawia kluczowego znaczenia. Inaczej jest w przypadku średnich przedsiębiorców, którzy z uwagi na ograniczony potencjał nie mogą uczestniczyć w dużych przetargach, a jedynym źródłem pozyskiwania zamówień są dla nich przetargi wielkości tego rodzaju co w niniejszym postępowaniu. Stwarza to dla dużego przedsiębiorcy pokusę eliminacji średnich przedsiębiorców z rynku, poprzez udział w mniejszych przetargach i oferowanie na nich cen poniżej granicy opłacalności. Ewentualną stratę duża firma odbije sobie na innych przetargach, na co nie może sobie pozwolić średni przedsiębiorca.

Odwołujący zarzucił STRABAG, że oferując ceny poniżej kosztów wykonania usługi, inaczej mówiąc ceny dumpingowe, czynił to celem eliminacji konkurentów z rynku. Przedsiębiorca kalkulując cenę oferty zmierza do wygrania przetargu i realizacji zamówienia, które to ma być dla niego opłacalne. W tym przypadku wykonanie robót za cenę jednostkową 0,01 zł. nie może być dla STRABAG opłacalne, natomiast opłacalne może być działanie w celu eliminacji konkurenta z rynku.

Zdaniem odwołującego złożenie oferty przez STRABAG stanowi czyn nieuczciwej konkurencji także z innego powodu i w oderwaniu od kwestii rażąco niskiej ceny. Jak stanowi art. 3 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednym z takich przypadków jest składanie ofert w procedurach zamówień publicznych, opartych na tak zwanej manipulacji cenowej. Zgodnie z art. XIII ust. 1 ogólnych warunków kontraktu - załącznik nr 6a do SIWZ - wynagrodzenie wykonawcy rozliczane będzie na podstawie częściowych faktur VAT, wystawianych w okresach miesięcznych albo po odbiorze kolejnych elementów robót określonych w harmonogramie rzeczowo finansowym. Do każdej faktury wykonawca dołączy protokół odbioru wykonanych robót podpisany przez przedstawiciela zamawiającego pod rygorem nie przyjęcia faktury. Art. XIII ust. 3 stanowi, że wynagrodzenie wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysach ofertowych stanowiących załączniki do oferty lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z postanowieniami Umowy szczegółowej. Zgodnie z §3 ust. 5 szczegółowych warunków kontraktu - załącznik nr 6b do SIWZ - wynagrodzenie wykonawcy będzie rozliczane powykonawczo po ich wykonaniu, miesięcznie, na koniec danego miesiąca rozliczeniowego w oparciu o zestawienie wskazujące iloczyn ilości wykonanych, odebranych, obmierzonych i ujętych w księdze obmiaru robót oraz odpowiadających im cen jednostkowych ujętych w odpowiednich pozycjach kosztorysu ofertowego albo ustalonych zgodnie z postanowieniem §5. Zatem STRABAG za wykonane w danym miesiącu roboty otrzyma wynagrodzenie

obliczone na podstawie cen jednostkowych podanych w kosztorysie swojej oferty. Im wyższe ceny poda, tym więcej za te roboty zapłaci zamawiający.

Odwołujący zauważył, że STRABAG w ofercie dotyczącej pozycji robót, które są realizowane na początku wykonywania zamówienia i płatne przez zamawiającego sukcesywnie do postępu robót, zaoferował zawyżone ceny, aby wcześniej zafakturować te prace i uzyskać zapłatę na początku realizacji zadania, a niektóre pozycje robót wykonywanych później wycenił w ofercie w symbolicznej wysokości. Świadczą o tym następujące pozycje jego oferty i ich porównanie z ofertami innych wykonawców.

Po pierwsze pozycja ZZK poz. 8 - Organizacja ruchu podczas budowy: wartość STRABAG - 720 699,98 zł. netto; wartość w ofercie odwołującego - 112 379,94 zł netto, co stanowi 15,6 % oferty STRABAG; wartość w ofercie Fart - 330 000 zł. netto, co stanowi 45,8 % oferty STRABAG; wartość PBDiM Mińsk M. - 75 000 zł. netto, co stanowi 10,4 % oferty STRABAG. Powyższa pozycja obejmuje wykonanie projektu Tymczasowej Organizacji Ruchu, ustawienie oznakowania pionowego i namalowanie oznakowania poziomego oraz demontaż oznakowania po zakończeniu budowy. Szacowany koszt wykonania projektu TOR to maksymalnie 10 000,00 zł. Wykonanie oznakowania tymczasowego budowy nie wymaga zastosowania nowych znaków, a z co za tym idzie koszty zakupu znaków są bliskie zeru. Samo ustawianie oznakowania tymczasowego w przypadku tego zadania (co opisuje firma STRABAG w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny do zamawiającego str. 4, pkt 4, jako sprzyjające warunki wykonania prac, powoduje minimalne koszty robocizny w postaci zaangażowania czterech osób przez 1-2 dni. Z powyższych argumentów dokładnie widać, że założone koszty przez firmę STRABAG w tej pozycji są bardzo zawyżone i noszą znamiona „manipulacji cenowej”.

W kolejnej pozycji kosztorysu na roboty drogowe: poz. 1 d.1 Roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych - trasa drogi w terenie równinnym: wartość STRABAG - 208 085,28 zł. netto; wartość w ofercie odwołującego - 18 800,10 zł. netto, co stanowi 9,0 % oferty STRABAG; wartość Fart - 5 697 zł. netto, co stanowi 2,7 % oferty STRABAG; wartość PBDiM Mińsk M. - 94 950 zł. netto, co stanowi 45,6 % oferty STRABAG. Roboty pomiarowe wykonywane są przez pracowników własnych firmy wykonującej roboty lub przez uprawnionego geodetę, z którym podpisywana jest umowa na wykonanie robót pomiarowych, ewentualnie na wykonanie robót pomiarowych oraz pełną obsługę geodezyjną wraz z inwentaryzacją powykonawczą. Ze względu na to, że w przedmiotowym postępowaniu osobno wyceniona jest pełna obsługa geodezyjna wraz z inwentaryzacją powykonawczą (poz. 9 Zbiorczego zestawienia robót) ujęte w poz. 1 d.1 roboty pomiarowe polegają jedynie na wyznaczeniu trasy robót w terenie. W porównaniu do oferty odwołującego, obejmującej za wskazane wyżej pozycje robót kwotę 131 179 zł. netto

(organizacja ruchu 112 379 zł. + roboty pomiarowe 18 800 zł.) w ofercie STRABAG podaje ich cenę w kwocie 928 784 zł. netto (720 699 zł. + 208 085 zł.), czyli o 797 000 zł. netto wyższą. Towarzyszyło temu rażące zaniżenie przez STRABAG pozycji robót wskazanych wcześniej przez odwołującego, aby per saldo cena oferty przystępującego była nieznacznie niższa od ceny jego oferty.

Na tym właśnie, zdaniem odwołującego, polegała zarzucana w odwołaniu manipulacja cenami jednostkowymi. Zarówno bowiem pozycja robót „organizacja ruchu”, jak i „roboty pomiarowe” obejmują prace, które są wykonywane na początku realizacji zamówienia. Nie przez przypadek, lecz w przemyślany sposób STRABAG zawyżył cenę tych pozycji, aby jak najwcześniej zafakturować je i uzyskać od zamawiającego zapłatę za ich wykonanie. Jednocześnie, aby sumaryczna cena wszystkich pozycji formularza kosztorysu oferty była jak najniższa i umożliwiła przystępującemu wygranie przetargu, firma ta wyceniła w cenach symbolicznych pozycje robót drogowych i kanalizacyjnych. Saldo okazało się dla STRABAG podwójnie korzystne: dało najniższą cenę, co decydowało o wyborze oferty tej firmy, oraz ma pozwolić na uzyskanie wynagrodzenia za prace wykonane na samym starcie robót w wysokości rażąco zawyżonej, nieadekwatnej do ich wartości. Zjawisko to stanowi tak zwaną „manipulację cenową”, naruszającą interes zamawiającego, ale przede wszystkim interes pozostałych wykonawców ubiegających się o to zamówienie. Wykonawcy ci zachowali się zupełnie inaczej i zgodnie z zasadą uczciwości handlowej, aby podejmowane działania były zgodne z prawdą. Jeśli bowiem zamawiający oczekuje podania w pozycjach jednostkowych oferty cen pokrywających koszty i dających zysk, to nieprawdziwe jest takie działanie, które sztucznie dla jednych pozycji jednostkowych zapewnia ponadprzeciętny zysk, a dla innych pozycji - stratę.

W związku z podnoszonym zarzutem odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z załączonych do odwołania dokumentów - skanów ofert STRABAG dotyczących innych przetargów na okoliczność, że przystępujący wyceniał prace dotyczące organizacji ruchu oraz roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych - trasa drogi w terenie równinnym w przypadku kontraktów o większej wartości, w kwotach znacznie niższych niż w niniejszym postępowaniu. Z zestawienia porównania cen oferowanych przez STRABAG za roboty dotyczące organizacji ruchu oraz roboty pomiarowe na innych przetargach organizowanych przez tego samego zamawiającego Gminę Kielce - MZD w Kielcach wynika, że w ofercie w niniejszym postępowaniu przystępujący dokonał rażącego zawyżenia tych cen. Odwołujący wskazał, że w przetargu dla robót o większej wartości (ul. Wapiennikowa - ponad 23 min zł netto, ul. Olszewskiego - ponad 31 min zł netto) STRABAG zaoferował ceny netto robót organizacja ruchu znacznie niższe (ponad 287 tys. zł. netto i ponad 495 tys. zł. netto)

niż w niniejszym postępowaniu, w którym cena całej oferty wyniosła ponad 12 mln. zł. netto, a robót organizacja ruchu - ponad 720 tys. netto). Jeszcze większą różnicę obrazuje zestawienie cen robót pomiarowych (ul. Wapiennikowa - ponad 5 tys. zł. netto, ul. Olszewskiego - ponad 7 tys. zł. netto) i w niniejszym postępowaniu - ponad 208 tys. zł. netto. Zatem w niniejszym postępowaniu przystępujący rażąco, wielokrotnie zawyżył wycenę robót organizacja ruchu i robót pomiarowych, które wykonywane są na samym początku, aby jak najszybciej uzyskać od zamawiającego jak największą kwotę wynagrodzenia, nieproporcjonalnego do ich rzeczywistej wartości.

Odwołujący przywoływał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, które w jego ocenie zapadły w podobnych okolicznościach faktycznych i potwierdzają zaprezentowane przez niego stanowisko (wyrok KIO z 9 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 509/19; wyrok KIO z 10 listopada 2020 r., sygn. akt 2680/20).

Odnosząc się do skutków manipulacji cenami w ofercie STRABAG odwołujący zauważył, że gdyby z jakiegoś powodu doszło do zakończenia przez niego realizacji robót przed wykonaniem całości robót okazałoby się, że zamawiający, rozliczając roboty wykonane na początku, przepłaciłby je, to jest zapłaciłby za nie zgodnie z umową, lecz znacznie powyżej ich rynkowej wartości. Do zrekompensowania zamawiającemu tej straty mogłoby nie dojść, gdyby z jakichś nieprzewidzianych przyczyn doszło do rozwiązania umowy przed zakończeniem całości robót. Wskazane nieetyczne działanie przystępującego godzi w zasadę uczciwej konkurencji służącej interesowi publicznemu oraz innych przedsiębiorców oraz klientów. W konsekwencji oferta firmy STRABAG, jest ofertą opartą na manipulacji cenami jednostkowymi, stanowiąc czyn nieuczciwej konkurencji, co uzasadnia jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 11 maja 2021 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 14 maja 2021 r. wykonawca: **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.**

Przystępujący, na posiedzeniu w dniu 7 lipca 2021 r., złożył pismo procesowe w którym zaprezentował swoje stanowisko wobec zarzutów sformułowanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty przystępującego złożonej w postępowaniu, po zapoznaniu się z odwołaniem, pismem procesowym złożonym przez przystępującego, a także po

wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129) - dalej „ustawa Pzp z 2019 r”.

Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołania wniesionego w dniu 2 czerwca 2021 r., zastosowała przepisy ustawy Pzp z 2019 r.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp z 2019 r., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, która w ocenie odwołującego, podlega odrzuceniu. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, wykonałby je i osiągnął zysk ekonomiczny z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego, załączone do odwołania, jak również wnioskowane przez przystępującego, załączone do pisma procesowego z 6 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający w Rozdziale IV SIWZ opisał przedmiot i zakres robót, które będzie musiał zrealizować wykonawca w ramach zadania pn. „Budowa pętli autobusowej przy ul. Zagnańskiej w Kielcach wraz z rozbudową ul. Zagnańskiej od ul. Witosa do granicy miasta”. Z kolei w Rozdziale XIV opisano sposób obliczenia ceny oferty. Zamawiający w tym zakresie wskazał m.in., że przewiduje kosztorysowy sposób rozliczenia. Dalej, że cena skalkulowana przez wykonawcę winna obejmować całość czynności, prac oraz innych kosztów koniecznych do wykonania zamówienia w tym również pełną obsługę geodezyjną, organizację ruchu oraz obowiązujący podatek od towarów i usług VAT. Cenę należy ustalić przy zachowaniu zasad staranności, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej w oparciu o niniejszą specyfikację, opis przedmiotu zamówienia oraz wzory umów, załączone do niniejszej SIWZ. Ponadto opisał, że elementem składowym ceny powinny być: zbiorcze zestawienie wartości robót - ZZWR oraz kosztorysy ofertowe sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej, które należy opracować na bazie przekazanych przez zamawiającego formularzy ZZWR i kosztorysów ofertowych z zachowaniem kolejności pozycji.

Izba ustaliła ponadto, że załącznikiem nr 2 do SIWZ było przygotowane przez zamawiającego „Zbiorcze zestawienie wartości robót” w którym zakres prac do wykonania podzielono na następujące elementy (pozycje): (i) Roboty budowlane branża drogowa i inżynieria ruchu - wg Załącznika nr 2a; (ii) Roboty budowlane branża sanitarna - kanalizacja deszczowa - wg Załącznika nr 2b; (iii) Roboty budowlane branża elektryczna - oświetlenie uliczne - wg Załącznika nr 2c; (iv) Roboty budowlane branża elektryczna - przebudowa sieci - wg Załącznika nr 2d; (v) Roboty budowlane branża telekomunikacyjna - wg Załącznika nr 2e; (vi) Roboty budowlane branża zieleń - wg Załącznika nr 2f; (vii) Roboty budowlane branża instalacyjna - gaz - wg Załącznika nr 2g; (viii) Organizacja ruchu podczas budowy /projekt, uzgodnienie i wykonanie/; (ix) Pełna obsługa geodezyjna wraz z inwentaryzacją powykonawczą; (x) Nadzór archeologiczny; (xi) Promocja Projektu współfinansowanego ze środków UE. Do SIWZ załączono również przedmiary robót (załączniki nr 2 a-g).

Dalej Izba ustaliła, że zamawiający w projekcie umowy (załącznik nr 6b do SIWZ), w §2 wprowadził postanowienia dotyczące terminu realizacji zamówienia. Zgodnie z ust. 3 tego paragrafu przedmiot umowy będzie realizowany zgodnie z zatwierdzonym przez zamawiającego harmonogramem rzeczowo-finansowym (zwanym dalej „Harmonogramem”). W terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy wykonawca przedłoży zamawiającemu projekt harmonogramu rzeczowo-finansowego (ust. 4). Z kolei zamawiający w terminie 14 dni od daty przedłożenia Harmonogramu do zatwierdzenia zgłosi uwagi do Harmonogramu lub zatwierdzi Harmonogram (ust. 6). W ust. 7 zastrzeżono, że jeżeli zamawiający zgłosi uwagi do projektu harmonogramu rzeczowo-finansowego, w szczególności dotyczące jego

niezgodności z postanowieniami Umowy, Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego, nie później niż w terminie 3 dni od ich otrzymania, przedłożenia poprawionego harmonogramu rzeczowo-finansowego uwzględniającego uwagi zamawiającego oraz postanowienia Umowy. W przypadku nie przedstawienia harmonogramu rzeczowo-finansowego uwzględniającego uwagi zamawiającego, zostaną mu naliczone kary umowne. W §3 uregulowano w jaki sposób następowało będzie rozliczenie pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Wskazano, że wynagrodzenie określone w umowie (w ust. 1) zostało wyliczone w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej. Dalej opisano, że wynagrodzenie wykonawcy stanowić będzie iloczyn ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysach ofertowych, stanowiących załącznik do oferty wykonawcy lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z postanowieniami §5 umowy. Rozliczenia mają następować po wykonaniu robót, w okresach miesięcznych, na koniec danego miesiąca rozliczeniowego.

Na podstawie dokumentacji postępowania (informacja z otwarcia ofert z dnia 9 marca 2021 r.) ustalono, że w odpowiedzi na ogłoszenie złożone zostały cztery oferty: odwołującego za cenę 15 626 746,76 zł.; STRABAG za cenę 15 438 701,74 zł.; Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim - cena 20 195 675,37 zł. oraz złożona przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach - cena 17 658 107,70 zł. Jednocześnie z treści przedmiotowej informacji wynika, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę brutto: 21 500 000,00 zł.

Jednocześnie Izba ustaliła, że zamawiający pismem z 24 marca 2021 r. wezwał przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Wątpliwości zamawiającego wynikały z tego, że zaoferowana przez STRABAG cena całkowita była niższa o co najmniej 30% od szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia. Przystępujący, w odpowiedzi na powyższe, pismem z 1 kwietnia 2021 r. udzielił wyjaśnień, w części zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności, rozpoznając przedmiotowe odwołanie, dostrzec należało, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że oferta STRABAG winna być odrzucona, gdyż istotne części ceny jego oferty stanowią rażąco niską cenę.

W kontekście omawianego zarzutu konieczne jest zatem zdefiniowanie samego pojęcia rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który odnosi zaoferowaną cenę do wartości przedmiotu przyszłej umowy - ma to być cena „rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym

to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). A zatem za cenę rażąco niską uznać należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno- organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Z kolei ustalenia, że dana cena nie jest ceną rażąco niską, dokonuje zamawiający najpierw poprzez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) a następnie poprzez ocenę złożonych wyjaśnień. Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że zamawiający musi na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nie ulega ponadto wątpliwości, że przy ocenie samych wyjaśnień uwzględniać należy treść wezwania skierowanego do wykonawcy. Jeśli zatem zamawiający sformułuje swoje wezwanie w sposób ogólnikowy, nie precyzując jakie elementy winien zawrzeć wykonawca w swoich wyjaśnieniach, nie może oczekiwać określonego sposobu prezentacji przekazanych informacji czy stopnia szczegółowości wyliczeń. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedynie, że zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę czynniki wpływające na wartość ceny zaoferowanej przez wykonawcę w tym m.in. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych

przepisów. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 90 ust. 2 nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.

Zauważenia wymaga również, że w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenia jedynie prawidłowość czynności zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty. Innymi słowy weryfikacji w ramach postępowania odwoławczego podlega wyłącznie czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie złożonej przez wykonawcę oferty.

W kontekście powyższego kluczowa dla oceny przedmiotowych zarzutów jest okoliczność, że odwołujący formułując zastrzeżenia, odnoszące się do zaproponowanej w ofercie Strabag ceny, całkowicie pominął okoliczność, że wykonawca ten został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Z kolei w odpowiedzi na to wezwanie STRABAG takich wyjaśnień udzielił. Odwołujący całkowicie pominął ten etap, skupiając się na sposobie kalkulacji ceny zawartym w kosztorysie ofertowym przystępującego, nie kwestionując tego, że złożone wyjaśnienia nie obaliły domniemania, iż cena STRABAG jest ceną zaniżoną, nierealistyczną a więc rażąco niską.

Podnieść należy, że jeśli odwołujący miał zamiar kwestionować sposób obliczenia ceny w ofercie STRABAG, odnosząc się do poszczególnych cen jednostkowych, to powinien sformułować zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, nie zaś zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Sam poziom cen przyjęty w poszczególnych pozycjach, bez odniesienia się do złożonych wyjaśnień w tym przedmiocie - skutkuje tym, że zarzuty sformułowane w odwołaniu nie mogą zostać uwzględnione. Zgodnie bowiem z wyżej cytowanym przepisem, zamawiający odrzuca ofertę tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z kolei jak oświadczył zamawiający na rozprawie przyjął on wyjaśnienia przystępującego, przekazane na okoliczność wyliczenia zaoferowanej ceny, uznając je za wiarygodne i wyczerpujące. STRABAG w sposób wyczerpujący opisał okoliczności wpływające na możliwość obniżenia ceny, popierając powyższe kalkulacją i stosownymi dowodami. Odwołujący z kolei nie kwestionował treści samych wyjaśnień, nie poddając ich

analizie czy też krytyce i nie podnosił, że zamawiający w sposób błędny ocenił złożone wyjaśnienia a w konsekwencji - zaniechał odrzucenia oferty STRABAG na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji uznać należy, że akceptując wyjaśnienia złożone przez przystępującego, a dotyczące wyliczenia zaoferowanej ceny, nie może następnie kwestionować, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, podobnie jak i jej poszczególne składniki (ceny jednostkowe poszczególnych pozycji).

Zwrócić należy także uwagę, że formułując swoje zastrzeżenia odnośnie wysokości zaproponowanej przez STRABAG ceny odwołujący wskazuje na rażąco niskie ceny w odniesieniu do wybranych przez siebie pozycji, wskazując jednocześnie, że te są kluczowe dla realizacji zamówienia. Nie wyjaśnia jednocześnie z jakich powodów te właśnie ceny jednostkowe mają wpływ na poziom zaproponowanej ceny i nie wykazuje, z jakich przyczyn owe kilkanaście, spośród kilkuset pozycji kosztorysu są decydujące dla uznania, że cena jako całość ma znamiona ceny rażąco niskiej. Odwołujący pominął całkowicie, że jeśli nawet kilka ze wskazywanych przez niego cen jednostkowych może być uznana za ceny niskie - to nie przekłada się to na całość wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację zamówienia. Przypomnieć w tym miejscu należy, że mówiąc o cenie rażąco niskiej odnosimy ją do całości wynagrodzenia ofertowego, a nie jego poszczególnych elementów wskazanych w ofercie.

Jak wielokrotnie wskazywała Izba w swoich wyrokach badanie poszczególnych cen jednostkowych w ofercie ma istotne znaczenie zwłaszcza w przypadku, gdy oferowane wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, jednakże dotyczy to tych sytuacji, gdy rażące zaniżenie poszczególnych elementów składających się na wycenę prowadzi do zaniżenia ceny jako całości. Wówczas zamawiający ma obowiązek odrzucenia takiej oferty, gdyż zaniżenie cen wielu pozycji w takiej sytuacji doprowadzi jednocześnie do rażącego obniżenia ceny całej oferty. W niniejszej sprawie należy uznać, że zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę STRABAG, ten bowiem kalkulując cenę za poszczególne elementy robót (branże), jak też całe wynagrodzenie, nie określił go z pewnością na poziomie, który uznać należało za rażąco niski. Zwrócić należy uwagę, że łączna cena zaoferowana przez STRABAG jedynie nieznacznie odbiega od ceny zaoferowanej przez odwołującego. Przystępujący wycenił bowiem wykonanie wszystkich robót na kwotę 15 438 701,74 zł. brutto, zaś cena zaoferowana przez odwołującego wynosi 15 626 725,76 zł. brutto. Jak zatem wyliczył STRABAG różnica pomiędzy cenami wyniosła zaledwie 1,22%.

Nie może zyskać również aprobaty takie działanie odwołującego, który wybiera z kosztorysu pojedyncze ceny jednostkowe, wskazując je jako rażąco niskie i próbuje

dowieść, że nawet jeśli nie cena jako całość nosi znamiona ceny rażąco niskiej, to już z pewnością rażąco niskie są istotne części składowe tej ceny. Jeśli bowiem można mówić w tym przypadku o istotnych częściach składowych, to te odnosić należy raczej do ceny za poszczególne branże, nie zaś wybrane jej zakresy. Sam zamawiający podzielił zakres składający się na zamówienie, zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ - Zbiorcze zestawienie wartości robót, na poszczególne elementy (branże). Tym samym porównywanie wybranych zakresów obejmujących wybrane pozycje, bez odniesienia się do wartości całych branż i wywodzenie z tego wniosków o rażąco niskim zniżeniu ceny - należy uznać za nieuprawnione. Z kolei porównując ceny za poszczególne, wycenione w Zbiorczym zestawieniu wartości robót elementy okazuje się, że różnica ta nie jest znacząca. Z kolei różnice w kalkulacji poszczególnych pozycji, jak wyjaśniał przystępujący wynikają jedynie z tego, że w odniesieniu do niektórych zakresów robót prace wyceniane w poszczególnych pozycjach wzajemnie się uzupełniają, stąd niższa wartość w jednej pozycji jest kompensowana wyceną w innej pozycji. Nie ma to w tym przypadku jednak znaczenia, gdyż pozycje te, rozpatrywane łącznie, wzajemnie się uzupełniają i tak też będą przez wykonawcę rozliczane. Samo zatem skalkulowanie jednej pozycji na niższym poziomie, nie przesądza o zniżeniu wartości danego zakresu prac, realizowanych przez STRABAG.

Nie zasługiwał również na uwzględnienie, w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na wstępie skład orzekający pragnie wskazać, który to pogląd można uznać za ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest jedynie w przypadkach, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, przy czym dotyczyć musi ona sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania deklarowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, ale co należy zaznaczyć, chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczane. Zawsze także winno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Badanie treści oferty pod kątem zgodności przedmiotu oferowanego z zamawianymi dostawami, usługami czy robotami budowlanymi, polegać winna zawsze na porównaniu wymagań stawianych w SIWZ z treścią złożonej przez wykonawcę oferty. Jedynie w przypadku jednoznacznego stwierdzenia niezgodności z jednoznacznie opisanymi przez

zamawiającego wymaganiami, zawartymi w dokumentacji przetargowej, istnieje podstawa do odrzucenia oferty na podstawie wskazanego przez odwołującego przepisu.

W niniejszej sprawie odwołujący upatrywał niezgodności treści oferty STRABAG z treścią SIWZ w tym, że zastosował on w swojej ofercie ceny jednostkowe, które nie zostały obliczone zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 9 Wymagań ogólnych Szczegółowej specyfikacji technicznej (SST) nr 00.00.00. Należy jednak dostrzec, że przywoływane przez niego zapisy, co wynika z treści dokumentacji, odnoszą się do kwestii sposobu rozliczenia wykonanych robót. Pkt 9 SST nr 00.00.00 nosi nazwę „podstawa płatności” i przewiduje między innymi, że: Podstawą płatności jest cena jednostkowa, skalkulowana przez wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu.

Z kolei sam sposób obliczenia ceny oferty opisany został przez zamawiającego w Rozdziale XIV Instrukcji dla wykonawców (Tom I SIWZ). Próżno w zawartych tam uregulowaniach szukać wymagań odnoszących się do poszczególnych cen jednostkowych zawartych w kosztorysie i sposobu dokonywania ich kalkulacji. Nie sposób zatem stwierdzić, że istnieją w SIWZ takie jednoznacznie brzmiące regulacje, odnoszące się do sposobu ustalania cen jednostkowych, dla poszczególnych pozycji kosztorysowych zawartych w jego kosztorysie ofertowym, które nie zostałyby przez STRABAG spełnione.

Odnosząc się z kolei do zarzutów naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i art. 3 ust. 1 UZNK, Izba uznała powyższe za niewykazane. Odwołujący formułując powyższe twierdził, że STRABAG oferując ceny w poszczególnych pozycjach kosztorysowych kalkulował je na poziomie niższym, niż koszt ich wykonania. Innymi słowy zarzucał, że zaoferowane przez przystępującego ceny są cenami dumpingowymi i mają na celu eliminację konkurentów z rynku. Podkreślał, że wykonanie robót za cenę jednostkową 0,01 zł. wyliczone w odniesieniu do niektórych pozycji, nie może być dla przystępującego opłacalne.

Jak zauważono wcześniej nie sposób uznać, że zaoferowana przez STRABAG cena, zarówno jako całość, jak też za poszczególne elementy/ branże nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem zarzuty dotyczące oferowania cen poniżej kosztów ich wykonania, należy uznać za bezzasadne.

Odwołujący nie wykazał również, że spełnione zostały przesłanki wynikające z art. 3 ust. 1 UZNK, tj. że taki sposób kalkulacji ceny ofertowej, jak to miało miejsce w przypadku przystępującego, polegał na działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, i zagrażał interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź go naruszał. Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż

poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Tym samym z czynem nieuczciwej konkurencji mamy do czynienia wyłącznie w razie kumulatywnego wystąpienia następujących przesłanek: utrudnienia dostępu do rynku, które jest realizowane przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Nie sposób z treści odwołania wywieść w jaki sposób działanie STRABAG, polegające na oferowaniu w niektórych pozycjach cen na poziomie 0,01 zł., po pierwsze wpłynęło na to, że samo świadczenie zostało zaoferowane poniżej kosztów wytworzenia a w konsekwencji, że czyniąc tak STRABAG działał z zamiarem utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom, w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Nie doszło również w tym przypadku, w ocenie Izby, do takiej sytuacji w której STRABAG w sposób celowy manipulował cenami w taki sposób, że wartość prac związanych z organizacją ruchu oraz dotycząca robót pomiarowych została przeszacowana, zaś koszty z tym związane przerzucone na początkowe etapy realizacji zadania. Zabieg taki, zdaniem odwołującego, miał umożliwić przystępującemu uzyskanie wynagrodzenia za powyższe prace na początkowym etapie i uzyskać wynagrodzenie w kwocie nieadekwatnej i rażąco zawyżonej w stosunku do zakresu tych robót.

Również ten zarzut nie został przez odwołującego udowodniony, co więcej opierał się na twierdzeniach, które odnosiły się do zakresu i sposobu wykonania wskazywanych grup prac w oderwaniu od zakresu prac, które miały być w ramach tych pozycji wykonane, opisanych w dokumentacji postępowania. W Zbiorczym zestawieniu robót wskazano bowiem, że organizacja ruchu podczas budowy obejmuje sporządzenie projektu, jego uzgodnienie i wykonanie. Obsługa geodezyjna ma nastąpić natomiast z inwentaryzacją podwykonawczą. Już chociażby to zaprzecza niczym nie popartemu twierdzeniu, że te grupy prac są realizowane na początku wykonywania zamówienia. Roboty pomiarowe i organizacja ruchu wykonywane są, a w konsekwencji także rozliczane, przez cały czas trwania zadania a nie fakturowane na początku. Na dowód powyższego przystępujący przedłożył harmonogramy rzeczowo-finansowe z innych zadań, realizowanych na rzecz tego samego zamawiającego.

Z kolei dowody złożone przez przystępującego, które miały potwierdzać, że w przypadku innych zadań realizowanych przez STRABAG wyceniał on analogiczne zakresy na poziomie niższym, należy uznać za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy, albowiem przy wycenie danego elementu nie tyle znaczenie ma sama wartość samego zadania, co zakres prac wyceniany w danym elemencie robót.

Co więcej, zarzut ten jest niezasadny również z tego powodu, że na chwilę obecną nie jest jeszcze znany harmonogram rzeczowo-finansowy, który sporządzany jest przez wyłonionego w przetargu wykonawcę dopiero na etapie umowy (zgodnie z §2 ust. 4 umowy szczegółowej - załącznik nr 6b do SIWZ). Wykonawca zobowiązany będzie do przedłożenia zamawiającemu projektu harmonogramu rzeczowo-finansowego, z kolei zamawiający przed rozpoczęciem prac ma obowiązek akceptacji przedłożonego harmonogramu. Stąd nie jest możliwa sytuacja, aby zaakceptował on prace, które nie będą wykonywane na danym etapie, w konsekwencji aby wypłacił przystępującemu wynagrodzenie za niezrealizowany zakres.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący :