

WYROK
z dnia 24 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2017 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2017 r. przez wykonawcę **P. -T. B.Sp. z o. o., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską L.– U. M. w L., ul. (...)**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - **Gminie Miejskiej L. – Urząd Miejski w L.** unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego – **P. –T. B. Sp. z o. o.** oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Gminę Miejską L.– Urząd Miejski w L.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **P. -T. B. Sp. z o. o.** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Miejskiej L. – Urząd Miejski w L.** na rzecz Odwołującego – **P. -T. B. Sp. z o. o.** kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 2361/17

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Legnicy**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Miejska L. – Urząd Miejski w L. prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego „Przebudowa ul. Ś. od skrzyżowania z drogą krajową nr (...) a. N., a. P. L. K. i ul. G. do Centrum L. J. M. D. w L.”.

W dniu 2 listopada Zamawiający poinformował wykonawcę P. T. B. sp. z o.o. z siedzibą we W. (dalej: „Odwołujący”) o odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

Na powyższą czynność Zamawiającego, Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji,

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że cena jego ofert nie ma charakteru rażąco niskiej i obejmuje wszystkie elementy wymaganego przedmiotu zamówienia,

- naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w zakresie istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na sposób prezentacji kosztów realizacji zamówienia.

ewentualnie:

- naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, o ile złożone wyjaśnienia wciąż pozostawiały jakiegokolwiek wątpliwości ze strony Zamawiającego.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego żądania dokonania ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zadanie w ramach prowadzonego postępowania realizowane jest w systemie zaprojektuj i wybuduj. Zamawiający pismem z 18 października 2017 r., w toku badania i oceny ofert, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący w piśmie z 20 października 2017 r. potwierdził, że jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za oferowaną cenę (wynagrodzenie ryczałtowe).

Kluczowe znaczenie ma kwestia wyjaśnień wyceny składowej „Roboty budowlane branża kanalizacji deszczowej” (poz. 14 Tabeli wyceny). Odwołujący oświadczył, że jest on w stanie wykonać zamówienie za kwotę 27 988 915,00 zł netto i osiągnąć przy tym godziwy zysk, mimo że w poz. 14. Tabeli wyceny - roboty budowlane - branża kanalizacja deszczowa została wyceniona na relatywnie niskim poziomie.

Opisany w Tabeli koszt nie stanowi, wbrew sugestiom Zamawiającego, ceny jednostkowej. SIWZ, w tym także Wzór umowy, nie wskazują przy tym, by Tabela miała stanowić podstawę dla przyszłych rozliczeń Wykonawcy z Zamawiającym.

Odwołujący wyjaśnił, że jedyne zastrzeżenie w odniesieniu do Tabeli wyceny Zamawiający poczynił w odniesieniu do wyceny za opracowanie dokumentacji projektowej, przesądzając w SIWZ, że cena za opracowanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 10% ceny ryczałtowej zadeklarowanej w ofercie, pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający zamierzał wprowadzić konkretne wymogi dotyczące sposobu prezentacji kosztów w Tabeli Wyceny, z pewnością zrobiłby to analogicznie jak w przypadku ceny za opracowanie dokumentacji projektowej. Skoro nie wprowadzono żadnych ograniczeń, należało uznać, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają w tym zakresie pełną swobodę.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego sprowadza się do kwestii sposobu prezentacji kosztu wykonania robót budowlanych w branży kanalizacji deszczowej w „Tabeli Wyceny”, stanowiącej element formularza ofertowego (Załącznik 1 do SIWZ). W opinii Odwołującego, Tabela ta ma charakter informacyjny i stanowi pewną formę przedstawienia dodatkowej informacji, która jednakże nie może być uznana za podstawę do odrzucenia oferty - ponieważ jedyną istotną informacją o cenie w formularzu jest globalna cena ryczałtowa (§1 pkt 6 Wzoru umowy) i wycena za opracowanie dokumentacji projektowej.

Stanowisko, że Tabela Wyceny ma charakter czysto informacyjny, wynika z szeregu zapisów SIWZ, w tym zapisów Wzoru umowy regulujących rozliczenia i płatności. Otóż Zamawiający przewidział dla potrzeb rozliczenia z wykonawcą sporządzenie nowego dokumentu przez Wykonawcę - harmonogramu rzeczowo-finansowego:

§ 2 ust. 2 Wzoru umowy: Wykonawca zobowiązuje się do przedłożenia Zamawiającemu harmonogramu rzeczowego prac projektowych i robót budowlanych w dniu podpisania umowy. Harmonogram musi być uzgodniony z Zamawiającym przed podpisaniem umowy (min. 2 dni), zgodny z postanowieniami umowy i podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy.

§ 5 ust. 4 Wzoru umowy: Odbiory częściowe mogą odbywać się na podstawie przedstawionego przez Wykonawcę i zaakceptowanego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo- finansowego. Do czasu akceptacji tego harmonogramu przez Zamawiającego obowiązuje sposób rozliczania ryczałtowego - płatność po wykonaniu całości robót budowlanych.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że Tabela Wyceny nie ma istotnego charakteru, bowiem po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy, wybrany wykonawca jest zobowiązany na podstawie powyższych zapisów do ukształtowania harmonogramu od nowa, nie ma bowiem żadnej wzmianki o obowiązku odniesienia się do Tabeli Wyceny. Wynika stąd, że każdy wykonawca może w zasadzie w dowolny sposób ukształtować harmonogram, który to dokument ma istotne znaczenie dla Zamawiającego (w przeciwieństwie do Tabeli Wyceny). Zamawiający bowiem przyznał sobie prawo do uzgodnienia i zatwierdzenia harmonogramu.

Bez prawnego znaczenia pozostaje więc, jak wykonawca zaprezentował w Tabeli wyceny rozbięcie zaoferowanej ceny ryczałtowej, z wyjątkiem wyceny za opracowanie dokumentacji projektowej, które nie może przewyższyć 10% ceny ofertowej. Nie mniej jednak, zdaniem Odwołującego gdyby nawet Zamawiający nie zaakceptował harmonogramu rzeczowo-finansowego przedstawionego przez Odwołującego z uwagi na niezgodność z Tabelą Wyceny, jedyną konsekwencją tej oceny może być płatność wynagrodzenia (całej ceny ryczałtowej) na rzecz Wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych (§ 5 ust. 4 Wzoru umowy), ale z pewnością nie może powodować drastycznego skutku w postaci odrzucenia oferty.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ogóle nie kwestionuje ceny oferty. Jego uzasadnienie skupia się tylko na sposobie prezentacji jednego kosztu, który nie ma znaczenia z globalnego punktu widzenia. Natomiast w żadnym miejscu nie wykazuje (choć przyjmuje takie założenie bez żadnych dowodów), że Odwołujący nie jest w stanie zrealizować zamówienia za zaoferowaną cenę.

Podkreślił, że wynagrodzenie wykonawcy uzyskane w związku z realizacją zamówienia będzie miało charakter ryczałtu. Charakter ten jest w niniejszej sprawie w zasadzie pomijany przez Zamawiającego, który skupia się na analizie wybranej przez siebie pozycji Tabeli Wyceny, nie wskazując przy tym, jak rzekome niedoszacowanie przekłada się na cenę ofertową jako taką. Tymczasem, jak wskazuje się w orzecznictwie KIO (np. wyrok KIO z dnia 7 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1528/16, KIO 1538/16): w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, wykonawca tylko jest zobowiązany ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna (...). Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego. Ponadto, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia.

Zamawiający, opierając odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, musiał uznać, że oferta „zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Ten sposób definicji jest szczególnie istotny przy porównaniu z art. 90 ust. 1 Pzp, gdzie Zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Wynika stąd, że Zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę m.in. do wyjaśnienia wątpliwości odnoszących się do cen jednostkowych, ale ustawodawca nie nadał mu kompetencji do odrzucania oferty tylko z powodu rażąco niskiego, w ocenie Zamawiającego, sposobu wyceny jednego z elementów. Ponadto ustawodawca w art. 90 ust. 3 Pzp celowo nie posłużył się pojęciem części składowej przy ocenie wyjaśnień. W związku z powyższym Zamawiający nie może zatem dokonywać interpretacji rozszerzającej tego przepisu.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie zakwestionował złożonych przez niego wyjaśnień, ani też nie poddał w wątpliwość, że Odwołujący jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę ryczałtową. Uzasadnienie sprowadzało się bowiem do formalnego elementu prezentacji kosztów, jednak pomięty został kluczowy element merytoryczny, jakim jest zobowiązanie Odwołującego do realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ za zaoferowaną cenę.

Odnosząc się do zarzutu, że wycena zakwestionowanych pozycji w Tabeli wyceny w sposób rażąco niski stanowi nienależyte przygotowanie ceny ofertowej, Odwołujący wskazał, że składając ofertę w rozumieniu cywilnoprawnym, zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ. Zamawiający nie wprowadził w SIWZ żadnego zakazu przenoszenia kwot pomiędzy pozycjami Tabeli Wyceny, a więc należy uznać taką możliwość za dozwoloną, co potwierdza orzecznictwo, np. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 19 marca 2015r. (X Ga 76/15). W przywołanym wyroku Sąd trafnie wskazuje na problemy związane z przygotowywaniem przez wykonawców kosztorysów ofertowych, uznając jednocześnie, że dzielenie i łączenie przez wykonawcę w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych kosztów czy uzyskanych upustów nie jest przejawem manipulowania ceną, a działaniem jak najbardziej dozwolonym i racjonalnym. Skoro więc Sąd akcentuje taką sytuację, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym występują istotne różnice pomiędzy sposobem wyceny tych samych pozycji kosztorysowych przez różnych wykonawców, będące właśnie wynikiem odmiennego grupowania przez nich kosztów, to tym bardziej sytuacja ta akceptowalna jest przy wynagrodzeniu ryczałtowym, gdzie wykonawca, dokonując kalkulacji ceny ofertowej, musi dbać o rynkowy charakter ceny ofertowej jako takiej, a podział kosztów między poszczególne pozycje Tabeli wyceny ma dla niego charakter wtórny i - podobnie jak dla Zamawiającego - wyłącznie informacyjny.

Ponadto, Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, jakoby istniało ryzyko, iż Odwołujący „bezpodstawnie wzbogaci się na realizacji, a Zamawiający będzie zmuszony do zapłaty pozostałych pozycji z tabeli”, tak jakby Odwołujący wyłączył niektóre elementy przedmiotu zamówienia ze swojego zobowiązania. Jak wynika z powyższej argumentacji, ewentualne koszty związane z wadliwością harmonogramu (w postaci opóźnienia otrzymania wynagrodzenia) poniesie tylko Odwołujący.

Odwołujący zarzucił ponadto, iż Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, w

jaki sposób przesunięcia w Tabeli stanowiącej sposób prezentacji kosztów miałyby świadczyć o fakcie, że cena oferty ma charakter rażąco niski, a swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego opiera na niekorzystnej interpretacji wątpliwości, jakie pojawiły się po stronie Zamawiającego w zakresie sposobu konstruowania Tabeli Wyceny. Wątpliwości te powinny być oczywiście interpretowane na korzyść Odwołującego (np. wyroki KIO 958/17, KIO 1593/14). Odwołujący podkreślił ponadto, że argumenty podnoszone przez Zamawiającego nie podważają co do zasady poprawności kalkulacji ceny ofertowej Odwołującego i złożonych przez niego w tym zakresie wyjaśnień. Powyższe prowadzi do wniosku, że Odwołujący w sposób należyty wykazał, że jego cena ofertowa nie ma charakteru rażąco niskiej. Zauważyć należy, że Zamawiający nie odniósł się w piśmie do wyjaśnień Odwołującego, należy więc przyjąć, że były one kompletne i prawidłowe. Dokonał własnych obliczeń, skupiając się na procentowych porównaniach z innymi ofertami, nie zważając na fakt, iż w dokumentacji zamówieniowej nie ma szczegółowych wymogów w tym zakresie. Zamawiający, nie wiedząc czemu, powołuje się na ocenę cen składowych w odniesieniu do pozostałych wykonawców - zamiast odnieść się do zakresu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Rozdział XVI pkt 4 SIWZ stanowi, że: *„wykonawca zobowiązuje się wykonać w ramach ustalonej kwoty wynagrodzenia ryczałtowego wszystkie roboty wynikające z oferty Wykonawcy, jak także wszystkie roboty nieobjęte tymi dokumentami, których wykonanie okaże się niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Z kolei pkt 5 określa, że wynagrodzenie w formie ryczałtu jest wynagrodzeniem stałym do końca trwania umowy i nie podlega zmianom. Wykonawca ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny.”* Po raz kolejny więc w SIWZ wynika, że Tabela wyceny ma charakter jedynie informacyjny.

Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie nie było przeszkód prawnych ku temu, by Zamawiający - wobec podnoszonych przez niego wątpliwości względem wyjaśnień ceny oferty Odwołującego - zwrócił się do Odwołującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Ponadto, wobec powyższych nieprawidłowości polegających na nieprawidłowej ocenie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, Zamawiający nie może obarczać konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty Odwołującego. Jeśli wyjaśnienia wzbudziły wątpliwości

Zamawiającego, miał on obowiązek wyjaśnić je przez ponowne wezwanie

Odwołujący następnie wskazał, że przedłożył ofertę z ceną oferty, która nie ma charakteru rażąco niskiego czy nierynkowego, a więc jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Okoliczność, że koszty z niektórych pozycji zostały „przerzucone” do innych w Tabeli wyceny (zgodnie z SIWZ), nie może być uznana za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że złożenie jego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 ze zm., dalej: „u.z.n.k.”). Działaniem stanowiącym, w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, taki czyn w opisywanym kontekście to: ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna, ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców.

Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców (wyrok z dnia 20 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2587/13)

Nawet gdyby Odwołujący złożył ofertę z rażąco niską ceną (czemu skutecznie zaprzeczono powyżej i czego nie zarzuca także sam Zamawiający), to i tak nie spełniłoby to przesłanek do uznania tego za czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, która zgodnie z art. 3 ust. 2 u.z.n.k. będzie zawierała wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku.

Artykuł 3 ust. 1 u.z.n.k stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający jednak w żaden sposób nie wykazał, na czym miałyby polegać wymagana przez ustawodawcę sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, stąd zarzut jest w pełni uzasadniony.

Z uwagi na charakter ryczałtowy charakter wynagrodzenia, w przedmiotowej sprawie nie można mówić o utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom - Zamawiający nie próbuje nawet uzasadniać, że cena oferty ma charakter nierynkowy, a przecież niemożliwe byłoby utrudnianie dostępu do rynku poprzez przerzucanie kosztów w ramach jednej ceny ryczałtowej - i tak badając kwestię dostępu do rynku, bierze się pod uwagę tylko cenę globalną, której prawidłowości Zamawiający nie kwestionuje. Zamawiający w żaden sposób nie wykazuje, na czym miałyby polegać ograniczenie dostępu do rynku.

Dla Odwołującego zupełnie niezrozumiały pozostaje argument Zamawiającego, jakoby sposób prezentacji kosztów w Tabeli powodował „zawyżenie ceny”, ponieważ ustalenie „zbyt wysokiego wynagrodzenia” nie jest czynnością sprzeczną z Pzp, a ponadto stosuje się tu całą argumentację dotyczącą oceny poszczególnych pozycji z Tabeli.

Na marginesie należy zaznaczyć, że kwestia podwykonawstwa oraz zatwierdzania umowy podwykonawczej przez Zamawiającego nie ma znaczenia wobec treści zobowiązania Odwołującego, wyrażonej w ofercie. Zamawiający w Rozdziale VII SIWZ wskazał, że Odwołujący osobiście musi wykonać kluczowe części zamówienia - roboty w branży drogowej. *A contrario* pozostałe części zamówienia mogą zostać wykonane przez podwykonawców.

Sygn. akt KIO 2361/17

Jak utrwalilo się w poglądach doktryny, w treści formularza jednolitego dokumentu wykonawca zobligowany jest podać wykaz proponowanych podwykonawców, o ile jest to wiadome. Zważywszy na fakt, że „zamierzać” oznacza „planować coś, mieć intencję coś zrobić”, trzeba chyba na to pytanie odpowiedzieć w taki sposób, iż informacja o podwykonawcach powinna być podawana tylko przez tych wykonawców, którzy już wiedzą, kto będzie podwykonawcą konkretnej części zamówienia. Informacja o zamiarze nie jest tożsama z koniecznością posiadania takiej wiedzy przez wykonawcę na etapie ubiegania się o zamówienie, w szczególności gdy dotyczy to podwykonawców, na których zasobach wykonawca nie polega (Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2017).

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 13 lutego 2017 r. (KIO 192/17): przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie wprowadza granicy czasowej kiedy podanie tych firm, nazw podwykonawców ma nastąpić. Powyższe należy uznać za spójne z treścią innych przepisów - przywołanych przez Izbę - odnoszących się do podwykonawstwa. Przede wszystkim Zamawiający nie dokonuje weryfikacji podwykonawców wyłącznie do upływu terminu składania ofert, a przeciwnie wobec możliwości dokonania takiej zmiany (firmy podwykonawcy) na późniejszym etapie postępowania zmuszony jest dokonać takiej weryfikacji na przykład na etapie wykonawstwa, co utwierdza Izbę w przekonaniu, że przyjęta interpretacja ww. przepisu jest właściwa. Zatem należy stwierdzić, że skoro brzmienie tego przepisu nie odnosi wyłącznie do etapu oceny oraz wyboru oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, to nie można wobec wykonawcy, który nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie ze stanem swojej aktualnej wiedzy, wskazał w ofercie jednego podwykonawcę, ponieważ wiedział, że skorzysta z oferty tego przedsiębiorcy, a inni podwykonawcy nie zostali jeszcze wskazani, ponieważ Odwołujący nie zdecydował, którego z oferentów wybrać. W wyjaśnieniach ceny (zastrzeżonych) Odwołujący powołał się na oferty złożone przez kilka podmiotów, w celu wykazania prawidłowości własnej kalkulacji, nie przesądzając jednocześnie o wyborze konkretnego podwykonawcy.

Odwołujący, na etapie formułowania oferty, samodzielnie dokonuje kalkulacji, a następnie wnosi o sporządzenie ofert przez kilka renomowanych przedsiębiorstw (tu:

przez firmy wymienione przez Zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty - tajemnica przedsiębiorstwa). Takie działanie ma przede wszystkim pozwolić na weryfikację własnych obliczeń oraz stanowi ewentualną przesłankę do skorzystania z podwykonawcy, jeśli oferuje on niektóre elementy taniej, niż gdyby Odwołujący realizował je samodzielnie. Stąd, przedstawienie tych ofert Zamawiającemu było uzasadnione dla potrzeb wyjaśnienia ceny.

Wskazanie przez Zamawiającego, że te oferty są „niewiarygodne”, ponieważ Odwołujący nie wybrał tych firm na podwykonawców (wciąż prowadząc czynności analityczne i wyszukując innych możliwości realizacji zamówienia), jest oceną nieuzasadnioną i niezgodną z aktualnym stanem prawnym, który dopuszcza wprowadzenie nowych podwykonawców bądź ich zmianę.

Brak wskazania w JEDZ w rubryce podwykonawcy firm, oferty których Odwołujący złożył w ramach wyjaśnień ceny, w żaden sposób nie może podważyć wiarygodności ofert tych podmiotów. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp wykonawca ma złożyć z wyjaśnieniami ceny dowody, co Odwołujący uczynił, m.in. składając te oferty. Ustawodawca nie zakazuje posłużenia się dla wyjaśnienia ceny ofertami podmiotów, którzy nie zostali wskazani w JEDZ jako podwykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości, podtrzymując stanowisko zawarte w piśmie z dnia 2 listopada 2017 r.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. ustalenia istnienia po stronie

Sygn. akt KIO 2361/17

Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Odwołujący, jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, którego oferta została odrzucona, miał w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które mogą doprowadzić do wyboru oferty konkurencyjnej (droższej), a przede wszystkim pozbawiają Odwołującego realnej szansy na uzyskanie tego zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Oceniając kolejno prawidłowość przystąpienia - po stronie Zamawiającego - do postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Sp. z o.o. Izba ustaliła, że jak wynika z akt sprawy, Zamawiający przesłał kopię odwołania ww. wykonawcy w dniu 10 listopada 2017 r. Zgodnie z art. 185 ust.2 zd. pierwsze Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje. Wykonawca P. B. D. Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przesyłając zgłoszenie za pośrednictwem P. P.. Powyższa korespondencja wpłynęła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2017r., co powoduje niedotrzymanie terminu na wniesienie przystąpienia. Podkreślić należy, że powyższy 3 dniowy termin uznaje się za termin dotrzymany w sytuacji doręczenia do Izby przystąpienia w terminie 3 dni od daty powiadomienia o wniesieniu odwołania, a nie w dniu nadania przesyłki pocztowej.

W związku z dokonanymi ustaleniami Izba stwierdziła, iż Wykonawca - Przedsiębiorstwo B. D. Sp. z o.o. - nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła:

I. Zamawiający w informacji z otwarcia ofert wskazał, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota 30.924.750 zł.

Sygn. akt KIO 2361/17

II. Oferty wykonawców złożone w trakcie postępowania opiewały na kwoty:

1. B. S.A. – 56.978.133,62 zł;
2. P. B. D. sp. z o.o. – 36.889.361,56 zł;
3. B. B. P. sp. z o.o. – 37.459.006,71 zł;
4. P. -T. B. Sp. z o. o. – 34.426.365,45 zł (kwota po dokonaniu

sprostowania oczywistej omyłki rachunkowej dokonanej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp).

III. W rozdziale XVI SIWZ OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY OFERTOWEJ ustalono:

- pkt 3: *„cenę oferty na formularzu stanowi cena ryczałtowa brutto – obejmująca wszystkie koszty netto związane z opracowaniem dokumentacji projektowej oraz realizacją robót objętych dokumentacją projektową (w przypadku MPWiK) oraz programem funkcjonalno-użytkowym przedmiotowego zamówienia wraz z kwotą podatku VAT. Cena oferty musi zostać zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku”;*

- pkt 4: *„wykonawca zobowiązuje się wykonać w ramach ustalonej kwoty wynagrodzenia ryczałtowego wszystkie roboty wynikające z oferty Wykonawcy, jak także wszystkie roboty nieobjęte tymi Wykonawcy, których wykonanie okaże się niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy”;*

- pkt 5: *„Wynagrodzenie w formie ryczałtu jest wynagrodzeniem stałym do końca trwania umowy i nie podlega zmianom. Wykonawca ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny”;*

„UWAGA: Cena ryczałtowa podana na formularzy oferty za opracowanie dokumentacji projektowej nie może być wyższa niż 10% łącznej ceny zadeklarowanej w ofercie (...).”

IV. W § 2 Wzoru umowy ustalono, że: *„Wykonawca zobowiązuje się do przedłożenia Zamawiającemu harmonogramu rzeczowego prac projektowych i robót budowlanych w dniu podpisania umowy. Harmonogram musi być uzgodniony z Zamawiającym przed podpisaniem umowy (min. 2 dni), zgodny z postanowieniami umowy i podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy”.*

Natomiast z § 5 ust. 2 wynika, iż *„całkowite rozliczenie wykonania dokumentacji projektowej może nastąpić dopiero po odbiorze końcowym wykonania robót.*

Zamawiający może rozliczać fakturami częściowymi kolejne etapy wykonania dokumentacji projektowej, przy czym do złożenia wniosku i uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę/o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (gdą są wymagane) lub złożenia do odpowiedniego organu zgłoszenia robót niewymagających pozwolenia na budowę rozliczenie to nie może przekroczyć 80% wartości prac projektowych. Zgodnie zaś z ust. 3 „odbioru częściowe mogą odbywać się na podstawie przedstawionego przez Wykonawcę i zaakceptowanego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo-finansowego. Do czasu akceptacji tego harmonogramu przez Zamawiającego obowiązuje sposób rozliczania ryczałtowego - płatność po wykonaniu całości robót budowlanych.”

V. Zamawiający pismem z dnia 18 października 2017 r. wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w szczególności istotnej części składowej ceny tj. ceny za wykonanie robót budowlanych - w branży kanalizacji deszczowej w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10 października 2002r. - o minimalnym wynagrodzeniu.

Zamawiający wskazał, iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym, jednak ustalenie, czy wszystkie poszczególne części składowe (roboty) składające się na przedmiot zamówienia zostały wycenione na poziomie rynkowym jest niezbędne do ustalenia realności całej ceny oferty. Sam fakt, iż niektóre części (roboty) mogły zostać niedoszacowane, może rzutować na niedoszacowanie całej ceny oferty.

VI. Odwołujący w terminie określonym przez Zamawiającego wyjaśnił sposób kalkulacji ceny oraz złożył dowody na potwierdzenie złożonych wyjaśnień. Wskazał, że koszty wykonania zakwestionowanego przez Zamawiającego elementu składowego ceny dokonał w innych pozycjach Tabeli wyceny.

VII. Zamawiający w dniu 2 listopada 2017 r. dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, uznając, iż zawiera ona

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wyjaśnił, iż odrzucenie oferty następuje w wyniku negatywnej oceny przez Zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty.

Zamawiający wskazał, że w przypadku przedmiotowego zamówienia koszt wykonania robót budowlanych - w branży kanalizacji deszczowej, jest istotną częścią składową ceny i cena za ten element jest istotna dla całości oferty między innymi z dwóch powodów: 1) w odniesieniu do tej części zamówienia jak do całego zamówienia, dopuszczalne jest podwykonawstwo. Ustalenie nierealnych rynkowo cen, które różnią się zasadniczo także między sobą spowoduje w przyszłości, że Zamawiający nie będzie mógł zatwierdzić umowy podwykonawczej, która będzie zawierała wartości rynkowe, 2) wycena zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji w tabeli wyceny w sposób rażąco niski, stanowi nienależyte przygotowanie ceny ofertowej, która nie powinna mieć miejsca.

Zamawiający wyjaśnił, iż Odwołujący w wyjaśnieniach swojej ceny wskazał, iż wycenił koszty wykonania tego elementu składowego ceny (którego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny domagał się Zamawiający) w innych pozycjach tabeli wyceny. Z łącznej analizy tabeli wyceny dołączonej do oferty oraz wyjaśnień otrzymanych w piśmie z dnia 24 października 2017 r. wynika również, iż Wykonawca oprócz zniżenia ceny w w/w elemencie kanalizacji deszczowej dokonał znacznego zawyżenia ceny w przypadku prac projektowych oraz robót budowlanych, tj. w branży teletechnicznej. Taki stan faktyczny, w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z możliwości wyłączenia części zakresu rzeczowego niektórych elementów wyceny, spowoduje, że Wykonawca bezpodstawnie wzbogaci się na realizacji, a Zamawiający będzie zmuszony do zapłaty pozostałych pozycji z tabeli wyceny, tych niepodlegających wyłączeniu, zgodnie z ich wartością z oferty.

Zamawiający wskazał, że zdaje sobie sprawę, iż przedmiotowe zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, co oznacza, że wykonawca może posiadać pewną swobodę w konstruowaniu swojej ceny ofertowej, co znajduje swoje odzwierciedlenie w pozycjach wyceny robót w poszczególnych ofertach. Zamawiający zauważył, że kalkulacje cenowe Wykonawców ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wielu pozycji wyceny znacznie się różnią,

co potwierdza, że jest to wynik indywidualnego podejścia wykonawców do przedmiotowego zamówienia. Zamawiający jednak widzi pewną nieprawidłowość w zakresie wyżej wymienionego elementu wyceny tej części składowej ceny (tj. branża kanalizacja deszczowa) w ofercie Wykonawcy, choćby ze względu na rażące dysproporcje pomiędzy ceną zaoferowaną przez Wykonawcę, a pozostałymi cenami wskazanymi w ofertach pozostałych Wykonawców oraz zakresem robót do wykonania w tej części zamówienia zawartym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym udostępnionym przez Zamawiającego i stanowiącym istotny element opisu przedmiotu zamówienia. Co do wykonania przez Wykonawcę tej części składowej zamówienia, wyszczególnionej na formularzu oferty - Załącznik Nr 1 - tabela wyceny - Lp. 14 - roboty budowlane - branża kanalizacji deszczowej na poziomie 4 915 zł, Zamawiający stwierdza, iż zaproponowana cena jest rażąco niska w stosunku do pozostałych cen składowych w tej części tabeli wyceny, zaoferowanych przez pozostałych Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, tj. cena zaoferowana przez Wykonawcę na poziomie 4 915 zł stanowi około 0,12% ceny (w tej części zamówienia) zaoferowanej przez Wykonawców w ofertach Nr 2 tj. B. B. P. Sp. z o.o. (3 991 885,00 zł) oraz Nr 3 tj. P. sp. z o.o. (4 141 414,38 zł) oraz 0,18 % ceny średniej arytmetycznej (w tej części zamówienia) w przypadku trzech najtańszych (z czterech) ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający na podstawie analizy otrzymanych wyjaśnień stwierdził również, że wycena tej części zamówienia w ofercie na poziomie 4 915,00 zł jest także nieprawdziwa. Sam Wykonawca dokonując wyjaśnień przyznaje, iż wycenił tę część zamówienia na kwotę wyższą tj. 3 300 000 zł (netto), a dodatkowo powołując się na wycenę wykonaną przez inną firmę instalacyjną działającą na rynku informuje Zamawiającego, że proponowana cena za wykonanie tego zakresu robót przez tę firmę to kwota 3 220 000 zł (netto).

W związku z powyższym, Zamawiający stwierdził, iż wykonanie tego zakresu robót za cenę 4 915 zł nie tyle budzi wątpliwość, co jest niemożliwym do wykonania dla tego zakresu robót, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Zaświadcza to w sposób niepodważalny i bezdyskusyjny, że wspomniany koszt tego zakresu robót musiałby być wyższy, niż zadeklarowany na poziomie 4 915 zł. Dodatkowo, Zamawiający przypuszcza, iż złożenie oferty z nierealną ceną tj. ceną poniżej

rozsądnych kosztów danego elementu wyceny ma na celu utrudnienie dostępu do realizacji przedmiotowego zamówienia innym wykonawcom.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, iż wykonanie tego zakresu prac ma wpływ na cenę oferty i wycena na takim poziomie tak dużego zakresu prac, uniemożliwia prawidłowe wykonanie danego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający stwierdził następnie, iż Wykonawca w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej w przedmiotowym postępowaniu nad pozostałymi Wykonawcami dokonuje, co potwierdza w swoich wyliczeniach, manipulacji pozostałymi elementami wyceny w celu udowodnienia, iż wykonanie zaniżonego cenowo elementu kanalizacji deszczowej jest możliwe dzięki uzyskanym w innych pozycjach swojej wyceny „rezerwom finansowym”. Ściślej mówiąc, chodzi o pokrycie kosztu robót kanalizacji deszczowej z pozostałych, zawyżonych co do kosztu realizacji innych pozycji zawartych w „Tabeli Wyceny”.

Ceny poszczególnych elementów oferty, w przypadku takiego rozbicia ceny ofertowej, jak zastosował Zamawiający, muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, przynajmniej do poziomu, który pozwala na taką cenę. Inne działanie zagraża niewątpliwie interesom Wykonawców, którzy prawidłowo kalkulują ceny za poszczególne elementy wyceny, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znajdują się w sytuacji gorszej podczas dokonywania oceny ofert, mimo zaoferowania wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Tak nieuczciwe podejście Wykonawcy, oderwane od realiów wykonania zamówienia, tak nieuczciwy zabieg mający na celu uzyskanie zamówienia poprzez manipulowanie cenami nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Zamawiający podkreślił, iż Odwołujący dokonując wyjaśnień sam przyznaje, iż koszty wykonania „kanalizacji deszczowej szacuje na kwotę 3 300 000 zł netto, a koszty te są jednak ujęte w cenie ofertowej i zostaną pokryte z kwot podanych także w innych pozycjach „Tabeli Wyceny”. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący kalkulując w taki sposób cenę oferty uzyska olbrzymią rezerwę finansową na początku realizacji zadania, bowiem z wyliczeń uzyskanych w ofercie okazuje się, iż tę część zamówienia Wykonawca wykona za cenę 2 050 000 zł (netto). Tak więc uzyskanie rezerwy finansowej na tej części zamówienia w kwocie 1 650 000 zł

świadczy o tym, że Wykonawca jest w stanie zrealizować tę część zamówienia za kwotę dużo, dużo niższą tj. 400 000 zł (co Wykonawca sam poświadcza).

W związku z powyższym, Zamawiający stwierdził, iż takie zachowanie Odwołującego uznać należy również za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na rozkładaniu kosztów oferty, które wskazują na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy.

Zamawiający stwierdził ponadto, iż analizy otrzymanych wyjaśnień Zamawiający wnioskuje jeszcze jedną nieprawidłowość. Wykonawca w wielu obliczeniach wykonanych na potrzebę przedmiotowego zamówienia powołuje się na przeprowadzoną analizę rynku oraz zebranie ofert od podwykonawców, w stosunku do których dzięki swojej wiarygodności i rzetelnej współpracy był w stanie wynegocjować bardzo korzystne warunki cenowe i inne warunki współpracy. Zamawiający wskazał, że złożonej przez Wykonawcę ofercie (oświadczenie JEDZ) jest mowa o zamiarze zlecenia osobom trzecim/ podwykonawcom pewnych części zamówienia, jednak jest to firma E. S.A. oraz firma C. B. D. Ś.. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca nie powołuje się na oferty wskazanych przez siebie podwykonawców. Z uwagi na powyższe, złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia budzą wątpliwości Zamawiającego co do ich prawdziwości.

Ponadto, Zamawiający podnosi, iż niemożliwym będzie na etapie opracowania harmonogramu rzeczowo-finansowego urealnienie składowych elementów wyceny poprzez zamianę ich wartości w stosunku do wartości z tabeli wyceny zawartej w formularzu oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Rozstrzygając o zarzutach Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony na dzień dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego, tj. na dzień 2 listopada 2017 r., wynikający zarówno z treści oferty jak i wyjaśnień złożonych Zamawiającemu przez Odwołującego w piśmie z dnia 24 października 2017r.

Izba za zasadny uznała zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy cena jego oferty nie była rażąco niska, a udzielone wyjaśnienia potwierdzały powyższą okoliczność.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 90 ust. 2 ustawy stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Stosownie natomiast do art. 90 ust. 3 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do kwestii rażąco niskiej ceny w pierwszej kolejności podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i w ich świetle prawidłowość odrzucenia oferty tego wykonawcy. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy Odwołujący wywiązał się ze spoczywającego na nim obowiązku dowiedzenia prawidłowości ceny oferty oraz, czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby, Odwołujący złożył szczegółowe i poparte dowodami wyjaśnienia, świadczące o tym, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną, umożliwiającą mu osiągnięcie zysku. Odwołujący wskazał sposób kalkulacji ceny, obejmującej zakwestionowaną przez Zamawiającego pozycję. Wykonawca na

potwierdzenie przeprowadzonej kalkulacji złożył dowody w postaci stosownych ofert innych podmiotów/wykonawców obejmujących zakresem wymagane prace. Wykonawca jednocześnie zastrzegł niniejsze wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba dokonała pełnej analizy wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny i uznała, że wyjaśnienia potwierdzają realność zaoferowanej ceny za wykonanie zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę. Co istotne również w niniejszej sprawie globalna cena oferty Odwołującego przewyższała szacunki Zamawiającego oraz kwotę jaką zamierzał on przeznaczyć na realizację zamówienia.

W ocenie Izby złożone dowody i wyjaśnienia Odwołującego niewątpliwie potwierdzają rzetelność przedstawionej kalkulacji i realność rynkową zaproponowanej w ofercie ceny za wykonanie zamówienia.

W tym miejscu podkreślić należało, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało ukształtowane jako zamówienie z wynagrodzeniem ryczałtowym w formule "zaprojektuj i wybuduj". Zamawiający w rozdziale XVI SIWZ w pkt 3. wskazał, że cenę oferty na formularzu oferty stanowi cena ryczałtowa brutto – obejmująca wszystkie koszty netto związane z opracowaniem dokumentacji projektowej oraz realizacją robót objętych dokumentacją projektową. Jedynym zastrzeżeniem Zamawiającego było, aby cena ryczałtowa podana na formularzu oferty za opracowanie dokumentacji projektowej nie przekraczała 10% łącznej ceny ryczałtowej zadeklarowanej w ofercie.

Podkreślić należy, że w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, wykonawca zobowiązany jest tylko ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna. Ponadto, jak wskazała KIO w wyroku z dnia 12 lutego 2016 r., KIO 93/16, „przy wynagrodzeniu ryczałtowym, w kontekście wymogów wynikających z legalnej definicji ceny, nie jest więc ważna struktura wewnętrzna ceny. tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy)”. Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ, wykonawcy mogą swobodnie

przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego. Ponadto, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia. Co istotne również w niniejszej sprawie, Zamawiający w SIWZ nie zawarł zakazu odnośnie możliwości przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami w Tabeli wyceny. Uwzględniając powyższe stwierdzić należało, że przy tak skonstruowanej SIWZ wykonawcy mieli pełną dowolność w kształtowaniu Tabeli Wyceny. Mogli oni dowolnie przenosić koszty pomiędzy poszczególnymi elementami wyceny, bowiem powyższe nie zostało zabronione ani w jakikolwiek sposób ograniczone przez Zamawiającego. Ponadto nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że harmonogram rzeczowo – finansowy na podstawie którego mają odbywać się płatności za zrealizowane etapy jest powiązany w jakikolwiek sposób z Tabelą wycen składaną wraz z ofertą. Powyższe bowiem nie wynika w żaden sposób z SIWZ, ani również z twierdzenia Zamawiającego, iż „zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania umowa musi być zgodna ze złożoną ofertą, czyli harmonogram rzeczowo-finansowy musi być zgodny z tabelą wyceny”. Jeżeli bowiem Zamawiający przewidywał taką konieczność winien był to założyć jasno określić w treści specyfikacji lub we wzorze umowy. Takiego zapisu nie ma w SIWZ, co potwierdził również na rozprawie sam Zamawiający. W tym miejscu zauważyć należy, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem KIO wątpliwości w zakresie interpretacji postanowień SIWZ Zamawiający winien rozpatrywać na korzyść wykonawcy (np. uchwała KIO/KD 38/17).

Izba uznała, że Zamawiający naruszył również przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odrzucając ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, iż uznał, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślić należy, że obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). Odkodowując normę zawartą we wskazanym przepisie, zdaniem Izby należy uznać, że jedynie działanie wykonawcy mające na celu – poprzez niezasadne obniżenie ceny oferty, utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom może być postrzegane w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji, na gruncie przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tylko stwierdzenie, iż

Odwołujący zaoferował cenę tak niską, że wykonanie tego zamówienia wymaga subsydiowania kosztów z innych przychodów, aby to zamówienie wykonać mogłoby stać się podstawą do wykazania związku przyczynowego pomiędzy zaoferowaną ceną, a skutkiem w postaci czynu nieuczciwej konkurencji polegającym na wyeliminowaniu konkurencji poprzez zaniżenie ceny oferty, w zakresie dotyczącym serwisu (por. wyrok KIO z dnia 14 marca 2016r., sygn. akt KIO 266/16).

Zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał skutecznie, że Odwołujący zaoferował realizację zamówienia poniżej kosztów świadczenia usługi lub, że jego działania w jakikolwiek sposób naruszają prawo lub dobre obyczaje, co w świetle powołanych wyżej przepisów jest niezbędne. Izba potwierdza po raz kolejny, że przeprowadzona analiza treści oferty i złożonych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty przez Odwołującego jednoznacznie wskazuje, iż zaoferowana przez niego cena oferty pokrywa przewidywane koszty realizacji zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że wykonawca przerzucając koszty pomiędzy pozycjami kosztów w Tabeli Wycen, w szczególności do kosztów związanych z projektowaniem dopuścił się manipulacji ceną, Izba uznała, że w realiach niniejszej sprawy taka sytuacja nie miała miejsca. Jak bowiem wynika z § 5 ust. 2 wzoru umowy *„całkowite rozliczenie wykonania dokumentacji projektowej może nastąpić dopiero po odbiorze końcowym wykonania robót. Zamawiający może rozliczać fakturami częściowymi kolejne etapy wykonania dokumentacji projektowej, przy czym złożenie wniosku i uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę/o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (gdy są wymagane) lub złożenia do odpowiedniego organu zgłoszenia robót niewymagających pozwolenia na budowę rozliczenie to nie może przekroczyć 80 % wartości prac projektowych”*. Ponadto, jak wynika z ust. 4 *„odbioru częściowe mogą odbywać się na podstawie przedstawionego przez Wykonawcę i zaakceptowanego przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo-finansowego. Do czasu akceptacji tego harmonogramu przez Zamawiającego obowiązuje sposób rozliczenia ryczałtowego – płatność po dokonaniu całości robót budowlanych”*.

Zdaniem Izby z powyższych postanowień umowy wynika, iż nie jest możliwe uzyskanie znacznych części wynagrodzenia na początkowym etapie postępowania, za prace które nie zostały w rzeczywistości wykonane. Jak już bowiem zostało wskazane płatności częściowe będą odbywały się na podstawie zaakceptowanego

Sygn. akt KIO 2361/17

przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo-finansowego, a w przypadku braku akceptacji takiego harmonogramu po zakończeniu prac budowlanych. Ponadto wypłata całości wynagrodzenia za prace projektowe nie może nastąpić przed zakończeniem całości robót budowlanych.

W związku z powyższym w sprawie brak podstaw do uznania, że wykonawca na pierwszym etapie postępowania uzyska znaczne wynagrodzenie, przewyższające wartość wykonanych prac, z którego będzie miał możliwość kredytowania dalszej części prac budowlanych.

W ocenie Izby, nie stanowiło również czynu nieuczciwej konkurencji zachowanie Odwołującego polegające na przerzuceniu części kosztów związanych z wykonaniem kanalizacji deszczowej do innych pozycji Tabeli wyceny. Wskazać należy, że w zakresie cen jednostkowych w kontekście naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp orzecznictwo KIO stwierdzało takie naruszenie w kontekście sytuacji, gdy owe ceny jednostkowe miały wymierny wpływ na wycenę i były zarazem te ceny jednostkowe kryteriami oceny ofert - przykładowo chociażby wyrok KIO z 14.01.2014 r., sygn. akt: KIO 2936/13.

Nadto, Izba wskazuje, iż Zamawiający jest zobligowany do potwierdzenia dowodami zasadności stawiania wykonawcy czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż to na Zamawiającym w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy spoczywa ciężar dowodowy. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie sygn. akt V Ga 122/10 stwierdzić należy, że zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego rozkład ciężaru dowodu, w razie odrzucenia oferty wykonawcy spoczywa na zamawiającym wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej czy popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Zasadne jest także stwierdzenie, że jednorazowe działanie wykonawcy, bez wykazania jego wpływu na zachowanie konkurencji, nie jest wystarczające do stwierdzenia czynu o którym mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

W ocenie Izby nie stanowiło uzupełnienia złożonej oferty, wskazanie przez Odwołującego w piśmie z dnia 24 października 2017 r. wykonawców, na których oferty powołał się Odwołujący wykazując, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba uznała, iż powyższe oferty zostały złożone jedynie na okoliczność potwierdzenia realności zaproponowanej przez Odwołującego ceny. Powyższe zostało w ocenie Izby niezbitnie wykazane przez Odwołującego na

Sygn. akt KIO 2361/17

rozprawie oraz wyniku z treści pisma z dnia 24 października 2017 r.

W takim stanie postępowania uznano, że odrzucenie oferty Odwołującego było niezasadne z uwagi na ustalone okoliczności zarówno faktyczne jak i prawne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 ust. 1 i ust. 2b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: