

Sygn. akt: KIO 835/23

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez Odwołującego **ERBUD S.A. (ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zakład Karny w Hrubieszowie (ul. Nowa 64, 22-500 Hrubieszów)**

przy udziale Wykonawcy **Grupa Grand sp. z o.o.** (dawniej: A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GRAND A. G.) (**Korzenna 91, 33-322 Korzenna**) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) oddala odwołanie,
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **ERBUD S.A. (ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **ERBUD S.A. (ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Zakład Karny w Hrubieszowie (ul. Nowa 64, 22-500 Hrubieszów)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego **ERBUD S.A. (ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego **Zakład Karny w Hrubieszowie (ul. Nowa 64, 22-500 Hrubieszów)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) 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

Zamawiający Zakład Karny w Hrubieszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa pawilonu mieszkalnego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Zakładzie Karnym w Hrubieszowie.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 16 września 2022 roku pod numerem 2022/S 179-502817.

„Odwołujący” lub „ERBUD S.A.” wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych, a także art. 15 ust. 1 pkt 1), art. 3 ust. 1, art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (każdego z nich w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP) poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy GRAND A. G. mimo, że oferta wskazanego Wykonawcy kwalifikuje się do odrzucenia z tego względu, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy GRAND A. G. mimo, że oferta wskazanego Wykonawcy kwalifikuje się do odrzucenia z tego względu, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 239 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy GRAND A.G. mimo naruszeń wskazanych powyżej w ppkt a) - b);

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy GRAND A. G.; dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert; odrzucenia oferty Wykonawcy GRAND A. G.; dokonania wyboru oferty Wykonawcy ERBUD S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego analiza i weryfikacja wartości netto (35 280 487,80 zł netto) i brutto (39 450 000,00 zł brutto) oferty złożonej przez Wykonawcę GRAND A. G. prowadzi do wniosku, że wskazany Wykonawca zawyżył w ramach ceny oferty wartość robót opodatkowanych preferencyjną stawką podatku VAT 8% w sposób całkowicie nieproporcjonalny do rzeczywistego zakresu i rzeczywistej wartości robót kwalifikujących się do objęcia tą preferencyjną stawką podatku VAT 8%.

Jak wyjaśnił Odwołujący, do objęcia stawką podatku VAT 8% kwalifikują się jedynie roboty dotyczące wykonania pawilonu (budynku) mieszkalnego. To oznacza, że zakresowo i wartościowo roboty kwalifikujące się do objęcia stawką podatku VAT 8% stanowią nie więcej niż ok. 61 % całości robót realizowanych w ramach zamówienia. Tymczasem, aby uzyskać wartość netto oferty 35 280 487,80 zł i wartość brutto 39 450 000,00 zł, Wykonawca GRAND A. G. przyjął, że roboty kwalifikujące się do objęcia preferencyjną stawką podatku VAT 8% stanowią ok. 74,5 % całości robót realizowanych w ramach zamówienia. Oznacza to przypisanie dla robót kwalifikujących się do objęcia stawką podatku VAT 8% wartości całkowicie nieadekwatnej (zawyżonej) w stosunku do rzeczywistego porównania wartości tych robót do wartości całej inwestycji.

Odwołujący przedstawił własną symulację przedstawiającą wartości ofert netto i brutto wszystkich wykonawców z rozkładem na wartości netto do stawek VAT 8% i 23% niezbędne do przyjęcia celem uzyskania wskazanych w ofertach wartości brutto przy przyjętych kwotach netto. W opinii Odwołującego z zestawienia wynika, że inni wykonawcy (poza Wykonawcą GRAND A. G.) wskazali, że wartość robót kwalifikujących się do objęcia VAT 8% stanowi nie więcej niż ok. 61% całości robót realizowanych w ramach zamówienia. Są to ilości mniejsze o ok. 14% od założeń przyjętych przez Wykonawcę GRAND A. G.. Porównanie w ocenie Odwołującego prowadzi do wniosku, że Wykonawca GRAND A.G. przyjął nieodpowiadające realiom rynkowym wartości robót objętych VAT 8% i 23% (zawyżenie wartości robót objętych VAT 8% i zniżenie wartości robót objętych VAT 23%), co w przedmiotowej sprawie skutkowało nieuprawnionym obniżeniem wartości podatku VAT i w konsekwencji nieuprawnionym obniżeniem całkowitej ceny brutto oferty, a w rezultacie tego uzyskaniem nieuprawnionej przewagi nad konkurentami.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca był w stanie zaproponować korzystniejszą cenę brutto, niż gdyby objął podatkiem VAT 8% faktycznie kwalifikującą się do tego wartość robót (pozwala to bowiem wskazanemu Wykonawcy w sposób nieuprawniony obniżyć wartość robót objętych podatkiem VAT 23% i w konsekwencji obniżyć w sposób nieuprawniony całkowitą cenę brutto oferty, a w rezultacie tego uzyskiwać nieuprawnioną przewagę nad konkurentami). Odwołujący wskazał również na znaczne zniżenie przez Wykonawcę GRAND A. G. (w porównaniu do pozostałych Wykonawców i szacunku Zamawiającego) wartości robót objętych stawką podatku VAT 23%.

W ocenie Odwołującego powyższe działania Wykonawcy GRAND A. G. stanowią tzw. „manipulację ceną”, którą należy kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. w szczególności w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1) tej ustawy, albowiem w ofercie przedstawia wartość robót kwalifikujących się do objęcia VAT 23% znacznie poniżej

realnej wartości tych robót, a nadto art. 3 ust. 1 i art. 3 ust. 2 tej ustawy, albowiem wartość robót kwalifikujących się do objęcia podatkiem VAT 8% ustala na poziomie nieproporcjonalnym (zawyżonym) do rzeczywistej wartości tych robót i w ten sposób nieuprawnioną metodą poprawia swoją sytuację na etapie postępowania przetargowego względem pozostałych wykonawców (nieuprawnione obniżenie ceny brutto oferty). Pozwala to wskazanemu Wykonawcy zwiększyć prawdopodobieństwo uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia w postępowaniu przetargowym.

W opinii Odwołującego oferta złożona przez Przystępującego, mając na uwadze zakres i wartość robót przewidzianych przez tego Wykonawcę do objęcia stawką podatku VAT 23%, wskazuje na wystąpienie rażąco niskiej ceny/kosztu w odniesieniu do istotnej części zamówienia, tj. w odniesieniu do robót niezbędnych do objęcia stawką podatku VAT 23% w ramach realizacji zadania inwestycyjnego.

W ocenie Odwołującego za wykluczające badanie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych nie mogą być uznane kalkulacje własne przygotowane przez wskazanego Wykonawcę, czy też takie okoliczności, że realizacja zamówienia odbywać się będzie w formule „zaprojektuj - buduj”, ostateczna dokumentacja projektowa nie jest jeszcze opracowana, Zamawiający wymagał podania jednej ceny ofertowej, a wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę GRAND A. G. nie wyjaśniają zastrzeżeń dot. rażąco niskiej ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych (zwłaszcza w zakresie robót objętych VAT 23%). Wykonawca bazuje na ogólnych twierdzeniach, nie przedstawiając żadnego przełożenia tych twierdzeń na konkretną wycenę robót (zwłaszcza w zakresie robót objętych 23% VAT), ograniczył się praktycznie wyłącznie do własnych kalkulacji. Ponadto zdaniem Odwołującego kalkulacje przedstawiane przez GRAND A. G. (zwłaszcza w zakresie robót objętych 23% VAT) nie odpowiadają realiom rynkowym.

Odwołujący wskazał również, że Wykonawca GRAND A. G. przedstawia w swoich wyjaśnieniach dokumenty, które nie prowadzą do wyjaśnienia zgłoszonych wątpliwości. Dokumenty te często są całkowicie nieprzydatne dla oceny niniejszej sprawy (np. zestawienia ofert czy wartości dot. innych postępowań przetargowych, czy dokumenty z innych realizacji ww. Wykonawcy), a nadto wskazany Wykonawca nawet nie przedstawia żadnego przełożenia wskazanych dokumentów na ceny zaoferowane na konkretne zakresy robót objęte VAT 23% (dot. to w szczególności dokumentów dot. kwestii pracowniczych i zatrudnienia). Również w dołączonej do wyjaśnień prywatnej opinii technicznej opracowanej przez Pana Tomasza Pruchnickiego nie wyjaśnia wątpliwości dot. rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Zwłaszcza wnioski wynikające z prywatnej opinii

złożonej przez Wykonawcę GRAND A. G. nie odnoszą się do przedmiotu stawianych zarzutów, a odnoszą się do wartości całej oferty złożonej przez Wykonawcę GRAND A.G. w postępowaniu, w związku z czym wskazana opinia nie udowadnia prawidłowości przyjętych przez Wykonawcę GRAND A.G. kwot objętych stawką VAT 23%.

Odwołujący zwrócił uwagę na wycenę robót objętych VAT 23%, w tym niską wycenę takich zakresów robót, jak w szczególności roboty z zakresu instalacji elektrycznych i teletechnicznych w obszarze zagospodarowania terenu, budowa budynku kuchni zakładowej i magazynów żywnościowych oraz budowa murów zewnętrznych i wewnętrznych, które zostały wycenione na kwoty całkowicie nieodpowiadające realiom rynkowym, a przy tym na kwoty znacznie niższe niż wynikające z aktualnych realiów rynkowych. W ocenie Odwołującego wskazane elementy robót nie są możliwe do wykonania za kwoty wskazane przez Wykonawcę GRAND A. G.. Odwołujący wskazał, że Wykonawca GRAND A. G. stosuje w przedstawianych wycenach analogie, które dla konkretnych zakresów robót nie mają podstaw do zastosowania. To także skutkuje w praktyce nieuprawnionym zaniżeniem wartości robót objętych VAT 23%.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że Wykonawca GRAND A. G. nie przedstawił w zasadzie żadnej szczegółowej kalkulacji swoich cen za poszczególne obiekty i roboty z wyjątkiem kosztorysu uproszczonego na technologię kotłowni i kilkoma ofertami na sprzęt i urządzenia. Udowadnianie poprawności swojej kalkulacji oparł na porównaniu do kosztów wykonania obiektów publikowanych przez wydawnictwo Sekocenbud.

Jako przykład Odwołujący wskazał budynek kuchni zakładowej oraz magazynów żywnościowych, który został porównany do budynku piekarni (biuletyn BCO nr 1251-302 3kw 2022r.), pomimo ich oczywistej odmienności.

Nie zasługuje przy tym na aprobatę, zdaniem Odwołującego, sugerowanie przez Przystępującego, że cena globalna pozwala mu na wykonanie przedmiotu zamówienia, albowiem takie rozumowanie oznacza potencjalne przesuwanie środków z robót objętych VAT 8% na pokrycie niedoborów wynikających z zaniżonej ceny robót objętych VAT 23% - co więcej, takie działanie w istocie potwierdza wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że każdy z podmiotów, które złożyły ofertę w niniejszym postępowaniu przetargowym, składał oferty i realizował lub realizuje zadania inwestycyjne dot. zakładów penitencjarnych. W szczególności także Odwołujący wycenia i realizuje zadania inwestycyjne dot. wskazanych obiektów. Zatem Wykonawca GRAND A. G. nie ma w tej kwestii żadnego doświadczenia wyjątkowego w odniesieniu do innych wykonawców (w tym Odwołującego), które dawałoby mu jakąkolwiek realną czy dodatkową przewagę.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 21 lutego 2023 r., (sygn. akt KIO 318/23) wezwał Wykonawcę GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych, w celu wykazania, że oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w wezwaniu poinformował wykonawcę, że zgodnie z nakazem Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w wyroku z dnia 21 lutego 2023 r., KIO 318/23, w złożonych wyjaśnieniach i dowodach Wykonawca GRAND powinien wyodrębnić wszystkie elementy kosztorysowe oferty dla poszczególnych zakresów robót niezbędnych do wykonania zadania inwestycyjnego w ramach postępowania, z rozdziałem na prace objęte stawką podatku od towarów i usług 8% i 23% w taki sposób, aby możliwe było dokonanie oceny realności wyceny i możliwości wykonania prac innych niż dotyczące budynku/pawilonu mieszkalnego objętych stawką 8% podatku od towarów i usług zgodnie z wymaganiami SWZ i wynikającymi z odrębnych przepisów, a także ewentualnie oceny, czy doszło do nieuprawnionego zawyżenia wyceny elementów oferty Wykonawcy odnoszących się do pawilonu mieszkalnego objętych stawką podatku od towarów i usług 8% oraz nieuprawnionego zaniżenia wyceny pozostałych elementów kosztorysu - objętych stawką podatku od towarów i usług 23% w sposób, który powoduje, że są one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia - powodując niemożliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentów zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający poinformował również Wykonawcę GRAND, że jego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, mogą dotyczyć w szczególności okoliczności wskazanych w art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz że wykonawca GRAND może w wyjaśnieniach podać również inne niż żądał Zamawiający, obiektywne czynniki oraz złożyć inne, niż żądał Zamawiający, dowody mające wpływ na zaoferowaną (wyliczoną) cenę lub jej istotne części składowe.

W terminie określonym w wezwaniu Przystępujący złożył wymagane wyjaśnienia i dowody. Na podstawie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień i dowodów Zamawiający uznał, że zaoferowana przez Przystępującego cena i jej istotne elementy składowe, w tym roboty objęte stawką podatku VAT 23%, nie są rażąco niskie i oferta Przystępujący nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z następujących powodów:

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący złożył wyjaśnienia i dowody dotyczące:

- 1) wyjaśnienia dotyczące wyliczenia zaoferowanej ceny i jej elementów składowych,
- 2) wyliczenia dotyczące zaoferowanej ceny i jej elementów składowych:
 - a) Załącznik nr 1 - Szczegółowa kalkulacja ceny,
 - b) Załącznik nr 2 - Kosztorys robót objętych stawką VAT 8 %,
 - c) Załącznik nr 3 - Kosztorys robót objętych stawką VAT 23 %,
 - d) Załącznik nr 4 - Dokumenty źródłowe dotyczące kosztorysu robót objętych stawką VAT 8%
 - e) Załącznik nr 5 - Dokumenty źródłowe dotyczące kosztorysu robót objętych stawką VAT 23%
 - f) Załącznik nr 6 - Wyciąg z broszur „Sekocenbud”,
 - g) Załącznik nr 7 - Opinia biegłego,
- 3) wyliczenia ceny i jej elementów składowych w zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych:
 - a) listę pracowników budowlanych,
 - b) szczegółową listę płac za okres 01.09.2022 r.-30.09.2022 r.,
 - c) szczegółową listę płac za okres 01.02.2023 r.-28.02.2023 r.,
 - d) przykładowe umowy o pracę.

Ze względu na występowanie w przedmiocie zamówienia robót objętych stawkami podatku VAT 8% i 23%, Przystępujący w sporządzonej kalkulacji wyodrębnił wartości poszczególnych robót oraz przyporządkowano właściwą stawkę podatku VAT dla danej kategorii robót.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż nie odrzucił oferty Przystępującego z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji zdaniem Odwołującego miała być manipulacja ceną. Odwołujący wskazywał na okoliczność, że w jego ocenie, Przystępujący zawyżył wartość prac objętych stawką podatku VAT 8% i zaniżył wartość prac objętych stawką VAT 23%. Nie wykazał jednak prawdziwości powyższej tezy. Odwołujący nie wyjaśnił bowiem, na czym dokładnie miałyby polegać ta manipulacja i nie wykazał, aby została dokonana.

Odwołujący swoje tezy oparł na stworzonej przez siebie symulacji, którą przedstawił w treści odwołania. Dokonał podziału cen w ofertach wykonawców, pomimo iż taki podział nie wynikał z ofert żadnego z tych wykonawców.

Nadto Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy przedstawią w ofercie cenę brutto za realizację przedmiotu zamówienia, bez konieczności podziału tej ceny na inne składniki. Przystępujący na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia, w tym również kalkulację kosztów, podział prac i kosztów objętych stawką podatku VAT 8% oraz stawką podatku VAT

23%. Odwołujący nie zakwestionował poprawności jakiejkolwiek kalkulacji. Nie wykazał również rażąco niskiej ceny.

W niniejszej sprawie istotne znaczenie miały istotne okoliczności obiektywne, które Odwołujący pomijał, forsując własny punkt widzenia, oparty na własnych kalkulacjach. Zamawiający w postępowaniu (w umowie) przyjął formę wynagrodzenia ryczałtowego. Konsekwencją przyjęcia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia jest brak po stronie wykonawcy obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe. To wykonawca określa cenę całkowitą, która powinna pokrywać wszystkie koszty realizacji zamówienia, w tym zapewniać pokrycie zobowiązań podatkowych wynikających z realizacji zamówienia. W niniejszym postępowaniu (na co również powołał się Odwołujący w treści odwołania) cena zaoferowana przez Odwołującego jest wyższa o pół miliona złotych od ceny szacunkowej Zamawiającego. Już choćby na podstawie tej okoliczności należy stwierdzić, że wywody Odwołującego o rażąco niskiej cenie w ofercie Przystępującego, czy o braku możliwości pokrycia wszelkich kosztów, w tym o braku zapewnienia pokrycia należności podatkowych, należy uznać za niezasadne.

W tym także kontekście znaczenie ma fakt, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego tylko o 3,35%. Trudno w takiej sytuacji uznać, aby to cena zaoferowana przez Przystępującego nie zapewniała pokrycia wszystkich wymaganych kosztów i aby wysokość tej ceny miała stanowić wynik manipulacji, czy stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponadto konsekwencją ryczałtowego charakteru wynagrodzenia jest brak po stronie wykonawcy obowiązku przedstawiania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe, nawet w toku wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący domagał się uznania, że prawidłowym byłoby, aby Przystępujący sporządził szczegółową kalkulację ceny. Jednak z treści odpowiedzi na pytania wykonawców, udzielonych przez Zamawiającego wynikało wprost, że Zamawiający nie żąda przedstawienia szczegółowej kalkulacji już na etapie składania ofert. Co więcej, na etapie poprzedzającym składanie ofert, wykonawcy zwracali uwagę Zamawiającego na okoliczność, że ponieważ zamówienie będzie realizowane w trybie zaprojektuj i wybuduj, to w pierwszej kolejności należy wykonać prace projektowe i dopiero po zakończeniu prac projektowych będzie możliwe przygotowanie i przedłożenie kosztorysu inwestycji, ponieważ kosztorys musi opierać się na konkretnych rozwiązaniach technicznych przyjętych w dokumentacji projektowej. W pytaniu nr 76 jeden z wykonawców wskazał, że: „Wykonawca wnosi o zmianę treści § 5 ust.1 pkt 1 oraz § 17 ust. 4 projektu umowy poprzez wskazanie, że kosztorys inwestycji zostanie przedstawiony wraz z dokumentacją techniczną i wykonawcą w terminie określonym w harmonogramie rzeczowo – finansowym. Wykonawca podnosi, że

zamówienie będzie realizowane w trybie zaprojektuj i wybuduj, co sprawia, że w pierwszej kolejności należy wykonać prace projektowe. Dopiero po zakończeniu prac projektowych będzie możliwe przygotowanie i przedłożenie kosztorysu inwestycji, ponieważ kosztorys musi opierać się na konkretnych rozwiązaniach technicznych przyjętych w dokumentacji projektowej – SWZ § 1 ust. 5 pkt 2). W związku z powyższym nie jest obiektywnie możliwe złożenie kosztorysu w terminie 3 dni od zawarcia umowy. (...)” Zamawiający w odpowiedzi dokonał zmiany projektu umowy w ten sposób, że dopuścił, aby kosztorys do czasu odebrania przez Zamawiającego dokumentacji wykonawczej miał formę skróconą i ogólną w odniesieniu do robót budowlanych.

Powyzsze w ocenie Izby potwierdza, że tworzenie szczegółowej kalkulacji na etapie składania ofert, czy tak jak domagał się tego Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego na etapie badania i oceny oferty, było bezcelowe i bezpodstawne. Taki wniosek wynika z określenia rodzaju zamówienia – zaprojektuj i wybuduj, czego konsekwencją jest brak na etapie składania ofert wiążącej, ostatecznej dokumentacji projektowej. W sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, na etapie składania ofert brak było przedmiaru robót budowlanych, a w konsekwencji (również w oparciu o powyżej przytoczone pytanie nr 76 i odpowiedź Zamawiającego) nie istniał obowiązek złożenia wraz z ofertą szczegółowej kalkulacji ceny, tj. szczegółowego kosztorysu ofertowego, ani szczegółowych kosztorysów ofertowych.

Zamawiający wymagał podania w ofercie tylko ceny brutto i nie żądał odrębnych wycen dla prac projektowych, robót objętych stawką podatku VAT 8% oraz robót objętych stawką podatku VAT 23%.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący nie wykazał, aby cena zaoferowana przez Przystępującego była rażąco niska.

Jak wskazano powyżej, Przystępujący załączył kalkulację własną. Odwołujący nie wykazał, aby była nieprawidłowa, nie zawierała wymaganych elementów. Sporządzone przez Przystępującego kosztorysy zostały oparte na dostępnych cennikach robót budowlanych publikowanych w wydawnictwie „Sekocenbud”. Przystępujący złożył również wyciągi z broszur wydawnictwa „Sekocenbud”, przedstawiające składowe dostępne w cennikach stawek jednostkowych oraz sposób określenia cen jednostkowych. Ponadto Przystępujący przyjął zysk średnio na poziomie 4% wartości robót, który, jak wskazał, został skalkulowany w oparciu o średnie ceny ogólnopolskie. Przystępujący do wyjaśnień załączył również opinię sporządzoną w okresie od 22.02.2023 r. do 10.03.2023 r. przez Tomasza Pruchnickiego, specjalistę w zakresie budownictwa ogólnego z listy małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Krakowie (załącznik nr 7 do wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego). We wnioskach opinii wskazano, że: „Oferent sporządzając swoją ofertę

dochował staranności w wyliczeniach i przyjętych podstawach katalogowych w odniesieniu do PFU Zamawiającego.

Wyliczona cena odzwierciedla rzeczywisty poziom kosztów R+M+S oraz planowanego zysku do wykonania rzeczowego planowanych robót budowlanych. Za oferowaną cenę Oferent (Wykonawca) jest w stanie wykonać zadanie w standardach określonych w PFU.

W okresie związania z ofertą ceny pozostały na tym samym poziomie wykazując nieznaczne wahnięcia w sporadycznych grupach materiałowych co nie przekładało się na wzrosty wskaźników.

Wyliczenia ceny ofertowej z należnymi podatkami VAT należy uznać za poprawnie przeprowadzone.

Oferowana cena za wykonanie całości zadania jest adekwatna do planowanych kosztów przedsięwzięcia oraz planowanego zysku”.

Powyższa opinia jednoznacznie potwierdza prawidłowość obliczeń i realność ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Odwołujący w trakcie rozprawy przedstawił własne obliczenie kosztów prac objętych stawką VAT 23%. Dodatkowo przedstawił szereg ofert na realizację poszczególnych prac wymienionych i oszacowanych indywidualnie przez Odwołującego, które w jego ocenie miały wskazywać, że to przedstawiona przez niego cena jest prawidłową ceną rynkową, w odróżnieniu od ceny przedstawionej przez Przystępującego. W ocenie Izby, kalkulacja własna Odwołującego wraz z zebranymi przez niego ofertami, nie stanowi dowodu na okoliczność, że kalkulacja Przystępującego jest nieprawidłowa, czy też że ceny zaoferowane przez tego Wykonawcę są nierealne. Może stanowić jedynie dowód na okoliczność, w jaki sposób sam Odwołujący skalkulował wartość prac oraz na jego możliwości handlowe, nie stanowi natomiast jedyne i wyłącznie prawidłowego sposobu wyceny.

W kalkulacji Odwołujący wskazał cenę realizacji dokumentacji projektowej – 784 133,33 zł. Powyższe w ocenie Odwołującego miało stanowić potwierdzenie i dowód na okoliczność, że dokumentacja projektowa nie może zostać wykonana za cenę niższą. Jednocześnie z załącznika nr 3 do opinii przedstawionej przez Odwołującego w trakcie rozprawy, sporządzonej przez firmę Consulting Partner wynika, że wartość dokumentacji projektowej została oszacowana na kwotę 608 956,99 złotych, a zatem znacząco poniżej tej wartości, na jaką wskazywał Odwołujący jako cenę uśrednioną, właściwą dla ceny rynkowej.

Już sam ten fakt pokazuje odmiennność stanowiska samego Odwołującego oraz potwierdza, że brak jest jednej, wiążącej ceny, a możliwe jest uzyskanie różnych stawek, w zależności od możliwości handlowych, czy biznesowych wykonawcy. Powyższa okoliczność wskazuje zatem na fakt, że Przystępujący mógł uzyskać cenę za realizację dokumentacji projektowej niższą niż wskazana w kalkulacji Odwołującego cena 784 133,33 zł.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, cena stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar i usługę. Zatem cena jest wartością względną i zależy od możliwości handlowych wykonawcy. Nie można uznać, że wyłącznie ceny podane przez Odwołującego są bezwzględnie obowiązujące i wyznaczające granice możliwości rynkowych.

Należy również wskazać, że cena rażąco niska jest to taka cena, która ewidentnie, w sposób obiektywnie i powszechnie widoczny jest nierealna (stąd określenie „rażąco” niska). Nie sposób uznać, aby zaoferowane przez Przystępującego ceny w sposób widoczny były nierealne.

Dodatkowo należy zauważyć, że część ofert, jakie złożył w trakcie rozprawy Odwołujący, została oznaczona przez Odwołującego jako: „tajemnica przedsiębiorstwa”. Powyższy fakt potwierdza, że ceny za poszczególne materiały, czy usługi wskazują (jak to wielokrotnie zostało już podkreślone) na możliwości handlowe i biznesowe wykonawcy i mogą być kształtowane i pozyskiwane indywidualnie. A to z kolei oznacza, że przedstawione przez Odwołującego dowody w postaci kalkulacji własnej oraz poszczególnych ofert zebranych przez Odwołującego wskazywać mogą jedynie na jego własne możliwości, nie mogą natomiast stanowić podstawy, czyli dowodu na uznanie cen zaproponowanych przez Przystępującego jako nierealnych, rażąco niskich.

Odwołujący złożył również jako dowód opinię z 07 grudnia 2022 roku, wraz z opinią uzupełniającą z 05 kwietnia 2023 roku oraz załącznikiem zawierającym kosztorysowe wartości robót, wykonane przez firmę Consulting Partner. W ocenie Izby ten dowód również nie potwierdził tezy Odwołującego, jakoby cena zaoferowana przez Przystępującego była nierealna. Przede wszystkim nie jest to opinia podmiotu niezależnego, a jedynie firmy konsultingowej, która przygotowała opinię na zlecenie strony postępowania, co wprost wskazane zostało na pierwszej stronie opinii. Już z tego powodu opinia nie może zostać uznana za obiektywny, a zatem wiarygodny dowód. Opinia zawiera kalkulacje indywidualne, co nie oznacza, że nie jest możliwe uzyskanie innych cen przez innego wykonawcę. Ponadto we wnioskach końcowych opinii wskazano, że prawidłową ceną za realizację zamówienia byłaby kwota netto: 37 572 604 zł (brutto: 43 014 685,56 zł). Powyższe oznacza, że w świetle opinii nawet cena zaoferowana przez Odwołującego (netto: 35 784 000 zł, brutto: 40 819 320,00 zł) powinna zostać uznana za cenę rażąco niską, lub zawierającą nieprawidłowości w obliczeniach, co z pewnością nie jest zgodne z tezą samego Odwołującego.

Ponadto Przystępujący zwrócił uwagę, że dokonana przez firmę konsultingową kalkulacja kosztorysowa, przedstawiona przez Odwołującego, jest obciążona błędami. Jak wyjaśnił

Odwołujący, w pozycji poz. 842 i nast. złożonego na rozprawie przez Odwołującego kosztorysu, przyjęło realizację kotłowni olejowej za kwotę 790 000 zł, podczas gdy PFU w dokumentacji Zamawiającego opisuje kotłownię gazową, której wartość może wynosić 180 000 zł. Okoliczności tej nie zaprzeczył Odwołujący. Ponadto w ramach budynku kuchni w dokumentacji Zamawiającego została przewidziana realizacja piwnicy i parteru, zaś Odwołujący dodał dodatkowe prace, które nie wynikają z dokumentacji Zamawiającego, a generują dodatkowe koszty w ramach dodatkowo przewidzianej przez Odwołującego kondygnacji. Oznacza to, że kalkulacja stanowiąca załącznik do opinii zawiera dodatkowe elementy, a zatem koszty, które zawyżają wartość realizacji zamówienia szacowaną przez Odwołującego. Powyższe wskazuje na nieprawidłowość i niewiarygodność tej opinii, a zatem na nieprzydatność do wykazania tezy stawianej przez Odwołującego, a zatem do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest niewiarygodna, czyli rażąco niska.

Odwołujący wskazywał na okoliczność, że Przystępujący w swojej kalkulacji przyjął dla wyceny jako analogię pomieszczenie piekarni dla wykonania pomieszczenia kuchni. W ocenie Odwołującego, przyjęcie takiej analogii jest nieprawidłowe z uwagi na okoliczność, że są to zupełnie różne pomieszczenia, zarówno pod względem powierzchni, jak również wyposażenia. W tym zakresie Przystępujący wskazał, że przyjęta przez niego analogia dotyczy jedynie pomieszczenia, z uwagi na okoliczność specyficznego pomieszczenia stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia. Wyjaśnił, że wprawdzie pomieszczenia kuchni i piekarni nie są tożsame, jednakże są porównywalne, tzn. pewne ich cechy, takie jak chociażby powierzchnia użytkowa, są zbieżne. Na tym właśnie polega przyjęcie analogii. Przystępujący przedstawił (w ramach składanych wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego) ofertę podmiotu MM Gastro z 27 września 2022 roku na wyposażenie pomieszczenia kuchni (załącznik nr 5 do wyjaśnień) na kwotę 800 000 zł netto, 984 000 zł brutto, która, jak wskazał Przystępujący, pod względem ceny jest zbieżna z wyliczeniami w kalkulacji indywidualnej przedstawionej przez Odwołującego w trakcie rozprawy (kwota 800 000 zł netto). Zatem również ta okoliczność wskazuje, że Odwołujący nie wykazał nierealnej wartości ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Natomiast sam fakt, że Przystępujący przyjął dla kalkulacji pomieszczenie podobne, takie jak piekarnia, nie oznacza automatycznie, że zaoferowana cena nie jest realna. Należy wskazać, że również Odwołujący w przedstawionym przez siebie w ramach dowodu kosztorysie na realizację kuchni ZK Hrubieszów kilkakrotnie (w kolumnie 2) powoływał się na analogie (przykładowo pozycje: 98, 99, 114). Zatem nie jest niczym nadzwyczajnym przyjmowanie do wyceny pewnych analogii.

Przystępujący załączył również jako dowody wyliczenia ceny i jej elementów składowych w zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych:

- a) listę pracowników budowlanych,
- b) szczegółową listę płac za okres 01.09.2022 r. - 30.09.2022 r.,
- c) szczegółową listę płac za okres 01.02.2023 r. - 28.02.2023 r.,
- d) przykładowe umowy o pracę.

Również Odwołujący przyznał w trakcie rozprawy z udziałem stron, że stawka wynagrodzenia jaką przewiduje Przystępujący, przekracza stawki przewidziane przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Okoliczność że Przystępujący nie przedstawił obliczeń ceny w taki sposób, w jaki oczekiwaby tego Odwołujący nie oznacza automatycznie, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest nierealna.

W konsekwencji należało stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów i nie wykazał, że oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze 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, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Odwołujący w ogóle nie wskazał, który konkretnie czyn miał naruszyć Przystępujący i nie wykazał spełnienia przesłanek któregośkolwiek z powyżej zacytowanych artykułów.

Odwołujący nie wykazał również zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie ze wskazanym artykułem, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał także zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, bowiem Odwołujący nie wykazał prawdziwości naruszeń wskazanych powyżej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 5 pkt 2 b), § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: