

Sygn. akt: KIO 1844/14

**WYROK**

**z dnia 24 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Członkowie: **Izabela Kuciak**

**Emil Kuriata**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: „N.R.” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA” Sp. z o.o., ul. Kopcińskiego 56, 90-032 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/19, 00-508 Warszawa**

przy udziale:

**A. wykonawcy D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PARTNER D. A., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**B. wykonawcy SITA Polska Sp. z o.o., ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: „N.R.” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA” Sp. z o.o., ul. Kopcińskiego 56, 90-032 Łódź** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący :** .....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic m.st. Warszawy w sezonie zimowym i letnim w latach 2014 – 2017 – Etap II. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 maja 2014 r. pod pozycją 2014/S 089-155477.

W dniu 8 września 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: „N.R.” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Usług Ogrodniczych „FLORA” Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert w części XII. Odwołujący stwierdził, iż czynności zamawiającego doprowadziły do nieprawidłowego uznania, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji do odrzucenia oferty odwołującego w części XII zamówienia pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy pomimo, że nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy pomimo, że jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego zawartym w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, że fakt uznania przez zamawiającego, że niektóre tylko ceny jednostkowe zaoferowane przez odwołującego noszą znamiona rażąco niskiej ceny jednostkowej pozwala na uznanie, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz że podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że z opisu sposobu

obliczania ceny wskazanego przez zamawiającego w Części IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika obowiązek przyporządkowania poszczególnym cenom jednostkowym odpowiadających im faktycznych kosztów i zysku - zamawiający pozostawił w tym względzie dowolność wykonawcy. Wykonawca natomiast, jako profesjonalista w swojej dziedzinie, winien tak skalkulować cenę oferty, aby zagwarantować zamawiającemu prawidłową realizację przedmiotu zamówienia oraz pokryć wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, a także osiągnąć zysk.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z ustaloną wykładnią literalną art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp znajdującą oparcie w orzecznictwie, w ramach oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę cały przedmiot zamówienia, który może składać się z kilku jednostkowych elementów. W związku z powyższym, jeżeli przedmiot zamówienia obejmuje kilka elementów, to o rażąco niskiej cenie w odniesieniu do oferty danego wykonawcy można mówić wyłącznie wtedy, gdy taki charakter będzie miała cena zaoferowana za całość świadczenia objętego zamówieniem. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w przedmiotowym stanie faktycznym przedmiot zamówienia stanowi całoroczne kompleksowe utrzymanie - oczyszczanie jezdni ulic m.st. Warszawy, które realizowane jest w podziale na sezon zimowy trwający od 15 października do 14 kwietnia, oraz sezon letni trwający od 15 kwietnia do 14 października. Zamawiający we wzorze umowy zastrzegł sobie prawo do zmiany trwania okresu poszczególnych sezonów (w przypadku zmiany warunków atmosferycznych) z zachowaniem 24 godzinnego wyprzedzenia. W związku z powyższym, jak zauważył odwołujący, przedmiot zamówienia nie jest usługą, w ramach której ilości poszczególnych rodzajów prac określonych przez zamawiającego w kosztorysie będą stałe i nie będą ulegać zmianie. W konsekwencji, wykonawca przy kształtowaniu ceny oferty musi poczynić założenia uwzględniające pokrycie wszelkich kosztów, zysk oraz ryzyko związane z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia uzależnionych od nieprzewidywalnych warunków atmosferycznych.

Ponadto odwołujący zauważył, iż sposób konstruowania ceny oferty przez poszczególnych wykonawców kształtują indywidualne i niepowtarzalne czynniki, poszczególni wykonawcy kierują się własną strategią w prowadzeniu działalności gospodarczej oraz innymi kryteriami w obliczaniu zysku i rentowności zamówienia. Różne są też koszty, jakie ponoszą - te czynniki, które dla małej firmy nakierowanej na wyłącznie jeden rodzaj działalności gospodarczej mogą mieć istotne znaczenie, dla firmy działającej w różnorodnych dziedzinach gospodarki, realizującej kilkanaście kontraktów jednocześnie, jaką jest odwołujący, może mieć znaczenie marginalne. Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający nie może oczekiwać, że każdy wykonawca będzie kształtował ofertę zgodnie z jakimś wirtualnym, uniwersalnym wzorcem nie wyartykułowanym w treści

specyfikacji.

Odwołujący podkreślił, że w piśmie z dnia 8 sierpnia 2014r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ustawy Pzp, wyczerpująco przedstawił proces kalkulacji złożonej oferty poparty kalkulacjami, dowodami oraz wykazał, że z jego punktu widzenia tak ukształtowana cena pozwoli odwołującemu zrealizować przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę przy założeniu nie tylko pokrycia poniesionych nakładów (kosztów), ale także osiągnięcia zysku. Odwołujący zaznaczył też, że obecnie prawidłowo realizuje na rzecz zamawiającego kontrakt, w którym ceny jednostkowe za posypywanie chlorkiem sodu wynoszą 1 zł brutto.

Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność, iż zamawiający ograniczył się wyłącznie do analizy cen sezonu zimowego, pomijając całkowicie ceny jednostkowe z sezonu letniego, pomimo tego, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jasno wskazał, że w przypadku, gdy będą występować temperatury powyżej 0°C wykonawca w sezonie zimowym zobowiązany jest do zamykania - wykonywania czynności z oczyszczania letniego. Przedmiotem zamówienia jest więc kompleksowe utrzymanie jezdni (jak wskazuje zarówno nazwa zadania jak i opis przedmiotu zamówienia), a nie poszczególne jednorazowe wyjazdy.

Odnosząc się do odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż zamawiający nie wskazał, jakie konkretnie przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 150 ze zm.) odwołujący naruszył. Taki stan rzeczy powoduje, zdaniem odwołującego, że naruszone są podstawowe uprawnienia odwołującego do kontroli formalno-prawnej decyzji zamawiającego - skoro bowiem odwołujący nie poznał skonkretyzowanych w oparciu o ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zarzutów, jakie kieruje do niego zamawiający, nie ma on możliwości skutecznej obrony.

Ponadto, odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, iż oferta odwołującego zawiera również ceny jednostkowe rażąco wygórowane w stosunku do cen jednostkowych zaproponowanych przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, co, zdaniem zamawiającego, podyktowane jest chęcią wyeliminowania konkurencyjnych wykonawców z rynku. Odwołujący wskazał, że specyfika przedmiotu zamówienia oraz wymagania określone w specyfikacji spowodowały, że odwołujący tak skonstruował swoją ofertę, aby zgodnie z zasadami ekonomii zagwarantować pokrycie wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym także tych, za które zamawiający bezpośrednio nie płaci, tj. przygotowania sprzętu do akcji zima (nośników, posypywarek, pługów), zgromadzenia

i odpowiedniego przechowywania zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz przepisami prawa określonej ilości środków uszarstwiających (które mogą być wykorzystane tylko w sezonie zimowym), pozostawania w gotowości w sezonie zimowym, prac zakończeniowych itp.

Odwołujący stwierdził, że twierdzenie zamawiającego, że ceny jednostkowe odwołującego za prace, które są najczęściej wykonywane są rażąco wygórowane w stosunku do cen jednostkowych pozostałych wykonawców, jest niezgodny ze stanem faktycznym również dlatego, że cena jednostkowa „za 1 km pasa posypywania chlorkiem sodu” (poz. Nr 1 kosztorysu), która realizowana jest najczęściej (średnio w ostatnich 3 latach 26 wyjazdów w skali sezonu) i której ilości akcji zamawiający przewidział najwięcej (15 wyjazdów w sezonie), nie odbiega od cen jednostkowych innych oferentów złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Taki stan rzecz potwierdza, w opinii odwołującego, że zamawiający badając cenę za „1 km pasa posypywania mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia” wybiórczo przedstawił ceny jednostkowe, ograniczył się bowiem jedynie do cen, które potwierdzić miały jego stanowisko, pomijając całkowicie ceny z innych rejonów, w tym np. ceny zaoferowane przez MPO Warszawa w wysokości 2 431,67 zł brutto za 1 km, wobec którego to wykonawcy zamawiający nie sformułował zarzutu złożenia oferty z cenami rażąco wygórowanymi. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie odniósł się do cen z sezonu letniego, które w przypadku sprzyjającej aury mogą być wykonywane zamiennie także w sezonie zimowym. W tym przypadku wykonawcom, których oferty są zdecydowanie wyższe niż ceny jednostkowe odwołującego zamawiający nie postawił zarzutu cen jednostkowych rażąco niskich lub rażąco wygórowanych. Takie zachowanie zamawiającego, w ocenie odwołującego, w jawny sposób narusza również zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że każdy z wykonawców różnie, według własnej strategii rozkłada koszty oraz ryzyko związane z wykonywaniem całego zamówienia, które ze względu na swoją specyfikę silnie uzależnione jest od czynnika nieprzewidywalnego - warunków atmosferycznych. Różnice między cenami jednostkowymi poszczególnych oferentów należy więc traktować wyłącznie jako naturalny objaw konkurencji, nie zaś manipulowanie cenami w celu uzyskania zamówienia i eliminacji konkurencji z rynku.

Odwołujący nie zgodził się również ze stanowiskiem zamawiającego, że odwołujący zróżnicował swoje ceny jednostkowe w taki sposób, by nie tylko uzyskać zamówienie, ale także wyeliminować konkurencję z udziału w rynku. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie przyznawał oddzielnie punktacji w kryterium cena za poszczególne prace wymienione w kosztorysie. Ocenie w kryterium podlegała jedynie cena globalna.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie udowodnił, że działanie odwołującego było nakierowane na eliminację konkurencji z rynku poprzez utrudnianie im dostępu do rynku. Odwołujący zaznaczył, że na podmiocie formułującym zarzut naruszenia przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji spoczywa ciężar dowodowy.

Odwołujący przywołał stanowisko Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 listopada 2010 r. (sygn. akt ACa 688/00), gdzie wskazano, że „Nie każde zachowanie naruszające dobre obyczaje (...) może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dyspozycję tego przepisu objęte są bowiem tylko te czyny sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes przedsiębiorcy, przy czym nie należy zapominać o tym, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej (art. 1 ustawy), co oznacza, iż przepisy tej ustawy znajdują zastosowanie między konkurującymi ze sobą na rynku przedsiębiorcami.”. Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca, zgodnie z warunkami postawionymi przez zamawiającego w specyfikacji, mógł złożyć ofertę maksymalnie na 2 z 7 części zamówienia. W związku z powyższym, trudno mówić o tym, że odwołujący utrudnia konkurencji dostęp do rynku, skoro mógł złożyć ofertę tylko na ograniczony zakres objęty postępowaniem. Odwołujący składając ofertę tylko na 2 części nie uzyskuje poprzez swoje działanie takiej przewagi nad swoimi konkurentami w sferze gospodarczej, by wyeliminować ich z rynku. Jak stwierdził odwołujący, trudno jest uznać, że działanie odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji, skoro o uzyskanie zamówienia publicznego samodzielnie lub w konsorcjach ubiegało się 27 przedsiębiorców, którzy łącznie złożyli 21 ofert; zamawiający nie przedstawił przy tym żadnych dowodów, które jednoznacznie potwierdzałyby, że odwołujący dąży do zdobycia dominującej pozycji na rynku, a jego działanie nakierowane jest na eliminację konkurencji. Nadto, jak zauważył odwołujący, aby działanie przedsiębiorcy uznać za czyn, który sankcjonuje ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, muszą zostać spełnione kumulatywnie dwie przesłanki wymienione w art. 3 ww. ustawy, tj. zachowanie przedsiębiorcy musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy. Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zaistnienia żadnej z powyższych przesłanek.

Zdaniem odwołującego, domniemanie przez zamawiającego naruszenia przez odwołującego jego uzasadnionego interesu ekonomicznego nie może stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, czyli dotyczy jedynie działania między przedsiębiorcami

mogącymi konkurować na rynku. W tym stanie rzeczy nie można interesu zamawiającego, który nie jest konkurencją dla odwołującego, utożsamiać z interesem innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części XII postępowania z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

W dniu 22 września 2014 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę odwołującego, wyjaśnienia odwołującego z dnia 8 sierpnia 2014 r., jak również stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Zgodnie z postanowieniami Części II pkt 2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakres zamówienia obejmuje oczyszczanie zimowe jezdni, tj. zapobieganie i likwidowanie śliskości zimowej poprzez posypywanie i płużenie jezdni ulic o kategorii drogi krajowej, wojewódzkiej, powiatowej i gminnej, po których kursuje miejska komunikacja zbiorowa oraz oczyszczanie letnie, tj. zamiatanie i zmywanie jezdni ulic o kategorii drogi krajowej, wojewódzkiej i powiatowej.



Izba ustaliła, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego był art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 28 sierpnia 2014 r. zamawiający podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu ceny jednostkowe wskazane przez wykonawców w formularzu ofertowym nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac, stanowiących jeden z niezależnych elementów przedmiotu zamówienia. Zamawiający zauważył, iż odwołujący określił ceny za wykonanie części prac, tj. za 1 km pasa płuzenia, za 1 km pasa posypywania chlorkiem sodu w trakcie płuzenia, za 1 km pasa posypywania mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia w trakcie płuzenia, za 1 km posypywania kruszywem – w wysokości 1,05 zł za każdy z ww. rodzajów prac, w tym za wykonanie 25 podstawowych działań ceny bez upustu, które uzasadniały prawdopodobieństwo, iż ich realizacja po tych stawkach nie będzie możliwa. Zamawiający przywołał treść złożonych przez odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień wskazując, iż odwołujący przyznał, iż ceny jednostkowe za powyższe prace nie są skalkulowane na poziomie rentowności, ponieważ wykonawca brał pod uwagę globalny koszt realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z wykładnią, iż cena rażąco niska może mieć miejsce jedynie w przypadku ceny za całość świadczenia. Zamawiający zauważył również, iż w wyjaśnieniach odwołujący oświadczył, iż część cen jednostkowych (za 1 km pasa posypywania chlorkiem sodu i za 1 km pasa posypywania mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia) została ukształtowana na poziomie znacznie przekraczającym poziom cen oferowanych przez konkurencję, w związku z czym wykonawca kompleksowo będzie miał zapewniony godziwy zysk.

W ocenie zamawiającego, odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, że jest w stanie zrealizować wskazane prace, tj. płuzenie oraz płuzenie z jednoczesnym posypywaniem jezdni środkami chemicznymi, po cenach jednostkowych wskazanych w ofercie. W związku z powyższym zamawiający uznał, że ceny jednostkowe, które są w przedmiotowym postępowaniu cenami samodzielnymi za wykonanie wyodrębnionych prac, są cenami rażąco niskimi. Pomimo tego, że łączna cena oferty nie odbiega znacząco od poziomu cen innych wykonawców, zastosowany przez wykonawcę sposób kalkulacji cen jednostkowych prowadzi, zdaniem zamawiającego, do wniosku, iż wykonawca nie będzie w stanie zrealizować poszczególnych prac po zaoferowanych stawkach.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż w wyniku zaoferowania za powyższe prace cen rażąco niskich, odwołujący, zachowując zbliżony do innych ofert poziom ceny łącznej oferty – w innych pracach jednostkowych zastosował ceny rażąco wygórowane, znacznie odbiegające swoim poziomem od analogicznych cen jednostkowych oferowanych przez innych wykonawców i od szacunków zamawiającego. Jak zauważył zamawiający,

szczególnie wysokie ceny jednostkowe odwołujący zaoferował za prace, które są najczęściej realizowane. W związku z tym, pozornie zachowując konkurencyjność złożonej oferty (cena łączna jest bowiem zbliżona do poziomu innych cen), w wyniku niedozwolonej manipulacji cenami jednostkowymi oferta w wymiarze ekonomicznym jest rażąco wysoka. Zamawiający podkreślił, że gdyby odwołujący realizował najczęściej zlecane prace po cenach wskazanych w ofercie, koszt realizacji umowy byłby wielokrotnie wyższy, niż w przypadku ofert innych wykonawców, którzy nie zawyżyli rażąco jednych cen kosztem rażącego zaniżenia innych.

Opisane powyżej działania odwołującego zamawiający uznał za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami dostępu do rynku przez innych wykonawców oraz w sposób naruszający uzasadnione interesy zamawiającego. Zamawiający, w ślad za stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji ma na celu eliminację zachowań uczestników obrotu gospodarczego, które w obiektywnym odczuciu są nieuczciwe, niezgodne z powszechnie przyjętymi regułami postępowania, które w efekcie nieuprawnionych działań powodują naruszenie uczciwej konkurencji oraz wpływają na utrudnienie dostępu do rynku dla konkurentów. W ocenie zamawiającego, zaoferowanie przez odwołującego rażąco niskich cen do części prac umożliwiło manipulowanie cenami za prace najczęściej realizowane przy zachowaniu pozorów konkurencyjności oferty. Akceptacja takiego sposobu działania odwołującego prowadziłaby, zdaniem zamawiającego, do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu, ponieważ odwołujący na skutek niedozwolonego sposobu kształtowania cen uzyskuje znaczną przewagę konkurencyjną. Nawet gdyby łączna cena oferty odwołującego była najniższa ze wszystkich złożonych ofert, w wymiarze ekonomicznym będzie ofertą najdroższą, ponieważ najczęściej realizowane prace są rażąco drogie. Zamawiający uznał zatem, że opisane powyżej działania odwołującego wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze przedstawione stanowiska stron oraz uczestników postępowania Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zarzut ten odwołujący oparł na twierdzeniu, że ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny powinna podlegać wyłącznie cena za cały przedmiot zamówienia, nie ceny jednostkowe.

Izba stwierdziła, iż pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało w ustawie Pzp zdefiniowane i stanowi ono pojęcie subiektywne, które należy odnosić do danego przedmiotu

zamówienia. Za rażąco niską cenę przyjmuje się ofertę, której cena jest nierealna, odbiega od rzeczywistej wartości zamówienia i wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej jego kosztów. Co za tym idzie, badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny powinno być zindywidualizowane, zależne od realiów danego postępowania.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, iż badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny może podlegać wyłącznie cena za cały przedmiot zamówienia. Istotnie, w przedmiotowym postępowaniu kryterium oceny ofert stanowi cena całkowita obliczona według Załącznika nr 1a do formularza oferty. Jednak kalkulacja ceny za całość zamówienia była dokonywana przez wykonawców jedynie na użytek porównania ofert. Jak przyznał sam odwołujący, przedmiot zamówienia nie jest usługą, w ramach której ilości poszczególnych rodzajów prac określonych przez zamawiającego w kosztorysie będą stałe i nie będą ulegać zmianie. Z tego względu zamawiający przewidział, iż wynagrodzenie będzie wypłacane wykonawcy według określonych w ofercie cen jednostkowych (Część IV, pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, § 5 ust. 3 Załącznika nr 5 do specyfikacji Wzór umowy). Zgodnie z postanowieniami specyfikacji, ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia (Część IV, pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna być zostac obliczona w sposób realny, rynkowy. W warunkach przedmiotowego postępowania nieuzasadnione jest stanowisko odwołującego, iż zamawiający nie zobowiązał wykonawców do przyporządkowania poszczególnym cenom jednostkowym odpowiadających im faktycznych kosztów i zysku. Obowiązek ten wynika z przywołanego powyżej postanowienia Części IV pkt 5 specyfikacji. Co więcej, formułowanie przez zamawiającego wymagania, aby cena była realna jest zbędne – obowiązek wykonawcy w tym zakresie nie budzi wątpliwości. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione.

W ocenie Izby, zaoferowane przez odwołującego ceny jednostkowe za pozycje Załącznika nr 1a do formularza oferty za wyjątkiem pozycji 1 i 2 mogły budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego i zasadnie stały się podstawą do wezwania odwołującego do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę. Za prawidłowy Izba uznała również sposób, w jaki zamawiający dokonał wezwania – zamawiający w piśmie z dnia 5 sierpnia 2014 r. w sposób nie budzący wątpliwości wskazał wykonawcy, w jakim zakresie oczekuje wyjaśnień i jakie elementy powinna zawierać przedstawiona kalkulacja.

W wyjaśnieniach udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący nie wykazał realności zaoferowanych cen jednostkowych kwestionowanych przez zamawiającego. Przywoływane przez odwołującego w wyjaśnieniach okoliczności nie

uzasadniają określenia cen na poziomie 1,05 zł. Okoliczność, iż kwestionowane przez zamawiającego ceny jednostkowe dotyczą czynności, które wg doświadczenia odwołującego zlecane są marginalnie nie ma znaczenia dla obowiązku określenia przez wykonawcę rzeczywistych cen. W złożonych wyjaśnieniach odwołujący podkreślał dowolność wykonawcy w kalkulowaniu ceny i wyjaśnił, iż sporządził wycenę dokonując odpowiedniego rozłożenia kosztów na poszczególne ceny jednostkowe co spowodowało, że część cen jednostkowych jest znacznie wyższa od cen jednostkowych konkurencyjnej oferty, a część jest na porównywalnym poziomie. Odwołujący wprost przyznał, że w części pozycji Załącznika nr 1a do formularza oferty ujął większość kosztów.

Celem instytucji wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę jest udowodnienie zamawiającemu, że za daną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia z należytą starannością. Wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny mają z punktu widzenia wykonawcy dużą doniosłość prawną. Wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp statuuje domniemanie zaoferowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej, które wykonawca zobowiązany jest obalić. Bierność wykonawcy w przedmiotowym zakresie powoduje bezwzględną konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę nakłada na wykonawcę, który chce dowieść, że cena oferty została obliczona prawidłowo, obowiązek złożenia odpowiednio umotywowanych wyjaśnień, rozpraszających wątpliwości zamawiającego.

Wyjaśnienia złożone przez odwołującego w żaden sposób nie uzasadniają wyceny wykonania 1 km pasa płuzenia, 1 km pasa posypywania chlorkiem sodu w trakcie płuzenia, 1 km pasa posypywania mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia w trakcie płuzenia czy 1 km pasa posypywania kruszywem na jedynie 1,05 zł. Przyjęcie, że możliwe jest wykonanie ww. usług za cenę określoną przez odwołującego byłoby sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego. Na nierealność oferowanych cen wskazuje wycena 1 km pasa posypywania chlorkiem sodu w trakcie płuzenia na 1,05 zł, podczas gdy 1 km pasa posypywania chlorkiem sodu bez płuzenia odwołujący wycenił na 949,49 zł. Analogicznie rysuje się sytuacja w przypadku wyceny 1 km pasa posypywania mieszanką chlorku sodu z chlorkiem wapnia (1,05 zł w trakcie płuzenia i 3059,47 zł bez płuzenia). W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez odwołującego prowadzą do wniosku, iż odwołujący pozwolił sobie na zupełną dowolność w kształtowaniu cen jednostkowych przenosząc większość kosztów do pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty, tj. do pozycji, które będą najczęściej realizowane, co z uwagi na sposób dokonywania płatności w przedmiotowym zamówieniu nie może się ostać.

Podkreślić należy, że celem art. 90 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z postępowania oferty wykonawcy, który proponuje realizację przedmiotu zamówienia na warunkach nierealnych, niemożliwych do spełnienia. Mając na względzie naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zamawiający nie może dopuścić do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy, którego oferta nie zapewnia jego właściwego wykonania.

W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia udzielone przez odwołującego, jak też zasadnie odrzucił ofertę odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę.

Izba stwierdziła ponadto, iż nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany jest odrzucić oferty spełniające przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Izba uznała, że zamawiający wykazał zaistnienie powyższych okoliczności przez podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący podnosił, iż zamawiający nie powołał się na konkretne przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba stwierdziła, iż w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający nie przywołał co prawda konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak zamawiający opisał zarzucany czyn jako polegający na utrudnianiu w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami dostępu do rynku przez innych wykonawców oraz w sposób naruszający uzasadnione interesy zamawiającego. Zamawiający opisał również na czym polegało działanie odwołującego wyczerpujące znamiona opisanego czynu.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący przypisując poszczególnym usługom inne wartości niż rzeczywiście winny im być przypisane, co zostało stwierdzone powyżej, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dawało mu możliwość uzyskania - pod pozorem niskiej ceny za cały przedmiot zamówienia - wysokiego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Działanie odwołującego nie wypełnia wprost przesłanek żadnego z czynów nieuczciwej konkurencji opisanych w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednak działanie odwołującego należy oceniać w świetle art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego

przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby, przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkutowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczenia ceny - służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen - do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla zamawiającego. Zamawiający zlecając odwołującemu prace z pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty musiałby zapłacić ukrytą w cenie za te pozycje cenę za wykonanie prac z pozostałych pozycji załącznika, co do których nie ma pewności czy i w jakim wymiarze zostaną zlecone w toku realizacji umowy. Jednocześnie, przeniesienie do pozycji 1 i 2 Załącznika nr 1a do formularza oferty kosztów usług z pozostałych pozycji Załącznika nr 1a do formularza oferty pozwoliłoby odwołującemu na uzyskanie znacznie wyższego wynagrodzenia niż uzyskane w sytuacji rzetelnej wyceny poszczególnych usług. Takie działanie nie jest jedynie formalnym przeniesieniem wartości pomiędzy pozycjami, ale ma dla zamawiającego konkretny wymiar finansowy. Takie postępowanie, w ocenie Izby, nie zasługuje na ochronę i oznacza wypełnienie przesłanek z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący :** .....

.....

.....