

**Wyrok**  
**z dnia 4 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04.08.2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2017 r. przez wykonawcę **K. F. - Zakład Usługowo-Handlowy „DROGBUD” K. F., ul. Golcowa 89, 36-231 Golcowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Brzozów, ul. Moniuszki 25, 36-200 Brzozów**

**orzeka**

1. uwzględnia odwołanie i:
  - 1.1. nakazuje zamawiającemu **Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Brzozów, ul. Moniuszki 25, 36-200 Brzozów** dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy TERRA MOTA Sp. z o.o., ul. Bardiowska 3, 38-300 Gorlice oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert
2. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego **K. F. - Zakład Usługowo-Handlowy „DROGBUD” K. F., ul. Golcowa 89, 36-231 Golcowa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.1 zasądza od zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Brzozów, ul. Moniuszki 25, 36-200 Brzozów** na rzecz odwołującego kwotę 14 372,10 zł (czternaście tysięcy trzysta siedemdziesiąt dwa złotych, dziesięć groszy) tytułem zwrotu kosztu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika, opłat skarbowych i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Krośnie**.

Przewodniczący: .....

**UZASADNIENIE**

Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Brzozów, ul. Moniuszki 25, 36-200 Brzozów, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa drogi leśnej Sanok ul. Gajowa”, nr sprawy SA.270.1.4.2017.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r poz. 2164 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczących robót budowlanych. Odwołanie zostało wniesione od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu (art. 180 ust.2 pkt 6 Pzp).

W dniu 20 lipca 2017 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą została uznana oferta wykonawcy TERRA MOTA Sp. z o.o., ul. Bardiowska 3, 38-300 Gorlice.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Zakład Usługowo-Handlowy „DROGBUD” K. F. ul. Golcowa 89, 36-231 Golcowa, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie wykazania przez tego Wykonawcę (tj. Terra Mota Sp. z o.o.) posiadania niezbędnych zdolności technicznych i zawodowych;
3. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty podczas, gdy zawiera ona rażąco niski koszt oraz rażąco niskie istotne części składowe ceny dotyczące w szczególności pozycji 25 i 26 kosztorysu ofertowego, co potwierdza również rzetelnie dokonana ocena wyjaśnień;
4. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu zamierzonego działania wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu podczas, gdy wyjaśnienia Terra Mota w kwestii składowych cen pozycji 25 i 26 kosztorysu ofertowego

nie zawierają informacji o celowym obniżeniu norm, które miało za zadanie uzyskanie wartości 6,43 zł;

5. Naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu Terra Mota podczas, gdy podlega on wykluczeniu oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, SA.270.1.4.2017, dalej jako „SIWZ”;

6. Naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy zawiera ona przymioty oferty najkorzystniejszej wobec ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia Wykonawcy Terra Mota Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania,
3. Odrzucenie oferty Wykonawcy Terra Mota Sp. z o.o.,
4. Nakazanie Zamawiającemu wybranie oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych nieodrzuconych ofert.
5. Obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenia na rzecz Odwołującego kosztów związanych z uczestnictwem w posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał:

Ad.1 Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek równego traktowania Wykonawców. Ponadto Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty jako najkorzystniejszej, jeżeli ta oferta podlega odrzuceniu na podstawie regulacji zawartych w art. 89 ustawy Pzp. Tym samym nie można udzielić zamówienia publicznego Wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu z powodu rażąco niskiego kosztu lub istotnych składowych ceny lub też czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 3 i 4 ustawy pzp). Przytoczone argumenty potwierdzają, że złożenie oferty przez Terra Mota stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Złożenie oferty przez Terra Mota jest „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Ad 2. Podniósł, że Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty wykonawcy Terra Mota pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a także wykazania dysponowania osobą do kierowania robotami o specjalności drogowej. W tym zakresie wskazał, że wykonawca Mota na potwierdzenie spełnienia warunków załączył wykaz wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 6 do SA.270.1.4.2017), w którym wymienił realizację zadania pn. „Przebudowa ulicy Fabryka Chemiczna w Hajnówce”. Do wykazu załączone zostały referencje wystawione przez Gminę Miejską Hajnówka, z których wynikało, że zamówienie to polegało na: - *przebudowie ulic gminnych wraz z oświetleniem ulicznym*, - *przebudowie skrzyżowania ulic z drogą wojewódzką*, - *likwidacja kolizji z siecią teletechniczną*, - *likwidacja kolizji energetycznych*, - *likwidacja kolizji z siecią wodociągową na łączną kwotę 1.715.152,93 PLN brutto*.

Wskazał, iż postanowienia SIWZ zobowiązywały do wykazania wykonania drogi, a Terra Mota przedstawiła referencje dotyczące przebudowy ulicy, co świadczy o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, podkreślił, iż referencje przedstawione przez Terra Mota na dowód spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu doświadczenia nie potwierdziły, iż wykonawca Terra Mota posiada doświadczenie w realizacji robót budowlanych w zakresie budowy dróg leśnych.

W zakresie niespełnienia warunku udziału odnoszących się do kierownika robót podniósł, że SIWZ zobowiązywał wykonawcę do wykazania dysponowaniem co najmniej jednym kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia w specjalności inżynierskiej uprawniające do kierowania robotami o specjalności drogowej uprawniające do kierowania robotami budowlanymi, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. poz. 1278) lub odpowiadające im uprawnienia wcześniejsze oraz uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej uznane zgodnie z przepisami Ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej. (Dz. U. z 2016 r. poz. 65). Na spełnienie ww. warunku Terra Mota przedstawił w załączniku nr 8 do umowy SA.271.1.4.2017 pn. „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia” kierownika budowy R. B., posiadającego uprawnienia w specjalności inżynierskiej uprawniające do kierowania robotami o specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń, co nie spełnia wymogów postawionego w tym zakresie warunku.

Ad 3. W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust.1 pkt 4 i art. 90 ust.3 Pzp podniósł, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy Terra Mota, gdyż z analizy wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, do których dokonania został

wezwany, wynika, iż oferta zawiera rażąco niskie koszty i rażąco niskie istotne części składowe ceny. Należą do nich: brak jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących niewycenienia części materiałów wypisanych w zestawieniu materiałów załączonych przez Terra Mota do oferty, wliczenie w koszty pośrednie transportu materiału, rażąco niski koszt i składowe pozycji 25 i 26 kosztorysu, brak wliczenia kosztu kruszywa łamanego składowanego na placu należącym do Terra Mota oraz nieprzystającą do realiów rynkowych ceną oferowaną przez dostawcę kruszywa łamanego.

Podkreślił, że gdyby Terra Mota właściwie wyceniła wskazane wyżej pozycje materiałowe, tj. przypisała im odpowiednie ceny, to w pozycjach „pustych” zostałyby wskazane wartości zgodnie z podanymi ilościami. Spowodowałyby to znaczny wzrost wartości ogólnej oferty Terra Mota, a tym samym nie zostałaby ona uznana za najkorzystniejszą.

Podniósł także, że wykonawca w zakresie wyjaśniania wyceny pozycji 25 kosztorysu dotyczącej kruszywa podał, iż powodem tak niskiej wyceny pozycji 25 są następujące czynniki: - stawka roboczogodziny została ustalona na poziomie 13 zł/h, - ceny jednostkowe nie uwzględniają kosztów transportu kruszywa, gdyż zostały wliczone w koszty pośrednie, - koszt kruszywa łamanego to koszt jedynie składowania na placu Terra Mota, gdyż kruszywo to pozostało w posiadaniu firmy po poprzedniej inwestycji. Podał, że dla pozostałego z poprzedniej inwestycji kruszywa o frakcji 0-63mm w ilości 1956 ton w koszty tego postępowania wliczono tylko koszty jego składowania na placu wykonawcy, natomiast nie wliczono kosztu jego zakupu, gdyż został on już rozliczony w poprzedniej inwestycji. Odwołujący w tym zakresie wskazał także na kwestie, iż wykonawca znacząco obniżył normy narzucane przez katalog KNR, co pozwoliło jej uzyskać wartość kosztorysową przedstawioną do oferty. Powyższe obniżenia norm pozwoliły na uzyskanie wartości znacznie niższej niż powinna znaleźć się w kosztorysie. Gdyby Terra Mota zastosował normy narzucane przez KNR to wartość pozycji kosztorysowych znacznie by wzrosła, a oferta Wykonawcy nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Dlatego też na potwierdzenie wiarygodności wyceny pozycji 25 i 26 Terra Mota powinien załączyć wraz z wyjaśnieniami cały kosztorys ofertowy, a nie zaś rozpisaną wycenę tylko dwóch pozycji. Wskazanie jedynie dwóch pozycji z kosztorysu dało możliwość manipulowania przy pozostałych pozycjach w celu uzyskania właściwych wartości w wybranych pozycjach (w tym wypadku 25 i 26).

Ad 4. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i ust. 4 ustawy Pzp podlegającego na zaniechaniu wykluczeniu wykonawcy Mota z postępowania, z powodu zamierzonego działania mającego na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji w treści oferty podał, że mając na uwadze argumenty przedstawione przy powyższych zarzutach wydaje się, iż wykonawca Terra Mota Sp. z o.o.

wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku podania nieprawdziwych informacji w zakresie wyliczenia pozycji kosztorysowych, w szczególności pozycji nr 25 i 26, jak i informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. posiadania niezbędnego potencjału technicznego i zawodowego.

Ad 5. W kolejnym zarzucie podał, iż naruszony został przepis art. 22 ust.1 ppkt 1 i 2, gdyż Zamawiający dopuścił do oceny ofertę wykonawcy, który za niespełnianie warunków udziału winien był być wykluczony z postępowania.

Ad 6. Odnosząc się do postawionego zarzutu naruszenia art. 91 ust.1 Pzp podał, że Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty która w świetle postawionych w SIWZ kryteriów taką nie jest.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Odnosząc się do zarzutów odwołania podał, że nie ma racji Odwołujący, zarzucając, iż wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Terra Mota sp. z o.o. został dokonany z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz, że w konsekwencji oferta wykonawcy Mota winna być odrzucona z tego względu, iż stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust, 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Aby określone zachowanie przedsiębiorcy mogło zostać uznane za zdefiniowany powyżej czyn nieuczciwej konkurencji, należałoby wykazać, że oferowana cena za kompletny towar (a nie jego część) lub kompletną usługę (a nie jej element) jest poniżej kosztów wytworzenia tego towaru lub poniżej kosztów świadczenia danej usługi i w ten sposób utrudnia się innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Podniósł, że Odwołujący dopatruje się ww. czynu nieuczciwej konkurencji w tym, że Terra Mota złożyła ofertę zawierającą rażąco niski koszt lub istotną składową ceny. Uszło uwadze Odwołującego, iż Zamawiający, wskazując w pkt 13.1. SIWZ kryteria oceny ofert, w ogóle nie posłużył się kryterium kosztu, ale ceny i rozszerzonej odpowiedzialności z tytułu rękojmi wraz z coroczną konserwacją. Dlatego też, wszelkie zarzuty podniesione w odwołaniu, a odnoszące się do rażąco niskiego kosztu, należy uznać za całkowicie chybione. Nadto cena zaoferowana przez Mota jest zaledwie o 6.221,84 zł niższa od oceny zaproponowanej przez Odwołującego, wskazana powyżej różnica cen zawartych w ofertach Odwołującego i Mota, jest wręcz marginalna biorąc pod uwagę wartość całego zamówienia wynoszącego 2.702.469 zł.

Za niezasadny należało również zdaniem Zamawiającego uznać zarzut braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Terra Mota sp. z o.o. wykazał, że na rzecz Gminy Miejskiej Hajnówka wykonał roboty budowlane w zakresie przebudowy drogi

dla zadania pod nazwą: "Przebudowa ulicy Fabryka Chemiczna w Hajnówce" o wartości 1.715.152,93 zł i na tę okoliczność przedstawił stosowne referencje Gminy Miejskiej Hajnówka. Zamawiający, chcąc uszczegółwić zakres robót budowlanych wchodzących w skład przedmiotu zamówienia polegającego na przebudowie ulicy Fabryka Chemiczna w Hajnówce, zwrócił się do Gminy Miejskiej w Hajnówce z wnioskiem o sprecyzowanie jakiego rodzaju roboty budowlane wchodziły w skład przedmiotu zamówienia. Pismem z dnia 19 lipca 2017 r. Zamawiający dokonując analizy przedmiotu zamówienia realizowanego przez Mota w Hajnówce ustalił, że Mota wykazał się wykonaniem robót budowlanych o znacznie wyższym stopniu trudności niż Zamawiający przewidział w SWIZ dla tego przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest budowa drogi leśnej (drogi wewnętrznej) o znacznie niższej randze i skomplikowaniu robót budowlanych. Wykonanie prac związanych z przebudową ulicy miejskiej wymaga zdecydowanie większego zasobu wiedzy, umiejętności i zaplecza logistycznego w związku z szerokim wachlarzem elementów składających się na całość budowanego obiektu drogowego.

Podał także iż w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanym w pkt. 5.2,3 lit a) SIWZ, gdzie Zamawiający w pkt. 5.2,3. lit. a) SIWZ wymagał spełnienia udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych aby Wykonawcy dysponowali odpowiednim potencjałem osobowym tj, conajmniej jednym kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia w specjalności inżynierskiej uprawniającymi do kierowania robotami o specjalności drogowej.

Uczestnik Terra Mota sp. z o.o, wskazał, że dysponuje kierownikiem budowy legitymującym się wymaganymi przez Zamawiającego uprawnieniami, w osobie R. B.. Uczestnik dla udowodnienia, że R. B. posiada odpowiednie uprawnienia przedstawił decyzję z dnia 4 czerwca 2004 f. znak: M0UB.0KK.7131/106/04, mocą której Małopolska Okręgowa Komisja Kwalifikacyjna stwierdziła, że Pan R. F. B. - inż. budownictwa uzyskał uprawnienia budowlane o nr ewidencyjnym MAP/0004/OWOK/04 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń specjalności konstrukcyjno budowlanej. Na odwrócie tej decyzji zostały zacytowane przepisy Rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 1995 r. Nr 8 poz. 28 z późn. zni) - dalej; Rozporządzenie, które w sposób jednoznaczny wskazują zakres uprawnień nadanych Panu R. B.. Otóż, zgodnie z § 5 ust. 3d Rozporządzenia uprawnienia budowlane bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (a więc takie jakie posiada Pan R. B.) uprawniają również do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach drogowej i mostowej w ograniczonym zakresie. Z kolei zgodnie z § 5 ust. 3a pkt 2 Rozporządzenia uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie w specjalności drogowej,



stanowią podstawę do kierowania robotami budowlanymi przy wykonywaniu obiektów: a) dróg wewnętrznych, b) dróg dojazdowych (D), dróg lokalnych (L), dróg zbiorczych (Z), w rozumieniu przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Podkreślił, że droga leśna jest drogą wewnętrzną w rozumieniu art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r, o drogach publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1440 z późn. zm.) i tym samym jest oczywistym, że Pan R. F. B. posiada stosowne uprawnienia oraz kwalifikacje do kierowania robotami budowlanymi określonymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP i art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez nieodrzućenie oferty Mota z uwagi na rażąco niski koszt podał, że w art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP jest mowa o odrzuceniu oferty, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub rażąco niski koszt, ale nie ulega wątpliwości, że możliwość odrzucenia oferty w świetle ww. przepisu należy odnosić do kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp). Kierując się dyspozycją art. 91 ust 2 ustawy PZP, Zamawiający w pkt. 13.1. SIWZ zdecydował się na sformułowanie dwóch kryteriów oceny ofert tj. ceny i rozszerzonej odpowiedzialności z tytułu rękojmi wraz z coroczną konserwacją. A zatem, z jednoznacznej treści ww. punktu SIWZ wynika, że koszt nie był kryterium oceny ofert wskazanym przez Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nie mógł odrzucić oferty Uczestnika z uwagi na rażąco niski koszt. Nadto podał iż, okolicznością bezsporną jest to, iż Mota sp. z o.o, złożyła ofertę z najniższą ceną, zaś Odwołujący drugą w kolejności ofertę biorąc pod uwagę kryterium ceny. Mimo, iż ceny ofert złożonych przez te podmioty nie były niższe o 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust, 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert to jednak Zamawiający kierując się należyłą starannością i rzetelnością przy ocenie ofert, wezwał zarówno wykonawcę Mota jak i Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do podejrzenia ceny rażąco niskiej.

Wskazał, że uwagę Zamawiającego zwróciła wycena kruszywa w pozycjach 25 i 26 kosztorysu ofertowego Mota, dlatego też Zamawiający dwukrotnie tj, pismem z dnia 4 lipca br. i 11 lipca br, zwracał się do wykonawcy celem wyjaśnienia czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Na oba pisma wykonawca odpowiedział i wyjaśnił Zamawiającemu wszelkie wątpliwości, przedłożył także dowody na poparcie swoich twierdzeń. Niska Wycena pozycji 25 kosztorysu ofertowego, w zakresie ceny kruszywa łamanego, została przez Uczestnika wyjaśniona. Biorąc pod uwagę fakt, iż Uczestnik wykazał, że w rzeczywistości dysponuje w swoim magazynie kruszywem łamanym o frakcji 31,5-64 mm (tj. takim którego wymagał Zamawiający) w ilości wystarczającej na realizację robót budowlanych objętych

przedmiotem niniejszego postępowania, Zamawiający uznał, że rozwiane zostały wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez Uczestnika cenę. Wycena zaledwie dwóch pozycji kosztorysu spośród trzydziestu ośmiu, na niższym poziomie, niż uczynił to Odwołujący, nie może skutkować uznaniem zaoferowanej przez wykonawcę Mota ceny za cenę rażąco niską.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów 4,5 i 6 dotyczących rzekomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także niewykazania spełniania tych warunków wskazał, iż dowody przedstawione przez wykonawcę Mota wskazują na spełnienie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, a także wykazują, iż wobec Mota nie zachodzą żadne przesłanki jego wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą. Ponadto niewątpliwym jest, że oferta tego wykonawcy została oceniona najwyżej i tym samym zasadnie została uznana jako najkorzystniejsza.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaprezentowane stanowiska stron postępowania ustaliła, że**  
**Odwołanie co do części zarzutów 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 ustawy Pzp. Izba uznała, że odwołujący wnosząc odwołanie wykazał spełnienie przesłanek interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp,.

Na wstępie oceny Izby wymaga prawidłowość zgłoszenia przystąpienia wykonawcy TERRA MOTA Sp. z o.o., ul. Bardiowska 3, 38-300 Gorlice do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgodnie z przepisem art. 185 ust.2 Pzp wykonawca, w terminie trzech dni, winien przekazać wolę przystąpienia do postępowania odwoławczego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z zachowaniem formy pisemnej lub elektronicznie z wykorzystaniem bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Wadliwą formą jest natomiast przesłanie oświadczenia mailem lub z wykorzystaniem placówki operatora publicznego, chyba że przedmiotowe zgłoszenie przed upływem trzech dni zostanie doręczone w formie pisemnej Prezesowi KIO. Kopię zgłoszenia o przystąpieniu przekazuje się zamawiającemu oraz podmiotowi wnoszącemu odwołanie.

W tym zakresie Izba na podstawie akt sprawy ustaliła, iż w dniu 25 lipca 2017 r., Zamawiający przesłał wykonawcom, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, informację o wniesionym odwołaniu. Tym samym w dniu 28 lipca upływał termin na zgłoszenie przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego. Według dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w dniu 27 lipca do Prezesa KIO za pomocą zwykłej poczty elektronicznej wpłynęła informacja o woli wykonawcy Mota do przystąpienia do postępowania odwoławczego z równoczesną informacją, że samo przystąpienie zostało nadane do operatora publicznego Poczty Polskiej. Bezsprzeczne jest, że przystąpienie zostało doręczone Prezesowi KIO dopiero w dniu 31 lipca 2017 roku. Powyższe ustalenia Izby zgłaszający przystąpienie potwierdził.

Wobec powyższego Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku o dopuszczenie wykonawcy Terra Mota sp. z o.o. do postępowania odwoławczego w charakterze przystępującego.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba nie uznała zasadności zarzutów dotyczących niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także nie wykazania dysponowania osobą dedykowaną do pełnienia funkcji kierownika robót o specjalności drogowej uprawniającymi do kierowania robotami budowlanymi oraz uznania, że podane w tym zakresie informacje były informacjami nieprawdziwymi wprowadzającymi Zamawiającego w błąd.

Odnosząc się do tych zarzutów Izba uznaje, że zaprezentowane w tym zakresie stanowisko Zamawiającego wskazane powyżej, jako odpowiedź na odwołanie, Izba uznaje za zasadne i prawidłowe i w tym zakresie uznaje je jako stanowisko własne bez potrzeby ponownego jego przedstawiania.

Natomiast zarzuty w zakresie: rażąco niskiej ceny- kosztu wykonania zamówienia, naruszenia zasad z równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także nieprawidłowości w zakresie oceny złożonych wyjaśnień (art. 90 ust.3 Pzp) Izba uznaje za zasadne co skutkowało uwzględnieniem przedmiotowego odwołania.

W zakresie możliwości ustalenia, że cena oferty danego wykonawcy jest ceną rażąco niską należy brać pod uwagę nie tylko różnice pomiędzy cenami ofertowymi wykonawców, która może wskazywać na rynkowość zaoferowanej ceny, ale w szczególności należy ocenić czy w świetle udzielonych wyjaśnień przez wykonawcę jest on w stanie za zaoferowaną cenę wykonać zamówienie. Badaniu podlega nie tylko cena oferty jako całość, ale także elementy kalkulacyjne oferty, o ile ich zaniżenie może przekładać się na zaniżenie ceny na takim poziomie, że za zaoferowaną cenę dany wykonawca tego zamówienia nie będzie w stanie wykonać. Za wyrokiem KIO 2295/12 i następn. Izba wskazuje na brak jednoznacznie ustalonych reguł w oparciu o które można by ustalać fakt zaistnienia w ofercie ceny rażąco

niskiej, jak i wykazywać, że zaoferowana cena jest ceną realną. Brak takich uregulowań wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Dlatego też każdy tego typu przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (podobnie: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwoliłby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby użycie określenia w ustawie Pzp - „cena rażąca”, nie wydaje się najbardziej trafne, gdyż chodzi tutaj nie tyle o wykazanie rażącej dysproporcji w cenach ofert, ale o wykazanie, czy w rzeczywistości zaoferowana cena pokrywa koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Dla zaistnienia tego faktu nie jest zatem istotne czy ten brak środków finansowych u wykonawcy na realizację zamówienia będzie „rażący” np. wynoszący kilkadziesiąt procent, czy też będzie wynosił np. jeden procent, a więc stosunkowo niewielki. Istotą badania prawidłowości zaoferowanej ceny jest to czy dany wykonawca za tą cenę będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia i czy cena została skalkulowana realnie, czyli czy obejmuje wszystkie koszty opisane w opisie przedmiotu zamówienia.

Prowadzi to do wniosku, że cena oferty jednego wykonawcy pomimo, iż jest zbliżona lub podobna do cen ofert innych wykonawców, może być uznana za rażąco niska, jeżeli po stronie tego wykonawcy brak jest przesłanek, które uzasadniałyby jej skalkulowanie przez tego wykonawcę na takim niskim poziomie.

W przedmiotowym stanie faktycznym sprawy mamy do czynienia z sytuacją, iż wykonawca Terra Mota sp. z o.o. był wzywany do złożenia wyjaśnień w szczególności w zakresie poz. 25 i 26 kosztorysu. Dlatego też nie jest możliwe, aby jak twierdził Zamawiający dokonywać oceny tylko całkowitej ceny oferty, a nie cen jednostkowych. W tym zakresie zasadnym jest przywołanie wyroku Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt I Ca 117/12, gdzie sąd stwierdził, że *oczywistym jest, iż aby ustalić, czy cena całkowita jest rażąco niska, konieczna jest analiza elementów na nią się składających. Nie ulega wątpliwości, iż Izba, ustalając, czy zarzut rażąco niskiej ceny jest uzasadniony, musi odnieść się treści złożonych przez wybranego wykonawcę wyjaśnień, a tym samym do podanych w nich składników cenotwórczych. Bowiem to poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty, przesadzając tym samym o jej wysokości. Zarzut rażąco niskiej ceny rzeczywiście należy odnosić tylko do ceny całkowitej. Jednak „analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace” bowiem „każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie ” (tak Sąd Okręgowy w Częstochowie, sygn. akt: VI Ca 464/05).*

Odniesienia Izby wymaga także stanowisko Zamawiającego, iż zarzut ten winien być oddalony, gdyż Zamawiający w SIWZ wskazał, że kryterium oceny ofert będzie cena, a nie koszt wykonania zamówienia. Izba uznaje, że powyższa argumentacja nawiązuje do gry

słów, a nie rzeczywistej sytuacji dotyczącej prawidłowego skalkulowania ceny oferty. Izba nie uznaje za zasadne stanowiska Zamawiającego, iż *możliwość odrzucenia oferty w świetle ww. przepisu (art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp) należy odnosić do kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp)*. Podstawy do odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 są obligatoryjne do Zamawiającego, wynikają z ustawy, ich zaistnienie stanowi obowiązek dla Zamawiającego odrzucenia takiej oferty, jeszcze przed badaniem i oceną oferty w świetle postawionych kryteriów ustalonych w oparciu o art. 91 ust.1 Pzp.

Nawiązując do powyższego stanowiska Zamawiającego iż zarzut dotyczył tylko kosztu, a nie ceny oferty wskazać należy, iż o treści zarzutu decyduje cała przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, zaprezentowane ich uzasadnienie. Wskazana sama podstawa prawna nie tworzy istoty zarzutu. W tej kwestii wypowiedział się Sąd Okręgowy w Rzeszowie, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: wskazał, że *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć wniosek iż zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej opisanej podstawie faktycznej.*

Przechodząc do oceny podniesionych w odwołaniu ww. uwzględnionych zarzutów wskazać należy, iż analiza wielkości finalnych ceny oferty wybranej oraz oferty Odwołującego nie wskazuje różnicy mogącej świadczyć o nierynkowej cenie oferty wybranej. Takie stanowisko prezentuje także sam Odwołujący, który na rozprawie podał, że *cena oferty wykonawcy Mota jest rażąco niska lecz tego nie stwierdza na podstawie samej ceny ofertowej, ale dlatego, że cena została w sposób niewłaściwy wyliczona, gdyż nie został ujęty szereg pozycji kosztowych, a to skutkowałoby zmianą jej ceny.* Tak więc problem oceny ceny ofertowej wybranego wykonawcy skupia się w szczególności na kwestii prawidłowości dokonanej kalkulacji pozycji 25 odnoszącej się do złożonych wyjaśnień oraz zestawienia materiałów w poz.3 obejmującej zaoferowanie tłuczni kamiennego do nawierzchni drogowych w ilości 1 956,17 ton.

Zarówno z treści złożonych wyjaśnień wykonawcy Mota jak i stanowiska Odwołującego przedstawionego w odwołaniu i Zamawiającego przedstawionego na rozprawie jednoznacznie wynika, że wykonawca Mota do wyliczeń ceny ofertowej w pozycji materiały- odnoszącej się do kruszyw wskazał, iż użyje do wykonania zamówienia między innymi 1956,17 ton tłuczni kamiennego niesortowanego o rozm. 0-63mm w cenie 4,50 zł za tonę,

na którą to cenę składa się tylko cena jego składowania na placu wykonawcy. Natomiast nie jest wliczany koszt jego nabycia, gdyż ten został już rozliczony w ramach poprzedniej inwestycji.

Odnosząc się do powyższego Izba uznaje powyższą sytuację za niedopuszczalną, która w sposób jaskrawy zaburza uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, a także narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Gdyby przyjąć za normalną kwestię taką, jak w przedmiotowym postępowaniu to konkurencja wykonawców opierałaby się nie na kryteriach wskazanych przykładowo w art. 91 ustawy Pzp, ale na wykazywaniu który z wykonawców więcej „zaoszczędził” w materiałach przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień, gdyż wcześniejszych Zamawiających obciążył już kosztami materiałów, które zostaną użyte w tym postępowaniu.

Izba nie daje wiary, iż faktycznie wykonawca Mota przekaze darmo do wykonania tego zamówienia prawie 2000 ton kruszywa. Zdaniem Izby takie stanowisko zostało przyjęte dla dopasowania składanych wyjaśnień do ceny podanej w kosztorysie i jest tylko przyjętą strategią na potrzeby obrony podanej ceny ofertowej. Nie jest realne aby wykonawca przekazał Zamawiającemu za darmo – tylko po kosztach składowania prawie 2 tysiące ton kruszywa. Ponadto wykonawca Mota przyjmując taką strategię obrony ceny ofertowej chyba nie zdawał sobie sprawy z faktu, iż takie oświadczenie wskazuje na dokonanie oszustwa poprzedniego Zamawiającego dla którego realizował zamówienie, gdyż wliczył w koszt wykonania tamtego zamówienia ww. ilość kruszywa, którego w rzeczywistości nie zużył.

Jednakże zwrócić uwagę należy na kwestie iż to na Zamawiającym jako podmiocie korzystającym ze środków publicznych spoczywa obowiązek przestrzegania i dbania o przestrzeganie przepisów ustawy Pzp oraz innych przepisów mających w danym postępowaniu zastosowanie. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Prawo zamówień publicznych powinno być postrzegane jako narzędzie do realizacji zadań publicznych, dla których nadrzędnym celem powinno być efektywne i racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Nadrzędnym celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie sprostął tym obowiązkom, dopuścił do oceny ofertę gdzie wykonawca zaoferował bezpłatne przekazanie dla celów zamówienia kruszywo o cenie nie mniejszej niż 37 164 złote(1956 tonX19 zł) w sytuacji kiedy inni wykonawcy musieli wykazać się kosztem zakupu tego kruszywa. Z przepisu art 2 pkt 13 ustawy Pzp. jednoznacznie wynika, że przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy

odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, ... . Ta odpłatność umów nakazuje, aby każda pozycja kosztu, składająca się na cenę ofertową, który wykonawca w opisie przedmiotu zamówienia jest zobowiązany ponieść została ujęta w cenie ofertowej. Przy tak wyżej opisanych kosztach wykonania przedmiotowego zamówienia bezsporne jest, że wykonawca w ofercie nie ujął w pełni kosztu za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, przerzucając część z nich na poprzedniego zamawiającego. W wyroku z dnia z dnia 24 lutego 2012 r. KIO 281/12 i 290/12 Izba jednoznacznie uznała, że „*problem dowodowy w zakresie oceny zarzutu rażąco niskiej ceny skupia się przede wszystkim na niewłaściwym wykazaniu przez wezwanego wykonawcę, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn. że ponoszone na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z ceny oferty, (...) Nie może być akceptowalna sytuacja, że wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania. Natomiast pozostałe koszty zalicza do kosztów innej swojej działalności, tym samym eliminując w sposób nieuczciwy innych wykonawców którzy zgodnie z opisem sposobu wykonania zamówienia ustalonym w postanowieniach SIWZ dokonali obliczenia ceny ofertowej*”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdza, że brak wliczenia przez wykonawcę Mota do ceny ofertowej pełnych i rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia spowodowało sytuację, iż cena ofertowa wskazana w ofercie nie obejmowała wszystkich kosztów jego wykonania. Wliczenie kosztu nabycia niezbędnej do wykonania zamówienia ilości kruszywa, nawet po cenie 19 zł za tonę powoduje, że oferta wykonawcy Terra Mota sp. z o.o. staje się droższa o 37 164 złotych, co przy dotychczasowej różnicy w wysokości 6.221,84 zł powoduje sytuację iż oferta tego wykonawcy przestaje być ofertą najkorzystniejszą, a to w oparciu o przepis art. 192 ust. 2 Pzp ma wpływ na wynik postępowania.

Oceniając powyższą sytuację Izba uznała, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust.1 pkt 4, art. 90 ust. 3 i 91 ust.1, Pzp, a także art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkuje nakazaniem odrzucenia oferty wykonawcy Terra Mota sp. z o.o.. Wobec powyższego Izba nakazała także unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie ofert, przy czym biorąc pod uwagę fakt iż pozostali wykonawcy nie wnieśli odwołań od wyboru najkorzystniejszej oferty, to czynność Zamawiającego wobec tych wykonawców jest prawomocna, a ponownemu badaniu i ocenie przez Zamawiającego podlega tylko oferta Odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy,

które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszym postępowaniu

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: .....