

Sygn. akt: KIO 3399/22

WYROK
z dnia 2 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 r. przez wykonawcę:

Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "FART" Sp. z o.o. (ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Powiat Stalowowski (ul. Podleśna 15, 37-450 Stalowa Wola)

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1 Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
 - 1.2 Unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty odwołującego: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach;
 - 1.3 Powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę: 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesione przez odwołującego koszty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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

Powiat Stalowowolski (ul. Podleśna 15, 37-450 Stalowa Wola) (dalej również „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych ((tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia na: rozbudowę drogi powiatowej nr 1025R – ul. Mickiewicza i ul. Żwirki i Wigury w Stalowej Woli. Numer referencyjny: IMP.272.2.18.2022 (dalej również: „Postępowanie”).

W dniu 19 grudnia 2022 r. do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych "FART" Sp. z o.o. (ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce) (dalej również: „Wykonawca” lub „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7) i pkt 8) Pzp w zw. z art. 528 pkt 4) Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że leżące u podstaw tej decyzji Zamawiającego okoliczności faktyczne i prawne zostały prawomocnie rozstrzygnięte wyrokiem Izby z dnia 21 października 2022 r. o sygn. akt KIO 2686/22 (dalej również : „Wyrok”), co korzysta z powagi rzeczy osądzonej (res iudicata); z ostrożności,
2. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie;
3. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp oraz 253 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez:
 - a. błędne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie;
 - b. dowolne uznanie, że „rażąco niskie” ceny za części składowe skutkować mogą wykonaniem całego zamówienia ze stratą, a zatem za rażąco niską cenę;
 - c. brak przedstawienia w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego uzasadnienia, że zaoferowanie „rażąco niskich” cen za części składowe skutkować może wykonaniem całego zamówienia ze stratą, a zatem za rażąco niską cenę;
4. art. 255 pkt 3) Pzp poprzez bezzasadne unieważnienie Postępowania w sytuacji w której cena niepodlegającej odrzuceniu oferty Odwołującego tj. oferty najkorzystniejszej nie

przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania; powtórzenie czynności badania i oceny ofert; unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślał tożsamość:

- uzasadnienia decyzji o unieważnieniu Postępowania i odrzuceniu oferty Wykonawcy podjętej przez Zamawiającego w dniu 4 października 2022 r. (która skutecznie zaskarżona została przez Wykonawcę i w stosunku do której uwzględnione zostały Wyrokiem zarzuty Odwołującego) oraz decyzji podjętej przez Zamawiającego w dniu 14 grudnia 2022 r.;

- stanowiących podstawę wydania ww. decyzji okoliczności faktycznych i prawnych oraz posiadanych przez Zamawiającego dowodów;

- zarzutów i ich uzasadnienia w obu sprawach, zakończonej Wyrokiem i niniejszej toczącej się przez Izbę;

- okoliczności faktycznych i prawnych będących podstawą wydania skarżonej decyzji z dnia 14 grudnia 2022 r. i ustaleń faktycznych leżących u podstaw wydania Wyroku

- a także prawomocność Wyroku.

Odwołujący wskazywał na uzyskanie prawomocności materialnej ustaleń stanowiących podstawę wydania Wyroku, które stoją na przeszkodzie dokonania odrębnych w niniejszym postępowaniu. Przywoływał tutaj orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 12 lipca 2018 r. sygn. akt: III CZP 3/18 oraz z dnia 14 maja 2003 r., I CKN 263/01 a także Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r. sygn. akt 1241/21.

Odwołujący przedłożył:

1. protokół z posiedzenia i rozprawy KIO 2686/22 dotyczący rozpoznania poprzedniej decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i zarzutu pierwszego na okoliczność potwierdzenia przez Zamawiającego, że u podstaw odrzucenia oferty w pierwszym postępowaniu leżała inżynieria cenowa Odwołującego polegająca na przerzucaniu kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami zamówienia (z robót budowlanych do prac projektowych).
2. wycenę i zakres zadania – oferta Promos, na której m.in. opierał się Odwołujący szacując cenę ofertową wskazująca na sposób szacowania ceny ofertowej według środowiskowych zasad wyceny, na okoliczność prawidłowości wyceny.
3. wycenę – oferta Neotrans na której m.in. opierał się Odwołujący szacując cenę ofertową wskazująca na sposób szacowania ceny ofertowej według rozporządzenia w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu

inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, na okoliczność prawidłowości wyceny wskazując, że oferty Promos i Neotrans są tymi samymi dowodami, które przedłożył w poprzednim postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygnaturze akt KIO 2686/22, które są znane Zamawiającemu i które w skarżonej decyzji wskazywał Zamawiający jako uzasadniające nowość analizy leżącej u podstawy wydania skarżonej decyzji.

Zamawiający nie uznał zarzutów i wnosił o ich oddalenie. Zamawiający podkreślał odrębność i zgodność z Wyrokiem podjętej decyzji. Wskazywał, że decyzja wydana została po ponownej analizie dokumentów, w toku której ustalono m. in. szczegółowy schemat inżynierii cenowej dokonanej przez Odwołującego, polegającej na przesunięciu poszczególnych wartości zamówienia - alokowaniu ich na początkowym etapie projektowania z jednoczesnym zaniżeniem cen konkretnych prac etapu budowlanego, w stopniu uniemożliwiającym ich wykonanie oraz oceny jaki wpływ działanie Wykonawcy miało na sytuację konkurentów, poprzez umożliwienie finansowania dalszej części prac budowlanych ze środków pozyskanych z niewłaściwie oszacowanych prac projektowych, co stanowiło naruszenie interesów innych uczestników postępowania. Nowa decyzja wydana została bez zwracania się do Wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia lub dokumenty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że w dniu 9 września 2022 r. przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że na realizację przedmiotu zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 21 552 000 zł brutto. W Postępowaniu zostały złożone 3 oferty: Nr 1. STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków cena brutto -29 266 277,60 zł, Nr 2. Konsorcjum firm: Lider: PBI Infrastruktura S.A. ul. Kolejowa 10E23-200 Kraśnik Partner: PBI WMB Sp. z o.o. ul. Błonie 8 27-600 Sandomierz cena brutto -21 709 186,92 zł, Nr 3. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. ul. Ściegiennego 268a, 25-116 Kielce, cena brutto - 20 745 487,50 zł. Dokumentacja postępowania nie zawiera wymagań dotyczących sposobu kształtowania ceny ofertowej. Wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

Izba ustaliła, że Zamawiający w toku Postępowania jednokrotnie w dniu 15 września 2022 r. zwrócił się do Wykonawcy, którego oferta miała najniższą cenę, z żądaniem wyjaśnień dotyczącej złożonej oferty tj. wyszczególnionej w formularzu ofertowym zaoferowanej ceny za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oczekując wskazania uzasadnienia dla wyceny ceny za prace projektowe jak rażąco wysokiej i nieadekwatnej w stosunku do cen

rynkowych tego typu opracowań a także wyjaśnienia sposobu kalkulacji zaoferowanych cen ofertowych w pozycjach branży sanitarnej w załączonej do oferty Tabeli cen elementów robót (pozycja od 10 do 14), jak również złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnych części składowych przedmiotu zamówienia, w zakresie ceny za Roboty przygotowawcze i rozbiórkowe (pozycja 2 - Tabela cen elementów robót), za Kanał technologiczny (pozycja 9 - Tabela cen elementów robót) , za Kanalizację deszczową (pozycja 10 - Tabela cen elementów robót), za Kanalizację sanitarną (pozycja 11 - Tabela cen elementów robót) , za Sieć wodociągową (pozycja 12 - Tabela cen elementów robót) , za Sieć ciepłowniczą (pozycja 14- Tabela cen elementów robót), za Oświetlenie drogowe (pozycja 15 - Tabela cen elementów robót) , za Przebudowę kolizji teletechnicznych (pozycja 17 - Tabela cen elementów robót) jak również wyjaśnienia łącznej zaoferowanej przez Wykonawcę ceny robót budowlanych - 13 266 250 zł netto, która wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, znacząco odbiega od zaoferowanej ceny robót budowlanych pozostałych złożonych ofert i wydaje się znacznie odbiegająca od cen rynkowych co budzi wątpliwości czy Wykonawca wykona umowę należycie. W wezwaniu Zamawiający uszczegółowił oczekiwania, co do wyjaśnień.

Izba ustaliła, że Wykonawca udzielił Zamawiającemu wyjaśnień pismem z dnia 20 września 2022 r. wskazując założenia i metodologię określania ceny ofertowej oraz leżące u podstaw ich określenia oferty podmiotów trzecich.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 4 października 2022 r. unieważnił Postępowanie i odrzucił ofertę Wykonawcy ze względu na fakt, że pozostałe oferty złożone w postępowaniu przekraczały kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia. W zakresie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał następujące powody swojej decyzji: „Uzasadnienie prawne:

1) oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2) oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

W toku postępowania przetargowego prowadzonego w formule zaprojektuj i wybuduj Zamawiający dokonał badania złożonych ofert i uznał, że zaoferowana w Załączniku nr 1 - Formularz ofertowy przez Wykonawcę - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. ul. Ściegiennego 268a, 25-116 Kielce za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej kwota w wysokości 4 428 000 zł brutto, 3 600 000 zł netto znacząco odbiega od pozostałych

zaoferowanych cen za wykonanie dokumentacji projektowej i znacząco odbiega od standardów rynkowych. Zaoferowana cena jest nieadekwatna w stosunku do cen rynkowych tego typu opracowań. Zamawiający uznał, że zaoferowana cena jest nierealistyczna, niewiarygodna, znacząco odbiega od zaoferowanych cen pozostałych złożonych ofert oraz rażąco zawyżona. W ofercie nr 1 zaoferowany koszt prac projektowych wynosi 569 660,40 zł netto, co stanowi 2,5 % wartości zaoferowanych w ofercie robót budowlanych. Zaoferowany w ofercie nr 2 koszt prac projektowych wynosi 701 751,00 zł netto co stanowi 4,1 % wartości zaoferowanych w ofercie robót budowlanych. W złożonej przez Wykonawcę - Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. ofercie wartość prac projektowych wynosi 3 600 000,00 zł netto co stanowi, aż 27,1 % wartości zaoferowanych robót budowlanych. Zaoferowany przez „FART” Sp. z o.o. koszt prac projektowych w stosunku do zaoferowanej ceny robot budowlanych jest kilka i kilkanaście razy wyższy w porównaniu z innymi złożonymi ofertami w postępowaniu. Ponadto zaoferowana przez „Fart Sp. z o.o. cena za opracowanie dokumentacji projektowej jest 221 % wyższa od średniej arytmetycznej zaoferowanych cen wszystkich wykonawców i aż 0 566 % wyższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert (bez oferty Wykonawcy) (...). Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. wyjaśniło jedynie, że przyjęte w ofercie wartości mają charakter realny, odnoszą się do kosztów i ryzyk Wykonawcy zidentyfikowanych na podstawie analizy dokumentów zamówienia, Wykonawca w przekazanym wyjaśnieniu załączył 3 oferty częściowe na wykonanie dokumentacji projektowej (...). Do wyjaśnień nie została dołączona żadna kalkulacja kosztów poszczególnych czynności, które będą miały wpływ i będą się składać na koszty wykonania dokumentacji projektowej. Zamawiający nie ma podstaw kwestionowania oparcia kalkulacji Wykonawcy na złożonych ofertach, datowanych przed terminem składania ofert, jednak biorąc pod uwagę wysokość — bardzo zbliżoną, trudno je uznać za wiarygodne. Analizując zaoferowane ceny, biorąc pod uwagę poziom cen rynkowych za tego typu usługi projektowe, wynikający ze średniej arytmetycznej cen zaoferowanych w złożonych ofertach przez wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, zaoferowana przez Wykonawcę cena za dokumentację projektową znacznie odbiega od poziomu rynkowego - w sposób rażący (...). Ponadto Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach stwierdził, że do oferty po dokonaniu analizy wybrał ofertę firmy PROMOST Consulting oferującą za wykonanie dokumentacji projektowej za kwotę 2 049 218 zł, a następnie zwiększył ją do kwoty 3 600 000 zł (zastrzeżony termin wykonania dokumentacji i ryzyk z tym związanych). Udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienie opierające się na ofertach podwykonawców w zakresie opracowania dokumentacji projektowej objętej przedmiotem zamówienia nie jest spójne z treścią oferty Wykonawcy, a tym samym niewiarygodne. Wykonawca w złożonej ofercie wskazał podwykonawców — konkretne firmy,

którym zamierzał udzielić konkretne części zamówienia tj. projektantom w specjalności instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych i instalacji teletechnicznych. Zamawiający stwierdził, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach udzielonych w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oparł się na ofercie innej firmy podwykonawczej. Wskazanie w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach innych firm podwykonawczych niż określone w treści oferty i w treści zobowiązań podmiotów trzecich, z których wyraźnie określono zakres prac w ramach podwykonawstwa innym firmom, powoduje, że udzielone Zamawiającemu wyjaśnienie jest niewiarygodne (...). Wszystkie ceny przedstawione w ofertach załączonych do wyjaśnienia za wykonanie prac projektowych są bardzo zbliżone do siebie, zdecydowanie różniące się z cenami za prace projektowe w pozostałych ofertach, że zdaniem Zamawiającego są niewiarygodne. Ponadto wykonawca wyjaśnia, że do ceny wybranej oferty (PROMOST-Consulting) dołożył 75%, czyli zwiększył ją niemal dwukrotnie, uzasadniając to terminem wykonania dokumentacji i związanymi z tym ryzykami. Zamawiający wyjaśnia, że termin wykonania dokumentacji został określony w SWZ, ale Zamawiający zgodnie z projektem umowy nie przewiduje kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania prac projektowych. Ponadto w projekcie umowy zamawiający przewiduje zmiany umowy związane z różnymi ryzykami, w tym terminu wykonania umowy w różnych przypadkach niezawinionych przez Wykonawcę. Tak więc Wykonawca nie wyjaśnił jakie ryzyka zamierza wyeliminować poprzez zwiększenie ceny o 75% oraz w jaki sposób zwiększenie ceny ma spowodować minimalizację ryzyk. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie pozwoliły Zamawiającemu na zweryfikowanie, że zaoferowana cena za dokumentację projektową w wysokości 3 600 000 zł została rzetelnie skalkulowana w oparciu o PFU i SWZ (...). Ponadto Zamawiający musi przewidywać ewentualne wystąpienie okoliczności o których mowa w art. 456 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Gdyby zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 456 ust. 1 pkt 1 po wykonaniu przez Wykonawcę tylko prac projektowych, Zamawiający zmuszony byłby zapłacić za nie wynagrodzenie nieadekwatne do wartości rynkowej tego opracowania (...). W ocenie Zamawiającego zaoferowane przez Wykonawcę ceny istotnych części składowych zamówienia są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i mogą zaważyć na należyтым wykonaniu umowy. Zamawiający dokonał porównania zaoferowanych w tabeli cen elementów robót, stwierdzając, że w przypadku 8 elementów robót ceny są niższe od średniej arytmetycznej cen elementów robót wszystkich złożonych ofert w przedziale od 19,3% do 68,44%. Analiza porównawcza cen wyglądała w sposób poniższy:

1. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Roboty przygotowawcze i rozbiórkowe (pozycja 2 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 280 000,00 zł netto jest niższa o 48,2 % od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 540 616,18 zł.

2. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Kanał technologiczny (pozycja 9 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 157 750,00 zł netto jest niższa o 58,4 % od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 379 309,55 zł.

3. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Kanalizację deszczową (pozycja 10 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 262 000,00 zł netto jest niższa o 57,9% od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj 2 998 676,19 zł.

4. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Kanalizację sanitarną (pozycja 11 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 262 000,00 zł netto jest niższa o 21,3% od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 604 305,64 zł.

5. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Sieć wodociągową (pozycja 12 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 1262 000,00 zł netto jest niższa o 19,3% od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 563 867,17 zł.

6. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Sieć ciepłowniczą (pozycja 14 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 1 262 000,00 zł netto jest niższa o 31,1% od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 832 714,55 zł.

7. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Oświetlenie drogowe (pozycja 15 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 946 500,00 zł netto jest niższa o 32,2 % od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 396 232,06 zł.

8. Zaoferowana przez Wykonawcę cena za Przebudowę kolizji teletechnicznych (pozycja 17 - Tabela cen elementów robót) w wysokości 631 000,00 zł netto jest niższa o 68,44% od średniej arytmetycznej cen składowych wszystkich złożonych ofert tj. 1 999 460,32 zł. (...) W odpowiedzi na wezwanie Zamawiający otrzymał wyjaśnienia:

1) wyjaśnienie dotyczące pozycji 1 — przekonało Zamawiającego, że może istnieć uznaniowy podział robot — Zamawiający uznał wyjaśnienie,

2) w zakresie pozycji 2 - 8 wykonawca przedstawił oferty podwykonawców, których nie wykazał w ofercie pomimo żądania Zamawiającego sprecyzowanego w SWZ, i pomimo faktu, że oferty są datowane przed składaniem ofert. Oferty podwykonawców określają tylko wartość robót w poszczególnych branżach. Wyjaśnienia Wykonawcy ograniczyły się tylko do załączenia ofert podwykonawców, bez szczegółowej kalkulacji kosztów i przyjętych założeń, umożliwiających Zamawiającemu ocenę czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca na etapie przygotowania oferty cenę poszczególnych elementów robót powinien skalkulować i tę kalkulację winien przedstawić Zamawiającemu na

wezwanie. Do wyjaśnień Wykonawca załączył również różne oferty handlowe nie precyzując jednoznacznie jakiego zakresu prac dotyczą i w jaki sposób wpływają na konkretne elementy cen. Budzi duże wątpliwości Zamawiającego sposób wyliczenia ceny oferty w poszczególnych branżach. W przypadku wyjaśnianych pozycji od 3 do 8, ceny oferowane przez podwykonawców stanowiące załącznik do wyjaśnień w znaczny sposób odbiegają od cen zaoferowanych przez Wykonawcę i Wykonawca w swoich wyjaśnieniach w przypadku 6 cen elementów robot wyjaśnia, że „po przeprowadzeniu analizy stwierdziliśmy, że należy wartość tej oferty urealnić do kwoty ...” i takie wyjaśnienia budzą duże wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia przez Wykonawcę, gdyż wyjaśnienia wyraźnie wskazują, że Wykonawca nie dokonał rzetelnej kalkulacji ceny oferty. Wykonawca zdecydował się na „urealnienie” ofert podwykonawców co oznaczałoby, że były one nierealne, nierzeczywiste. Oferty nierealne czyli niewiarygodne nie powinny i nie mogą stanowić dowodu co do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (...). Wobec braku udzielenia wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień, braku szczegółowej kalkulacji kosztów, załączenia do wyjaśnień „nierealnych” ofert podwykonawców Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał, że cena w wskazanych przez Zamawiającego w Tabeli cen elementów robót poz. 2-8 nie jest rażąco niska (...)”.

Odwołanie wobec powyższych czynności unieważnienia Postępowania i odrzucenia oferty złożył Wykonawca. W toku postępowania wszczętego odwołaniem Wykonawcy od decyzji z 4 października 2022 r. prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 2686/22 Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 21 października 2022 r. wyrok uwzględniający odwołanie i nakazujący Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

U podstaw wydania Wyroku leżały poczynione przez Izbę ustalenia oparte na stanowiskach Stron oraz dokumentacji postępowania i dokumentach złożonych przez Odwołującego w toku tamtejszej rozprawy, ponownie przedłożonych w sprawie niniejszej na posiedzeniu przez Odwołującego oraz uwzględnionych przez Zamawiającego przy dokonywaniu zaskarżonych w ramach niniejszego postępowania czynnościach ofertach podmiotów trzecich.

Izba wydając Wyrok ustaliła w szczególności, że udzielone przez Wykonawcę w dniu 20 września 2022 r. wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego były adekwatne pod względem szczegółowości do treści wezwania, a Odwołujący nie pominął żadnego z zadanych mu pytań a także, że Zamawiający nie miał powodów do odrzucenia oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu tej czynności. Izba wskazał tam, że uzasadnienie odrzucenia oferty Wykonawcy w październiku 2022 r. nie wskazał, jakie

działania Odwołującego spowodowały, że uzyskał on przewagę nad konkurentami uzasadniającą zarzuceniu mu czynu nieuczciwej konkurencji, że kierował się wątpliwościami, o których mowa w uzasadnieniu odrzucenia oferty i oparł w decyzji w tym zakresie wyłącznie na podejrzeniach, nie podejmując próby wykazania zaistnienia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało uwzględnieniem zarzutu. Dalej Izba w tamtejszym Postępowaniu wskazała, że nie doszło do popełnienia przez Odwołującego zarzucanego mu czynu z następujących przyczyn:

1. Wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.
2. Zamawiający w żaden sposób nie określił granicznych proporcji cen za dokumentację projektową i roboty budowlane.
3. Cena całkowita oferty Odwołującego jako jedyna mieściła się w kwocie jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia.
4. Cena całkowita oferty Odwołującego stanowiła ok. 96% ceny całkowitej oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu.
5. Brak jest podstaw do uznania, że cena zaoferowane przez Odwołującego za realizację robót budowlanych była rażąco niska i nie pozwalała na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

I w konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, by Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący skorzystał z możliwości dopuszczonych przez postanowienia SWZ, a brak podstaw do stwierdzenia, że tych możliwości w sposób nieuczciwy nadużył. Izba podniosła dalej, że „Zamawiający podniósł w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że „Gdyby zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 456 ust. 1 pkt. 1 po wykonaniu przez Wykonawcę tylko prac projektowych, Zamawiający zmuszony byłby zapłacić za nie wynagrodzenie nieadekwatne do wartości rynkowej tego opracowania”. Faktem jest, że cena zaoferowana przez Odwołującego za prace projektowe była zdecydowanie wyższa niż ceny pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Skoro jednak Zamawiający obawiał się możliwości odstąpienia od realizacji umowy na podstawie art. 456 ust. 1 pkt 1 Pzp winien się w stosowny sposób zabezpieczyć – choćby przez określenie proporcji ceny za prace projektowe i roboty budowlane. Ponadto, by fakt ten miał wskazywać na dopuszczenie się przez Odwołującego inżynierii cenowej (tj. niedopuszczalnego przeniesienia części kosztów z robót budowlanych do kosztów prac projektowych) Zamawiający winien wykazać, że cena Odwołującego za roboty budowlane była rażąco niska. Tymczasem stanowisko Zamawiającego w tej mierze sprowadza się do zarzutu nadmiernej ogólnikowości wyjaśnień, mimo, że były one w pełni adekwatne do treści wezwania do wyjaśnień. Jeśli Zamawiający oczekiwał bardziej szczegółowych wyjaśnień to powinien jasno wskazać w wezwaniu te elementy, które muszą

zostać opisane przez wykonawcę. W ocenie Izba Odwołujący udzielił odpowiedzi na wszystkie zadane mu pytania, a na poparcie ich prawdziwości złożył stosowne dowody. Zamawiający natomiast nie określił przyczyn, dla których w jego ocenie realizacja robót budowlanych za zaoferowaną cenę, w tym kwestionowane przez Zamawiającego ceny jednostkowe, nie będzie możliwa. Zamawiający stwierdził, że o nierealności cen Odwołującego świadczyło to, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, że „urealnił” ceny podwykonawców. Zamawiający pominął jednak, że Odwołujący wyjaśnił co miał na myśli. Biorąc pod uwagę uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie sposób oprzeć się wrażeniu, że Zamawiający uznał, że cena za prace projektowe – jako niezgodna z jego niewyrażonymi w treści SWZ wyobrażeniami – świadczy o nieuczciwości Odwołującego, a to z kolei świadczy o nieprawdziwości wyjaśnień Odwołującego dotyczących cen jednostkowych w zakresie robót budowlanych, niezależnie od argumentów i dowód jakimi się on posłużył.”

Zgodnie z Wyrokiem Zamawiający unieważnił Postępowanie i powtórzył badanie i ocenę oferta a w dniu 14 grudnia 2022 r. ponownie wydał decyzję o unieważnieniu Postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego, zaskarżone odwołaniem w ramach niniejszego Postępowania. Podstawy prawne powyższych czynności były tożsame z podstawami decyzji z 4 października 2022 r. a uzasadnienie prawne poszerzone o analizę wpływu inżynierii cenowej na innych wykonawców a także o analizę dowodów przedłożonych Zamawiającemu w toku postępowania prowadzonego uprzednio przez Krajową Izbą Odwoławczą i przedłożonych ponownie przez Odwołującego w trakcie posiedzenia w niniejszej sprawie.

Zamawiający unieważnił decyzją z dnia 14 grudnia 2022 r. Postępowanie wobec tego, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający odrzucił również ofertę Wykonawcy ponownie na podstawie art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp wobec złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że w decyzji Zamawiający ponowił argumentację dotyczącą rażącej różnicy w cenie ofertowej Wykonawcy za opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej w kwocie 4 428 000 zł brutto, 3 600 000 zł netto od pozostałych zaoferowanych cen za wykonanie dokumentacji projektowej i od cen rynkowych, dodatkowo wskazując, że cena ta odbiega nie tylko od cen oferowanych w ramach Postępowania, ale od cen rynkowych w tym od cen oferowanych w poprzednio ogłaszanych przez Zamawiającego przetargach na szerszy od

niniejszego zakres prac projektowych. Tutaj rozszerzył uzasadnienie o wskazanie różnic z wszystkimi a nie tylko wybranymi wartościami ofert z tych postępowań.

Zamawiający dodatkowo wskazał na niezgodność wyceny dokonanej przez Wykonawcę z zasadami wynikającymi z Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 29 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym.

Zamawiający ponowił ocenę złożonych wyjaśnień z dnia 15 września 2022 r. jako niewystarczających – niewyczerpujących i niezawierających szczegółowej kalkulacji ceny. Podobnie jak tę odnoszącą się do ofert podwykonawców Odwołującego oraz podmiotów trzecich do których ofert i wycen odnosił się Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 15 września 2022 r. dotyczącą w szczególności jej niespójności i nieadekwatności dla wykazania realności i prawidłowości wyceny.

W konsekwencji powyższego Zamawiający ponownie uznał, że wobec braku wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień co do rażącego zawyżenia ceny prac projektowych, braku spójności wyjaśnień z treścią oferty oraz rażącym zawyżeniem ceny za wykonanie prac projektowych, zaoferowana cena za wykonanie prac projektowych jest zawyżona, nierealna, nieadekwatna w stosunku do cen rynkowych i znacznie od nich odbiegająca i że Wykonawca w sposób niedozwolony dokonał manipulacji ceną, co należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie, z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zamawiający ponownie wskazał na zagrożenia, jakie w jego ocenie wiązać mogą się z wcześniejszym zakończeniem umowy, w której prace projektowe zostały wycenione na zbyt wysokim poziomie oraz wiążącą się z tym możliwością sfinansowanie reszty zamówienia w znacznej części ze środków Zamawiającego bez konieczności zaciągania przez Wykonawcę kredytów czy pożyczek, co stawia Wykonawcę w lepszej od innych oferentów sytuacji.

Zamawiający ponowił również analizę i argumentację w zakresie rażącego zaniżenia pozostałych elementów ceny ofertowej oraz łącznej ceny ofertowej robót budowlanych i oferty odwołując się do podnoszonych w poprzedniej decyzji okoliczności w konsekwencji uznając, że wycena ta jest rażąco niska i nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia a wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie również nie są wystarczające dla uznania, że jest inaczej.

Zamawiający powołał również szereg stanowisk orzecznictwa w zakresie ciężaru dowodu, rażąco niskiej ceny oraz inżynierii cenowej

Mając na uwadze, treść decyzji Zamawiającego o unieważnieniu Postępowania i odrzuceniu oferty Wykonawcy z października oraz grudnia 2022 r., złożonych przez Odwołującego zarzutów Izba stwierdza, że decyzje Zamawiającego oparte są na tożsamy danych faktycznych i stanie prawnym, a decyzja aktualna zawiera jedynie uszczegółowienie danych i analiz przeprowadzonych przez Zamawiającego oraz dodatkowe uzasadnienie przyjętych już pierwotnie założeń, w postaci odwołania się do innych jeszcze postępowań lub dodatkowych wyliczeń, które potwierdzają różnice w cenach ofertowych Wykonawcy oraz cenach innych podmiotów, oraz różnorodności stawek istniejących na rynku. Na zróżnicowanie stawek rynkowych wskazuje również wyższa wycena kosztu pracy projektowej przyjęta przez Wykonawcę i stawki z pisma Izby Projektowania Budowlanego, niższa od ofertowej o około 5 zł za 2023 r i około 10 zł za 2022 r.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Strony, załączone do pism procesowych oraz złożone na posiedzeniu i oparła się na dokumentacji Postępowania (w szczególności decyzji o unieważnieniu Postępowania oraz odrzuceniu oferty Wykonawcy z dnia 4 października 2022 r., decyzji o unieważnieniu Postępowania oraz odrzuceniu oferty Wykonawcy z dnia 14 grudnia 2022 r., wezwania do wyjaśnień z dnia 15 września 2022 r. oraz odpowiedzi z 20 września 2022 r. wraz z załącznikami w postaci ofert i wycen podmiotów trzecich) a także z urzędu z dokumentów z akt postępowania jakie toczyło się Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą akt KIO 2686/22, w szczególności pism procesowych, protokołu posiedzenia i rozprawy, uwzględniając stanowiska i oświadczenia Stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie a także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2022 r. wydany w sprawie o sygnaturze akt KIO 2686/22.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego o odrębności i nowości czynności w postaci decyzji z dnia 14 grudnia 2022 r o unieważnieniu Postępowania i odrzuceniu oferty Wykonawcy będącej substratem zaskarżenia.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uwzględnia odwołanie nakazując unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Izba stwierdza, że pomiędzy tymi samymi stronami toczyło się już postępowanie odwoławcze, które zakończyło się wydaniem przez Izbę Wyroku, którym nakazano Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wyrok nie został zaskarżony i zgodnie z art. 565 ust. 1 Pzp jest prawomocny. Oznacza to, że po uzyskaniu prawomocności formalnej orzeczenie uzyskuje także cechę powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), która jest negatywnym aspektem prawomocności wyroku i polega na niedopuszczalności ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy, która została już prawomocnie osądzona (*ne bis in idem*). Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 12 lipca 2018 r. sygn. akt: III CZP 3/18 „Prawomocność orzeczenia sądu jest podstawą jego mocy wiążącej, która charakteryzuje się tym, że nikt nie może negować faktu istnienia orzeczenia i jego określonej treści. Przepis ten wyraża również tzw. pozytywny aspekt prawomocności materialnej orzeczenia sądowego przejawiający się w jego mocy wiążącej jako określonego przymiotu prawnego rozstrzygnięcia zawartego w treści orzeczenia. Skutek materialno-prawny prawomocnego orzeczenia oznacza, że prawomocne orzeczenie odpowiada rzeczywistości stanowi prawnemu, potwierdza go i czyni go niewątpliwym. Jeśli zatem dane zagadnienie prawne zostało prawomocnie rozstrzygnięte w pierwszym procesie, stanowi kwestię wstępną (*prejudycjalną*) w innym procesie, w którym dochodzone jest inne żądanie. Związanie prawomocnym wyrokiem oznacza, że sąd obowiązany jest uznać, iż kwestia prawna, która była już przedmiotem rozstrzygnięcia w innej sprawie, a która ma znaczenie *prejudycjalne* w sprawie przez niego rozpoznawanej, kształtuje się tak, jak przyjęto w prawomocnym wcześniejszym wyroku i w późniejszym procesie kwestia ta nie może być już ponownie badana (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2003 r., I CKN 263/01)”. Poglądy orzecznictwa prowadzą więc do wniosku, że powagą rzeczy osądzonej objęte są istotne prawnie okoliczności faktyczne, które determinowały konkretne rozstrzygnięcie. W sytuacji, gdy zachodzi związek prawomocnym orzeczeniem sądu i ustaleniami faktycznymi, które legły u jego podstaw, niedopuszczalne jest w innej sprawie o innym przedmiocie dokonywanie ustaleń i ocen prawnych sprzecznych z prawomocnie osądzoną sprawą. Rozstrzygnięcie zawarte w prawomocnym orzeczeniu stwarza stan prawny taki, jaki z niego wynika. Sądy rozpoznające

między tymi samymi stronami inny spór muszą przyjmować, że dana kwestia prawna kształtuje się tak, jak przyjęto w prawomocnym, wcześniejszym wyroku. A zatem w kolejnym postępowaniu, w którym pojawia się ta sama kwestia, nie może być ona już ponownie badana. Związanie orzeczeniem oznacza więc zakaz dokonywania ustaleń sprzecznych z uprzednio osądzoną kwestią, a nawet niedopuszczalność prowadzenia w tym zakresie postępowania dowodowego. (tak m.in. w wyrokach Sądu Najwyższego: z dnia 27 czerwca 2014 r. sygn. akt: V CSK 433/13, z dnia 16 maja 2013 r. sygn. akt: IV CSK 624/12, z dnia 14 listopada 2014 r. sygn. akt: II PK 38/13, z dnia 18 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 12/09; Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 3 kwietnia 2015 r. sygn. akt: I ACa 992/14, Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 sierpnia 2016 r., sygn. akt: I ACa 1030/15, Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 31 maja 2017 r. sygn. akt: III AUa 77/17).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba stwierdziła, że przedmiotem wcześniejszego postępowania zakończonym prawomocnym Wyrokiem była wadliwa ocena i odrzucenie oferty Wykonawcy jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji wadliwe unieważnienie Postępowania wobec tego, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Orzeczenie nie zostało to zaskarżone i jest wiążące. Prawomocność zapadłego w sprawie orzeczenia ma ten skutek w obecnym postępowaniu, że obowiązkiem jest respektowanie okoliczności faktycznych ustalonych we wcześniejszej sprawie, które określały istotę sporu i uzasadniały uwzględnienie zgłoszonego w niej zarzutu wadliwego odrzucenia oferty odwołującego i dalszych konsekwencji tego zdarzenia.

Stąd Izba związana ustaleniami w poprzedniej sprawie przyjęła je za swoje stwierdzając w szczególności adekwatność i prawidłowość udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz inżynierii cenowej i wiążący się z tym brak powodów do odrzucenia oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu tej czynności, tożsamy z wskazanymi w decyzji z 14 grudnia 2022 r. i w konsekwencji niezasadność unieważnienia Postępowania a więc braku podstaw do uznania ceny za rażąco niską oraz inżynierii cenowej będącej czynem nieuczciwej konkurencji.

Izba dodatkowo wskazuje, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 z kolei stanowi, iż 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. Według art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU 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. Uznanie, że doszło do ww. czynu nieuczciwej konkurencji ma miejsce w przypadku stwierdzenia, że niektóre ceny zostały sztucznie zawyżone, a inne sztucznie zaniżone, a działanie takie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Uwzględnienie podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga wykazania, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych i zaniżenia innych, gdyż tego rodzaju sytuacja może mieć inne przyczyny (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r. KIO 3295/21). W ocenie Izby Zamawiający nie sprostął powyższemu wymaganiu. Podnoszone przez Zamawiającego argumenty w skarżonej decyzji oraz analizowane dowody nie wskazują, jaki wpływ ukształtowanie ceny ofertowej miało na sytuację innych wykonawców w Postępowaniu i uzyskanie zamówienia. W Postępowaniu brak jest kryteriów oceny ofert odwołujących się do cen poszczególnych usług czy prac. Ukształtowanie cen jednostkowych nie ma wpływu na wynik postępowania. Kształtowanie ceny jest uprawnieniem oferentów, zarówno co do jej wysokości jak i stosowanych marż. Zgodne z Ustawą byłoby też zaliczkowanie zamówienia a więc wypłata środków przed zrealizowaniem całości przedmiotu zamówienia. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający nie przewidział wymagań, co do sposobu kształtowania cen za poszczególne elementy zamówienia, a cena ma charakter ryczałtowy. Stąd zgłaszanie zastrzeżeń w odniesieniu do zawyżenia lub zaniżenia pewnych elementów ceny kosztem innych nie jest uprawnione, w tym wobec nieustalenia rażącego charakteru zaniżenia ceny lub jej istotnej części składowej. Nie można również zarzucić Wykonawcy niezgodności zastosowanego modelu określenia ceny z przepisami regulującymi sposób szacowania wartości zamówienia, które wiążą Zamawiającego a brak jest przepisów i zapisów dokumentacji postępowania regulujących te kwestie. W zakresie rażąco niskiej Izba raz jeszcze podkreśla, że u podstawy decyzji Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2022 r. stoją te same dane i analizy doszczegółowione o dodatkowe wyliczenia poczynione według przyjętych przy wydaniu poprzedniej decyzji

założeń. Stąd Izba podzieliła stanowisko wyrażone w uzasadnieniu Wyroku oraz prezentowane przez Odwołującego. W ocenie Izby, dodatkowo przedstawione przez Zamawiającego dowody oraz analizy wskazywać mogą wyłącznie na różnorodność funkcjonujących w obrocie cen i nie są wystarczające do uznania, że ceny ustalone przez Wykonawcę są rażąco niskie w rozumieniu art. 224 Pzp. Izba nie ma podstaw do stwierdzenia, że:

- zaoferowana cena lub jej istotna część jest rażąco niska i nie daje możliwości prawidłowego wykonania zamówienia w rozumieniu art. 224 ust. 1 Ustawy a tym samym, że zgodne z Ustawą jest odrzucenie oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy, który odnosi się do rażąco niskiej ceny lub kosztu, czego uzasadnienia w skarżonej decyzji zabrakło a co leżało u podstaw Wyroku ani, że

- doszło do niezgodnej z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji inżynierii cenowej polegającej na zawyżeniu jednego elementu wyceny kosztem innego z naruszeniem Ustawy na co nie wskazują zawarte w skarżonej decyzji analizy i opis skutków jakie wiązać mogą się hipotetycznie z przyjętą przez Wykonawcę wyceną elementów zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w postaci bezpodstawnego unieważnienia przetargu. Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący

