

Sygn. akt: KIO 830/16

**WYROK**  
**z dnia 6 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Skarżyski - Zarząd Dróg Powiatowych, ul. Konarskiego 20, 26-110 Skarżysko-Kamienna**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **„Budromost-Starachowice” Sp. z o.o., ul. Świętego Rocha 31, 27-215 Wąchock** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 830/16 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Kielcach.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*przebudowa ul. Szydłowieckiej oraz ul. Niepodległości na odcinku od ul. Szydłowieckiej do dworca PKP wraz z rozbudową ulicy Wiejskiej na odcinku pomiędzy ulicami Sokolą i Szydłowiecką z budową ronda na skrzyżowaniu ulic Wiejskiej i Sokolej w Skarżysku –Kamiennej*”. Ogłoszenie o udzielenie zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 marca 2016 r. pod numerem 48944-2016.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 3 oraz pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
3. uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 oraz pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że podając powody odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał: „*kosztorys ofertowy Wykonawcy będący elementem oferty Wykonawcy, zawierający ceny jednostkowe skalkulowane na poziomie 1 grosza nie odpowiada treści SIWZ*”.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący podniósł, że warunkiem koniecznym do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest wykazanie niezgodności złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli składającego się na treść oferty z wymaganiami zamawiającego odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 19.05.2015 r., sygn. akt: KIO 945/15).

Zdaniem Odwołującego, wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty nie opiera się na wykazaniu sprzeczności zakresu zobowiązania Odwołującego wynikającego z oferty z zakresem zamówienia, oczekiwanego przez Zamawiającego w SIWZ, dotyczy natomiast sposobu kalkulacji ceny oferty.

W ocenie Odwołującego, nie wymaga zatem szczególnego uzasadnienia

stwierdzenie, że odrzucenie oferty Odwołującego z powołaniem się na okoliczność przyjętego przez niego sposobu kalkulacji cen jednostkowych dokonane zostało z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący podał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że ustalenie cen jednostkowych na poziomie 1 grosza stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) – dalej „u.z.n.k.”, tj. art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy.

W tym przedmiocie Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia dotyczące przyczyn podania dla jedynie dwóch rodzajów pozycji kosztorysowych („*oczyszczenie i skropienie nawierzchni*” oraz „*ław pod krawężniki*”) ceny jednostkowej wynoszącej 1 grosz zawarte zostały w jego pismach z dnia 14 kwietnia 2016 r. oraz z dnia 27 kwietnia 2016 r., stanowiących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Treść tych wyjaśnień potwierdza, zdaniem Odwołującego, że taki sposób określenia cen jednostkowych, w odniesieniu do wskazanych wyżej pozycji wynikał z przyczyn obiektywnych, nie miał na celu naruszenia interesu innych przedsiębiorców, jak i nie skutkowało naruszeniem ich interesu. Odwołujący podkreślił, że pozycje, dla których podano cenę 1 grosz wykonywane są w komplecie z innymi pozycjami, są w stosunku do nich służebne i w praktyce nie mają charakteru samodzielnych, stąd dopuszczalnym było dokonanie łącznej ich wyceny.

Odwołujący zauważył, że w doktrynie wskazuje się na dopuszczalność przenoszenia przez wykonawców wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych do innych pozycji w przypadku, gdy pozycje te są ze sobą logicznie i praktycznie powiązane, a działanie wykonawcy w tym zakresie nie jest ukierunkowane na instrumentalne manipulowanie cenami jednostkowymi, np. w wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 791/13: *„W okolicznościach sprawy przeniesienie przez przystępującego wartości pozycji kosztorysu ofertowego do innych pozycji nie ma charakteru istotnego. Przede wszystkim dotyczy nielicznej części pozycji - wątpliwości zamawiającego, które stały się podstawą wywodów odwołania dotyczą 185 z ponad 5.000 pozycji kosztorysu. Po wtóre: wycena prac nie została pominięta, ani przeniesiona przez przystępującego do innych pozycji w sposób całkowicie dowolny. Przystępujący wycenił pozycje, gdzie wskazał cenę 0,01 zł, co stało się przedmiotem wezwania do wyjaśnień, w innych pozycjach dotyczących tego samego obiektu. Zatem zapłata za nie zostanie dokonana przez zamawiającego na tym samym etapie wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z istotą wynagrodzenia kosztorysowego. Oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia”*.

W tym kontekście Odwołujący wskazał również na wyimek z wyroku KIO z dnia 11 września 2013 r., sygn. akt KIO 2083/13: *„Owszem, w praktyce i orzecznictwie, w celu zapobiegania nadmiernemu usztywnianiu wymagań i niepotrzebnemu odrzucaniu de facto prawidłowych ofert, przyjmuje się czasem, że pewne koszty można "przenosić" pomiędzy pozycjami, ale w znaczeniu ujęcia ich w pozycjach dotyczących robót powiązanych ze sobą logicznie i praktycznie i w granicach rozsądku, a nie jako totalny leseferyzm w tym zakresie”.*

Odwołujący zwrócił uwagę, że dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.) w świetle przepisów wskazanej wyżej ustawy niezbędne jest udowodnienie przez Zamawiającego dwóch okoliczności: po pierwsze, że Odwołujący oferuje wykonanie robót budowlanych poniżej kosztów ich wytworzenia, po drugie, iż zaferowanie wykonania robót budowlanych poniżej kosztów ich wytworzenia ma na celu eliminację innych przedsiębiorców.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu, nie wykazał żadnej z powyższych okoliczności.

Zdaniem Odwołującego, wystarczające jest zwrócenie uwagi, iż cena oferty Odwołującego (3.308.799,48 zł) jest nieznacznie niższa od ceny oferty wybranego wykonawcy (3.382.508,93 zł), jak też cen pozostałych ofert (łącznie złożono 8 ofert). Jak zatem widać, cena oferty Odwołującego stanowi cenę rynkową, nieznacznie niższą od cen pozostałych ofert, a w tych okolicznościach nie sposób twierdzić, zdaniem Odwołującego, że zaferowana cena oferty nie pokrywa kosztów wykonania zamówienia.

W odniesieniu do drugiej ze wskazanych wyżej przesłanek, Odwołujący podniósł, że kryterium oceny ofert stanowiła cena całej oferty, a nie cena poszczególnych pozycji kosztorysowych, w tym pozycji, dla których Odwołujący podał ceny w wysokości 1 grosz (ceny jednostkowe, np. stawki roboczogodziny mogą stanowić samodzielne kryterium oceny ofert). Okoliczność ta oznacza, że podanie dla dwóch rodzajów pozycji kosztorysowych (łącznie 17 pozycji) ceny 1 grosz, w sytuacji, w której taki sposób kalkulacji miało, w ocenie Odwołującego, racjonalne uzasadnienie (o czym była mowa wyżej), nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. Odwołujący stoi na stanowisku, że jego działanie nie stanowiło manipulowania cenami jednostkowymi w celu eliminacji konkurencji, jak stara się zasugerować Zamawiający poprzez przywołanie wyroku KIO o sygn. akt: KIO 1934/12 (natomiast drugi z przywołanych wyroków KIO, sygn. akt: KIO 7/13 dotyczy nieporównywalnego, zdaniem Odwołującego, stanu faktycznego).

Odwołujący podkreślił, że przyjęty przez niego sposób wyceny zaprezentowany został w postępowaniu również przez innych wykonawców (Strabag sp. z o.o.), a ponadto akceptowany był przez Zamawiającego w innych postępowaniach i dotychczas nie był przez niego kwestionowany.

Odwołujący zauważył, że twierdzenie o zaferowaniu przez niego ceny rażąco niskiej oparte zostało wyłącznie na ustaleniu, że dla wskazanych pozycji kosztorysowych (17 pozycji) składających się na dwa rodzaje prac, tj. „*oczyszczenie i skropienie nawierzchni*” oraz „*ławy pod krawężniki*” podano ceny jednostkowe w wysokości 1 grosza. Z takim stanowiskiem Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, nie sposób się zgodzić.

Odwołujący podniósł, że cena rażąco niska to cena, za którą nie jest możliwe wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Rażąco niskie ceny jednostkowe mogą być co najwyżej podstawą do badania całej oferty, nigdy jednak same w sobie nie stanowią podstawy do uznania, że cena całej oferty jest rażąco niska.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający omyłkowo powołał się w swoim piśmie, w celu wykazania zasadności swojej decyzji, na wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 791/13. W wyroku tym wskazano na brak podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w okolicznościach zaferowania przez wykonawcę dla części pozycji kosztorysowych stawki 1 grosz. W wyroku tym wskazano ponadto na dopuszczalność przenoszenia przez wykonawców wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych do innych pozycji w przypadku, gdy pozycje te są ze sobą logicznie i praktycznie powiązane.

Odwołujący ponownie dostrzegł, że ceny złożonych ofert nieznacznie się różnią, co potwierdza rynkowy poziom ceny jego oferty. Ponadto, Odwołujący podał, że działając w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w sposób wyczerpujący udzielił wyjaśnień co do zaferowanej ceny, w tym wyjaśnił sposób kalkulacji tych pozycji, dla których wskazano stawkę 1 grosz. Wyjaśnienia te mają charakter obiektywnych i jednoznacznie wskazują sposób kalkulacji ceny oferty. W świetle tych wyjaśnień, zdaniem Odwołującego, odrzucenie jego oferty dokonane zostało z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, jak i jest niezrozumiałe z punktu widzenia niezbędnej dbałości o oszczędne wydatkowanie środków publicznych.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie (pismo z dnia 30 maja 2016 r.).

Przystępujący przedstawił swoją argumentację w piśmie procesowym z dnia 30 maja 2016 r.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt 11 ppkt 11.14 SIWZ na ofertę składają się:

- 1) „*Formularz Oferty sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ (...)*”
- 2) „*Kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ (...)*”.

W świetle pkt 13 ppkt 13.2 SIWZ: „Cena oferty zostanie wyliczona w oparciu o kosztorys ofertowy (załącznik nr 2) składający się z trzech kosztorysów – załącznik nr 2/1 (ul. Szydłowiecka i Niepodległości), załącznik nr 2/2 (ul. Wiejska) oraz załącznik nr 2/3 (Zbiornicze zestawienie wartości robót). W każdym z kosztorysów – załączników 2/1 i 2/2, należy określić ceny jednostkowe netto, wartość netto poszczególnych pozycji kosztorysu (iloczyn ceny netto i ilości jednostek), wartość końcową kosztorysu netto (suma wszystkich pozycji kosztorysu). Następnie, w Zbiorniczym zestawieniu wartości robót – załącznik 2/3, należy wpisać i zsumować końcowe wartości netto kosztorysów a następnie dodać stawkę podatku VAT w obowiązującej wysokości. Wyliczona w ten sposób cena stanowić będzie cenę oferty i będzie podstawą do oceny i porównania złożonych ofert”.

Dalej Zamawiający wskazał (ppkt 13.3 SIWZ), że: „Ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysu są cenami ryczałtowymi netto i winny ustalać wysokość należnego Wykonawcy wynagrodzenia za kompleksowe wykonanie jednostki obmiarowej wraz z:

- materiałami, urządzeniami niezbędnymi do prawidłowego wykonania jednostki obmiarowej, w tym wynikającymi z dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych, kosztorysu ofertowego,
- wszelkimi robotami – pracami pomocniczymi i towarzyszącymi, które są konieczne do prawidłowego wykonania robót ujętych w kosztorysie ofertowym, w tym pracami pomocniczymi i towarzyszącymi wynikającymi ze specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej,
- wszelkimi innymi robotami, pracami, badaniami (laboratoryjnymi), czynnościami, obowiązkami i wymogami wynikającymi z niniejszej specyfikacji (projektu umowy, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, dokumentacji projektowej, kosztorysu ofertowego)”.

Nadto: „Kosztorys ofertowy należy opracować przy uwzględnieniu cen przewidywanych w okresie planowanej realizacji robót, rzeczywistych warunków realizacji zamówienia oraz wymogów wynikających z niniejszej specyfikacji. W okresie realizacji zadania ceny jednostkowe kosztorysu ofertowego nie będą podlegały zmianom”.

Zgodnie zaś z § 10 projektu umowy: „Wynagrodzenie, określone w ust. 1 odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarze robót (kosztorysie ofertowym) i jest wynagrodzeniem kosztorysowym” (ust. 1). „Ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone w oparciu o kosztorys powykonawczy sprawdzony i zatwierdzony przez inspektora nadzoru inwestorskiego opracowany w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym i faktyczne ilości wykonanych robót przyjęte z książki obmiarów z uwzględnieniem zmian na skutek wystąpienia okoliczności, o których mowa w § 1 ust. 6 niniejszej umowy oraz postanowień zawartych w ust. 4” (ust. 2).

W Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-M-00.00.00. *Wymagania ogólne* podano: „Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu.

*Dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest wartość (kwota) podana przez Wykonawcę w danej pozycji kosztorysu.*

*Cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w SST i w dokumentacji projektowej.*

*Ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe robót będą obejmować:*

- robociznę bezpośrednią wraz / towarzyszącymi kosztami,
- wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy,
- wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami,
- koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko,
- podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami” (pkt 9.1. Ustalenia ogólne).

W Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-04.03.01. *Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych* zawarto stwierdzenie: „Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności podano w SST D-M-00.00.00. „Wymagania ogólne” pkt 9” (pkt 9.1. powołanej Specyfikacji). Dalej wskazano: „Cena 1 m<sup>2</sup> oczyszczenia warstw konstrukcyjnych obejmuje:

- mechaniczne oczyszczenie każdej niżej położonej warstwy konstrukcyjnej nawierzchni z ewentualnym polewaniem wodą lub użyciem sprężonego powietrza,
- ręczne odspojenie stwardniałych zanieczyszczeń.

*Cena 1 m<sup>2</sup> skropienia warstw konstrukcyjnych obejmuje:*

- dostarczenie lepiszcza i napełnienie nim skrapiarek,
- podgrzanie lepiszcza do wymaganej temperatury,
- skropienie powierzchni warstwy lepiszczem,
- przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych wymaganych w specyfikacji technicznej” (pkt 9.2. powołanej Specyfikacji).

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy. Wykonawca w złożonym kosztorysie ofertowym dotyczącym przebudowy ul. Szydłowieckiej i ul. Niepodległości, stanowiącym załącznik nr 2/1 do SIWZ, w każdej z pozycji oznaczonych numerami: 4.2 – Oczyszczenie nawierzchni drogowych, mechaniczne, nawierzchnia ulepszona (bitum); 4.3 - Oczyszczenie nawierzchni drogowych, mechaniczne, nawierzchnia ulepszona (bitum); 4.4 – Skropienie nawierzchni drogowej asfaltem; 5.1 – Ławy pod krawężniki, betonowa z oporem;



9.6 - Ławy pod krawężniki, betonowa z oporem; 9.8 – Ławy pod obrzeże, betonowa z oporem; 10.6 - Ławy pod krawężniki, betonowa z oporem; 10.8 - Ławy pod obrzeże, betonowa z oporem; 11.6 - Ławy pod krawężniki, betonowa z oporem; 11.8 – Ławy pod krawężniki, betonowa z oporem; 12.7 – Ławy pod krawężniki, betonowa z oporem; 13.2 – Ławy pod krawężniki, betonowa z oporem jako cenę jednostkową zaoferował cenę na poziomie 0,01 zł.

W takiej samej kwocie, tj. 0,01 zł zostały ustalone przez Odwołującego ceny jednostkowe w ramach pozycji oznaczonych numerami: 17 d.4 – Ława pod krawężniki betonowa z oporem z betonu C12/15; 22 d.4 - Ława pod krawężniki betonowa z oporem z betonu C12/15; w kosztorysie ofertowym rozbudowy ul. Wiejskiej na odcinku pomiędzy ulicami Sokolą i Zielną stanowiącym załącznik nr 2/2 do SIWZ. Również cena jednostkowa w wysokości 0,01 zł widnieje w pozycjach oznaczonych numerami: 5.1 – Skropienie mechaniczne warstw konstrukcyjnych ulepszonych emulsją asfaltową – połączenie międzywarstwowe; 5.3 - Skropienie mechaniczne warstw konstrukcyjnych ulepszonych emulsją asfaltową – połączenie międzywarstwowe; 7.1 – Wykonanie ławy betonowej z oporem z betonu C 12/15 0,075 m<sup>3</sup>/mb pod krawężnik w kosztorysie ofertowym rozbudowy ul. Wiejskiej na odcinku pomiędzy ulicami Sokolą i Zielną, stanowiącego załącznik nr 2/2 do SIWZ.

Cena zaproponowana przez Odwołującego za wykonanie przedmiotowego zamówienia wynosiła 3.308.799,48 zł. Przystępujący zaoferował cenę 3.382.508,93 zł. Ponadto oferty złożyło jeszcze sześciu wykonawców, proponując następujące ceny: 4.019.794,50 zł; 3.615.989,52 zł; 3.728.493,77 zł; 3.506.370,03 zł; 3.753.746,55 zł; 3.393.461,28 zł.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2016 r., Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, „w związku z ustaleniem, iż zaproponowana w ofercie cena jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia” zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 679, z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Ponadto Zamawiający zwrócił się „o wyjaśnienie, czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ i załącznikami do SIWZ, oraz o potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna wraz z podaniem informacji na temat rentowności tego przedsięwzięcia. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena została skalkulowana rzetelnie i czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Wykonawca powinien wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona.

Przedstawione wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy również o przesłanie wszystkich uznanych przez Państwa za istotne informacji oraz dowodów, których Zamawiający nie wymienił powyżej.

Jednocześnie informuję, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

Dodatkowo Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wzywa do złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia cen jednostkowych wraz ze wskazaniem kosztów robocizny, materiałów, pracy sprzętu oraz kosztów ogólnych i zysku ujętych w pozycjach:

- 1) 2.11; 2.12; 2.13; 2.15; 3.6; 4.1; 4.2; 4.3; 4.4; 4.6; 5.1; 9.6; 9.8; 10.6; 10.8; 11.6; 11.8; 12.7; 13.2 Kosztorysu ofertowego przebudowy ul. Szydłowieckiej i ul. Niepodległości stanowiącego załącznik nr 2/1 do SIWZ,
- 2) 13 d.2; 14 d.3; 17 d.4; 22 d.4; 45 d.11; 59 d.12; 60 d.12; 61 d.12 Kosztorysu ofertowego rozbudowy ul. Wiejskiej na odcinku pomiędzy ulicami Sokolą i Zielną stanowiącego załącznik nr 2/2 do SIWZ,
- 3) 5.1; 5.3; 7.1 Kosztorysu ofertowego przebudowy ul. Wiejskiej na długości 262 mb stanowiącego załącznik nr 2/2 do SIWZ,
- 4) 19 d.2; 20 d.2; 21 d.2; 22 d.2 Kosztorysu ofertowego przebudowy kanalizacji deszczowej stanowiącego załącznik nr 2/2 do SIWZ,
- 5) 1 d.1; 24 d.4; 40 d.7 Kosztorysu ofertowego przebudowy wodociągu stanowiącego załącznik nr 2/2 do SIWZ”.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 14 kwietnia 2016 r., zastrzegając ich poufność ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4 u.z.n.k.). Biorąc powyższe pod uwagę ich treść nie będzie przytaczana.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, „że złożone wyjaśnienia są niewystarczające ponieważ Wykonawca nie ustosunkował się do szczegółowego wyliczenia cen jednostkowych wraz ze wskazaniem kosztów robocizny,

*materiałów, pracy sprzętu oraz kosztów ogólnych i zysku ujętych w pozycjach dotyczących kosztorysu ofertowego, które zostały wymienione w wezwaniu”.*

W związku z powyższym Zamawiający, na podstawie art. art. 90 ust. 1 oraz 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego „do złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia cen jednostkowych obejmujących :

- *robocizną bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami,*
- *wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych,*
- *ubytków i transportu na teren budowy,*
- *wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami,*
- *koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko,*
- *podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami,*

*ujętych w następujących pozycjach:*

- 1) *2.11; 2.12; 2.13; 2.15; 3.6; 4.1; 4.2; 4.3; 4.4; 4.6; 5.1; 9.6; 9.8; 10.6; 10.8; 11.6; 11.8; 12.7; 13.2 Kosztorysu ofertowego przebudowy ul. Szydłowieckiej i ul. Niepodległości stanowiącego załącznik nr 2/1 do SIWZ,*
- 2) *13 d.2; 14 d.3; 17 d.4; 22 d.4; 45 d.11; 59 d.12; 60 d.12; 61 d.12 Kosztorysu ofertowego rozbudowy ul. Wiejskiej na odcinku pomiędzy ulicami Sokolą i Zielną stanowiącego załącznik nr 2/2 do SIWZ,*
- 3) *5.1; 5.3; 7.1 Kosztorysu ofertowego przebudowy ul. Wiejskiej na długości 262 mb stanowiącego załącznik nr 2/2 do SIWZ,*
- 4) *19 d.2; 20 d.2; 21 d.2; 22 d.2 Kosztorysu ofertowego przebudowy kanalizacji deszczowej stanowiącego załącznik nr 2/2 do SIWZ,*
- 5) *1 d.1; 24 d.4; 40 d.7 Kosztorysu ofertowego przebudowy wodociągu stanowiącego załącznik nr 2/2 do SIWZ”.*

Ponadto Zamawiający poprosił „o wyjaśnienie, czy zaoferowane ceny jednostkowe ujęte w w/w pozycjach kosztorysowych nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji i tym samym nie spowodują utrudnienia innym wykonawcom w dostępie do rynku, a także czy nie mają one na celu wymuszenia na Zamawiającym wyboru Wykonawcy”.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2016 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień, zastrzegając ich poufność ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4 u.z.n.k.). Biorąc powyższe pod uwagę ich treść nie będzie przytaczana.

W wyniku dokonanej oceny oferty Odwołującego Zamawiający podjął decyzję o jej odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał: „Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w szczegółowej specyfikacji technicznej (vide: SST pkt 9 Podstawa płatności) zawierającej opis przedmiotu zamówienia oraz stanowiącej integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przewidział, iż cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w SST i w dokumentacji projektowej a także wskazał, iż ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe robót będą obejmować:

- robociznę bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami,
- wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy,
- wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami,
- koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko,
- podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Ponadto Zamawiający w pkt. 13 SIWZ przewidział warunki dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu. W szczególności ppkt. 13.2 SIWZ stanowi, iż cena oferty zostanie wyliczona w oparciu o kosztorys ofertowy (załącznik nr 2) składający się z trzech kosztorysów - załącznik nr 2/1 (ul. Szydłowiecka i Niepodległości), załącznik nr 2/2 (ul. Wiejska) oraz załącznik nr 2/3 (Zbiornicze zestawienie wartości robót). W każdym z kosztorysów - załączników 2/1 i 2/2, należy określić ceny jednostkowe netto, wartość netto poszczególnych pozycji kosztorysu (iloczyn ceny netto i ilości jednostek), wartość końcową kosztorysu netto (suma wszystkich pozycji kosztorysu). Następnie, w Zbiorniczym zestawieniu wartości robót -załącznik 2/3, należy wpisać i zsumować końcowe wartości netto kosztorysów a następnie dodać stawkę podatku VAT w obowiązującej wysokości. Wyliczona w ten sposób cena stanowić będzie cenę oferty i będzie podstawą do oceny i porównania złożonych ofert i porównania złożonych ofert.

Z kolei zgodnie z ppkt. 13.3. SIWZ ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysu są cenami ryczałtowymi netto i winny ustalać wysokość należnego Wykonawcy wynagrodzenia za kompleksowe wykonanie jednostki obmiarowej wraz z:

- materiałami, urządzeniami niezbędnymi do prawidłowego wykonania jednostki obmiarowej, w tym wynikającymi z dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych, kosztorysu ofertowego,
- wszelkimi robotami - pracami pomocniczymi i towarzyszącymi, które są konieczne do prawidłowego wykonania robót ujętych w kosztorysie ofertowym, w tym pracami

*pomocniczymi i towarzyszącymi wynikającymi ze specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej,*

- wszelkimi innymi robotami, pracami, badaniami (laboratoryjnymi), czynnościami, obowiązkami i wymogami wynikającymi z niniejszej specyfikacji (projektu umowy, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, dokumentacji projektowej, kosztorysu ofertowego).*

*Natomiast zgodnie z ppkt. 13.4 SIWZ kosztorys ofertowy należy opracować przy uwzględnieniu cen przewidywanych w okresie planowanej realizacji robót, rzeczywistych warunków realizacji zamówienia oraz wymogów wynikających z niniejszej specyfikacji. W okresie realizacji zadania ceny jednostkowe kosztorysu ofertowego nie będą podlegały zmianom.*

*Przed wszystkim podnieść należy, że Wykonawca w złożonym kosztorysie ofertowym dotyczącym przebudowy ul. Szydłowieckiej i ul. Niepodległości stanowiącym załącznik nr 2/1 do SIWZ w każdej z pozycji oznaczonych numerami: 4.2; 4.3; 4.4; 5.1; 9.6; 9.8; 10.6; 10.8; 11.6; 11.8; 12.7; 13.2 jako cenę jednostkową zaoferował cenę na poziomie 0,01 zł.*

*W takiej samej kwocie, tj. 0,01 zł zostały przedstawione ceny jednostkowe w ramach pozycji oznaczonych numerami; 17 d.4; 22 d.4; w kosztorysie ofertowym rozbudowy ul. Wiejskiej na odcinku pomiędzy ulicami Sokolą i Zielną stanowiącym załącznik nr 2/2 do SIWZ. Również cena jednostkowa w wysokości 0,01 zł widnieje w pozycjach oznaczonych numerami: 5.1; 5.3; 7.1 w kosztorysie ofertowym rozbudowy ul. Wiejskiej na odcinku pomiędzy ulicami Sokolą i Zielną stanowiącego załącznik nr 2/2 do SIWZ.*

*W związku z powyższym nie sposób uznać, że Wykonawca wyceniając wartość wszystkich czynności i elementów składających się na jedną pozycję kosztorysową w wysokości 1 grosza uwzględnił w takiej wartości wszystkie wymagania dotyczące wyliczenia ceny jednostkowej, które zostały wskazane i szczegółowo opisane przez Zamawiającego w SIWZ, co uzasadnia stanowisko że treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ. Oczywistym jest że nie ma możliwości aby w cenie jednostkowej w wysokości 1 grosza ujęto koszty materiałów, sprzętu a także koszty dotyczące robocizny.*

*Należy podkreślić, iż ceny jednostkowe w ramach poszczególnych pozycji w kosztorysie ofertowym Wykonawcy skalkulowane na poziomie 0,01 zł są w istocie cenami wyliczonymi w sposób nierealny i nierynkowy.*

*Mając powyższe na uwadze kosztorys ofertowy Wykonawcy będący elementem oferty Wykonawcy, zawierający ceny jednostkowe skalkulowane na poziomie 1 grosza nie odpowiada treści SIWZ. Potwierdzeniem powyższego stanu rzeczy są również wyjaśnienia samego Wykonawcy przedstawione w piśmie z dnia 14.04.2015 r. oraz w piśmie z dnia 27.04.2016 r., w których wprost zostało wskazane, że zakwestionowane przez*

*Zamawiającego ceny jednostkowe w wysokości 1 grosza zostały skalkulowane sumarycznie z innymi pozycjami kosztorysu.*

*Taki sposób określenia wartości poszczególnych pozycji kosztorysu dodatkowo budzi wątpliwości u Zamawiającego w kwestii czy również ceny jednostkowe w tych pozycjach do których de facto przeniesiono koszty pozycji z ceną jednostkową w wysokości 0,01 zł zostały skalkulowane w sposób zgodny z treścią SIWZ.*

*Poza tym szczególnie istotną okolicznością jest fakt, że Zamawiający w ramach przedmiotowego zamówienia przewidział rozliczenie kosztorysowe, co jednoznacznie wynika z treści § 10 ust. 2 projektu umowy, zgodnie z którym „Wynagrodzenie, określone w ust. 1 odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarze robót (kosztorysie ofertowym) i jest wynagrodzeniem kosztorysowym”. Natomiast zgodnie z treścią § 10 ust. 3 projektu umowy „Ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone w oparciu o kosztorys powykonawczy sprawdzony i zatwierdzony przez inspektora nadzoru inwestorskiego opracowany w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym i faktyczne ilości wykonanych robót przyjęte z książki obmiarów z uwzględnieniem zmian na skutek wystąpienia okoliczności, o których mowa w § 1 ust. 6 niniejszej umowy oraz postanowień zawartych w ust. 4”.*

*Dlatego też przy wynagrodzeniu kosztorysowym za roboty budowlane sporządzenie kosztorysu jako elementu treści składanej oferty jest niejako obiektywną koniecznością, skoro rozliczenie wykonanych robót ma nastąpić na podstawie obmiaru i cen jednostkowych poszczególnych pozycji robót ujętych w kosztorysie. Bez wątpienia kosztorys ofertowy stanowi treść oferty i podlega badaniu w zakresie zgodności z treścią SIWZ.*

*Poza tym z uwagi na fakt, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda pozycja kosztorysu oraz całość robót składających się na przedmiot zamówienia powinna zostać wyceniona w sposób realny i rynkowy.*

*Według art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia treści oferty wymaganej przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.*

*Jednocześnie niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć przy tym charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Niezgodność polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (...), a także możliwe powinno być wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami SIWZ (vide: wyrok KIO z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. akt: 285/12).*

*Zakwestionowana przez Zamawiającego niezgodność treści oferty Wykonawcy z treścią SIWZ polegająca na skalkulowaniu cen jednostkowych w wyżej wymienionych pozycjach kosztorysu ofertowego w wysokości 0,01 zł nie może zostać zakwalifikowana, jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, na poprawę której zezwala art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W istocie poprawienie takiej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ prowadziłoby do wytworzenia nowego oświadczenia woli Wykonawcy, odmiennego od pierwotnego.*

*W związku z powyższym zasadne jest zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako podstawy prawnej do odrzucenia oferty Wykonawcy (...).*

*Niezależnie od powyższego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

*Zamawiający stwierdza, że oferta Wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje i interes Zamawiającego oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku.*

*Ustalenie cen jednostkowych na poziomie 0,01 zł niewątpliwie świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych. Jednocześnie taki sposób skalkulowania poszczególnych cen jednostkowych narusza dobre obyczaje kupieckie oraz ogranicza rynkowe reguły uczciwego konkurowania.*

*Ponadto takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami.*

*Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.*

*Również należy zwrócić uwagę, iż kosztorys Wykonawcy winien zostać oceniony w kontekście treści art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z którym 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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

*Powyższy przepis dotyczy tzw. zjawiska zaniżania cen. Przenosząc powołany przepis na grunt niniejszego postępowania wskazać należy, że trudno sobie wyobrazić aby możliwe było wykonanie określonych robót budowlanych za cenę jednostkową na poziomie 1 grosza. Poza tym cena w wysokości 1 grosza za wykonanie roboty budowlanej jest ceną która nie*

może pokryć kosztów nabycia towarów i usług niezbędnych do wykonania konkretnej roboty. Jest tym samym ceną dumpingową w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W tym miejscu warto także nadmienić, iż jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji traktowane są praktyki manipulowania cenami, mającymi charakter samodzielnych, opartych na wynagrodzeniu kosztorysowym, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji. Taki podgląd jest dość powszechnie wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyrok KIO z dnia 26.09.2012, sygn. akt KIO 1934/12, a także wyrok KIO z dnia 18.01.2013r., sygn. akt KIO 713).

Powyższe wskazuje, że Wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Reasumując należało stwierdzić, że oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy w celu ustalenia czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pismem z dnia 07.04.2016 r. wystąpił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny a także złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych zawartych w kosztorysach ofertowych. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 14.04.2016 r. wskazał, że zaoferowane ceny jednostkowe na poziomie 1 grosz w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych zostały sumarycznie skalkulowane z innymi pozycjami kosztorysu.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 21.04.2016 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia nierealnych jego zdaniem cen jednostkowych, w szczególności tych cen jednostkowych, które zostały skalkulowane w konkretnych pozycjach kosztorysu na poziomie 0,01 zł.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w piśmie z dnia 27.04.2016 r. złożył wyjaśnienia w powyższym zakresie. Ze względu na objęcie wyjaśnień Wykonawcy tajemnicą przedsiębiorstwa Zamawiający nie odnosi się do ich szczegółowych konkretnych zapisów, a tylko do przyjętej w nich metodyki.

Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie wykazał i nie udowodnił, że kwota 1 gr przewidziana na daną pozycję kosztorysową uwzględnia wymagane czynności i konieczne nakłady. Dlatego też zaoferowanie ceny jednostkowej wykonania poszczególnych robót na poziomie 0,01 zł stanowi cenę rażąco niską.

Wskazać należy, że ceny jednostkowe ujęte w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego z uwagi, że stanowią podstawę do określenia należnego wynagrodzenia powinny



podlegać ocenie w zakresie ceny rażąco niskiej. Dlatego też Zamawiający nie podziela poglądu Wykonawcy, iż rażąco niska cenę należy zawsze odnosić do całkowitej ceny oferty.

W ocenie Zamawiającego zasadnicze znaczenie dla zaoferowanej przez Wykonawcę ceny za wykonanie całości zamówienia ma wysokość cen jednostkowych, w szczególności cen w tych pozycjach kosztorysu ofertowego, w których Wykonawca przedstawił je na poziomie 0,01 zł. Innymi słowy ceny jednostkowe wyliczone na poziomie 1 grosz w ramach poszczególnych pozycji kosztorysu determinują cenę całej oferty Wykonawcy.

Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2013 r. (KIO 791/13): „Przepisy ustawy odnoszące się do badania ceny oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy odwołują się do ceny oferty, a nie jej elementów. Zatem kwestionowanie poszczególnych cen jednostkowych, czy cen za niektóre elementy przedmiotu zamówienia, może odnieść zakładany skutek, o ile zostanie wykazane, że podważane ceny częściowe determinują cenę całej oferty.”

Niewątpliwie zaoferowanie kwoty 1 grosz w ramach danych pozycji kosztorysowych nie dość, że jest kwotą rażąco odbiegającą od cen jednostkowych szacowanych przez Zamawiającego to przede wszystkim zastosowanie stawki 0,01 zł za wykonanie robót objętych kosztorysem jest nierealne oraz niewiarygodne w porównaniu do cen rynkowych tego typu robót. Ponadto skalkulowane w ten sposób pozycje kosztorysu ofertowego nie zawierają podstawowych czynników cenotwórczych, tj. robocizny, materiałów, sprzętu, kosztów pośrednich, zysku.

W zbliżony sposób pojęcie rażąco niskiej ceny definiuje UZP: za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że w ramach przedmiotowego zamówienia przewidział, że wynagrodzenie wykonawcy obliczane jest na podstawie kosztorysu. W takim wypadku badanie ceny musi odnosić się do analizowania poprawności podstaw do jej wyliczenia (vide: wyrok z dnia 26.09.2012, sygn. akt KIO 1934/12).

W rezultacie zasadny jest wniosek, że ceny jednostkowe zaoferowane przez Wykonawcę na poziomie 0,01 zł są rażąco niskie.

W związku z powyższym oznacza to, że wyjaśnienia zawierają nierzetelne i nierynkowe ceny i tym samym cena oferty Wykonawcy jest rażąco niska. Dlatego oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy”.

Izba nie dopuściła dowodu zawnioskowanego przez Przystępującego z pisma sporządzonego przez Ogólnopolską Izbę Gospodarczą Drogownictwa, zawierającego przegląd orzecznictwa Izby w określonych obszarach, uznając rzeczony dowód za

nieprzydatny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Przeprowadzenie dowodu jest możliwe wyłącznie, jeśli służy stwierdzeniu faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp), zaś prezentacja stanowiska ww. podmiotu przez pryzmat orzeczeń Izby oraz wyimków z tychże orzeczeń z pewnością nie służy ustaleniu spornych faktów.

Izba nie dopuściła dowodu zawnioskowanego przez Przystępującego z ofert handlowych: Olan południe Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Tarnowskiej, dotyczącej kationowych emulsji asfaltowych, Trakt S.A. z siedzibą w Górkach Szczukowskich, dotyczącej kationowych emulsji niemodyfikowanych, Lotos Asphalt Sp. z o.o., dotyczącej asfaltów oraz Biuletynu Sekocenbud, w zakresie cen robót drogowych, mostowych i torowych (skropienie warstw bitumicznych), Zeszyt 11/2016 na okoliczność cen oferowanych za ww. produkty stwierdzając, że są one nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy. Zdaniem Izby, badanie cen jednostkowych, w okolicznościach niniejszej sprawy, jest bezprzedmiotowe dla stwierdzenia ceny rażąco niskiej.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego z dokumentu oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na wykonanie „*przebudowy drogi powiatowej nr 0593T w miejscowości Występa w gminie Łączna*” oraz pisma z dnia 25 czerwca 2015 r. zawiadamiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także z dokumentu oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu na „*remont drogi krajowej Nr 42 od km 263+672 do km 265+345, odcinek Wąchock – Starachowice oraz ul. Kielecka w Starachowicach*” uznając je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż służą ustaleniu okoliczności niemających znaczenia w rozpoznawanej sprawie.

Izba odmówiła również przeprowadzenia dowodu zawnioskowanego przez Odwołującego, a dotyczącego oferty Przystępującego mając na uwadze fakt, że treść oferty Przystępującego nie była kwestionowana, a nadto nie był podniesiony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który można byłoby rozważać na kanwie nierównego traktowania wykonawców w świetle oceny złożonych przez nich ofert.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji, w której jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na gruncie Prawa zamówień publicznych nie zdefiniowano

pojęcia oferty, a zatem mając na uwadze przepis art. 14 ustawy Pzp należy odwołać się do odpowiednich przepisów k.c.

Art. 66 § 1 i 2 w zw. z art. 71 k.c. pozwala sformułować syntetyczną definicję oferty, w myśl której jest to skierowana do adresata, stanowcza propozycja zawarcia umowy określonej treści. Do elementów definicyjnych należą tu zatem:

- 1) minimum treściowe oferty, którym jest wskazanie istotnych postanowień proponowanej umowy;
- 2) stanowczy charakter propozycji oferenta;
- 3) skierowanie do adresata.

Na minimum treściowe oferty składa się wskazanie istotnych postanowień proponowanej umowy. W przypadku umów nazwanych, zawieranych w trybie ofertowym, musi dojść do określenia co najmniej składników przedmiotowo istotnych (tzw. *essentialia negotii*), które determinują typ czynności prawnej. Natomiast w przypadku umów nienazwanych lub mieszanych, gdzie katalog takich składników trudno z góry określić, należy przyjąć ujęcie bardziej uniwersalne, zgodnie z którym istotne postanowienia umowy to te, które stanowią konieczne, a przy tym charakterystyczne elementy danego stosunku prawnego i które pozwalają na jego zaistnienie w obrocie. Dla ich określenia w literaturze używa się niekiedy terminu *essentialia contractus*

Analiza powołanych przepisów, zdaniem Izby, pozwala na stwierdzenie, że na treść oferty nie składa się wyłącznie określenie przedmiotu świadczenia, ale również ceny. Biorąc powyższe pod uwagę oraz mając na względzie przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy dojść do przekonania, że sporządzenie oferty niezgodnie z wymaganiami SIWZ, odnoszącymi się zarówno do zakresu zobowiązania i ceny winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy.

W tym miejscu wypada zauważyć, że zamawiający jako gospodarz postępowania jest uprawniony, a nawet zobowiązany z mocy przepisu art. 36 pkt 3 i 12 ustawy Pzp do opisanie przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny w SIWZ. Wykonawca odpowiadając zaś na ogłoszenie o zamówieniu zobowiązany jest złożyć ofertę zgodną z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Nie jest rolą wykonawcy odmienne kształtowanie treści oferty niż wynika to z SIWZ. Wykonawca, który zaakceptował SIWZ, nie kwestionując jej w drodze środków ochrony prawnej, zobowiązany jest dostosować się do wymagań zamawiającego w zakresie w SIWZ unormowanym. Ocena wykonawcy co do prawidłowości wyartykułowania i uzasadnienia oczekiwań zamawiającego wyrażonych w SIWZ z pewnością nie stanowi podstawy do odstąpienia od tych wymagań.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ograniczył się do konstatacji, że jedynie niezgodność złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli, składającego się na treść oferty z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, może być podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o powołany przepis. Izba nie podziela prezentowanego przez Odwołującego poglądu, stojąc na stanowisku, że wymagania zamawiającego co do istotnych postanowień umowy muszą znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty, w przeciwnym bowiem wypadku stwierdzenie niezgodności oferty z treścią SIWZ jest obowiązkiem zamawiającego.

Podkreślić w tym miejscu wypada, że definicja oferty nie pozwala na zawężenie tego pojęcia jedynie do przedmiotu świadczenia. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, zakres świadczenia (zobowiązania) nie jest jedynym istotnym elementem umowy, w skład tychże elementów wchodzi również cena. Zatem, niedostosowanie się przez wykonawcę do wymagań zamawiającego zarówno w aspekcie przedmiotu świadczenia, jak i sposobu obliczenia ceny winno być oceniane w świetle postanowień SIWZ ze skutkiem określonym w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skoro więc Odwołujący podjął polemikę w ramach analizowanego zarzutu wyłącznie w przedmiocie zakresu zobowiązania, stojąc na stanowisku, że jedynie podana okoliczność może stanowić, w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, zaś Izba nie podziela tego poglądu, o czym była mowa wyżej, to powyższe stwierdzenie wystarczy do oddalenia zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo wskazać należy, że Odwołujący opierając stanowisko rzekomo na orzeczeniu Izby z dnia 19 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 945/15 nie dostrzegł, iż w tym samym orzeczeniu Izba wyraziła przekonanie, iż: *„Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia”*. Powyższe pokazuje, że Odwołujący mając na względzie przyjętą strategię procesową i możliwe do uzyskania korzyści przytacza wyimki z wyroku Izby w sposób, który w istocie nie stanowi prezentacji stanowiska Izby.

Idąc dalej stwierdzić należy, że kolejne argumenty przytaczane przez Odwołującego dla poparcia sformułowanego zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy potraktować jako niemieszczące się w granicach zgłoszonego zarzutu. W orzecznictwie ukształtowany jest bowiem pogląd, że na gruncie Prawa zamówień

publicznych, zarzut należy definiować jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych (art. 180 ust. 3 ustawy Pzp), a w konsekwencji wszelkie okoliczności niepowołane w treści odwołania jako niestanowiące zarzutu nie podlegają rozpoznaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

W tym kontekście, jakkolwiek Odwołujący nie podjął polemiki co do sposobu obliczenia i prezentacji ceny w SIWZ, to jednak wypada na marginesie zauważyć, że cena jako element *essentialia negotii* podlegała ocenie w świetle wymagań jej dotyczących, a ukształtowanych w treści SIWZ. Sam Zamawiający zwrócił na powyższe uwagę podając, że cena winna być ustalona w oparciu o kosztorys ofertowy, a wyliczona w ten sposób cena będzie podstawą do oceny i porównania złożonych ofert (pkt 13 ppkt 13.2 SIWZ).

Dalej Zamawiający wskazał, że ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysu winny ustalać wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia za kompleksowe wykonanie jednostki obmiarowej wraz z:

- materiałami, urządzeniami niezbędnymi do prawidłowego wykonania jednostki obmiarowej, w tym wynikającymi z dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych, kosztorysu ofertowego,
- wszelkimi robotami – pracami pomocniczymi i towarzyszącymi, które są konieczne do prawidłowego wykonania robót ujętych w kosztorysie ofertowym, w tym pracami pomocniczymi i towarzyszącymi wynikającymi ze specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej,
- wszelkimi innymi robotami, pracami, badaniami (laboratoryjnymi), czynnościami, obowiązkami i wymogami wynikającymi z niniejszej specyfikacji (projektu umowy, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, dokumentacji projektowej, kosztorysu ofertowego).

Oznacza to, że sposób obliczenia ceny został szczegółowo opisany przez Zamawiającego w SIWZ, a obowiązkiem wykonawców było jego przyjęcie. Analogiczne wymagania znajdują się w części ogólnej Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, stanowiącej treść SIWZ. Kosztorys ofertowy winien zatem odpowiadać wymaganiom Zamawiającego w tym względzie.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie ulega wątpliwości, że cena spornych pozycji kosztorysowych nie została wyliczona w oparciu o wytyczne Zamawiającego. Stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie, jak i treść złożonych wyjaśnień z dnia 14 i 27 kwietnia 2016 r. potwierdzają, że Odwołujący skalkulował te pozycje również w ramach innych pozycji kosztorysowych. Odwołujący uznał bowiem, że sporne pozycje stanowią rolę służebną (pomocniczą) względem innych pozycji, a zatem zmiana sposobu obliczenia ceny jest uprawniona.

Izba nie podziela tego stanowiska. Podkreślić należy, że nie po to Zamawiający normuje pewną problematykę w treści SIWZ, aby stała się ona przedmiotem pominięcia przez wykonawców. Odwołujący nie zgłaszał żadnych uwag do sposobu obliczenia ceny, narzuconego przez Zamawiającego, a zatem nie jest uprawniony do odstąpienia od wymogów SIWZ w tym przedmiocie. Subiektywne zdanie Odwołującego co do trafności przyjętego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny na etapie sporządzenia oferty nie może być przez Zamawiającego tolerowane, po pierwsze bowiem z tej przyczyny, że Zamawiający jest związany postanowieniami SIWZ, w świetle których ma obowiązek ocenić ofertę (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), po drugie zaś, zaakceptowanie tego rodzaju działań ze strony Odwołującego godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący wskazując na ryczałtowy charakter cen pozycji kosztorysowych zdaje się dążyć do wykazania, że sposób obliczenia ceny w poszczególnych pozycjach nie ma znaczenia. Izba jednakowoż nie podziela tego stanowiska biorąc pod uwagę, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, a zatem zostanie ustalone w oparciu o kosztorys powykonawczy opracowany w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym i faktyczne ilości wykonanych robót przyjęte z książki obmiarów (§ 10 ust. 2 projektu umowy). Oznacza to, że ostatecznie ceny jednostkowe będą decydowały o wysokości wynagrodzenia i winny one odzwierciedlać, zgodnie z wolą Zamawiającego wyartykułowaną w SIWZ, wszystkie koszty realizacji robót ujętych w danej pozycji kosztorysowej.

Zwrócić należy uwagę, że stanowisko Odwołującego prezentowane w ramach analizowanego zarzutu jest niespójne. W treści odwołania Odwołujący stara się wykazać, że zakres zobowiązania Wykonawcy odpowiada temu, określonemu w SIWZ. Zaś w toku rozprawy kieruje punkt ciężkości na zaniżenie wyceny pozycji kosztorysowych. Tymczasem uważna lektura decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie pozostawia wątpliwości, że pierwszorzędne znaczenie w tej mierze miał przyjęty przez Odwołującego sposób wyceny pozycji kosztorysowych, a nie zaniżenie ceny.

Okoliczność, że w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Odwołujący zaoferował wykonanie części spornych powierzchni (skropienie nawierzchni drogowej asfaltem) za cenę 0,01 zł nie ma znaczenia. Po pierwsze bowiem to, że Zamawiający akceptował dotychczas taką praktykę nie wiąże Zamawiającego na przyszłość, gdyby zaś przyjąć twierdzenia Odwołującego oznaczałoby to, że Zamawiający swoich błędów nie może korygować, co jest nie do zaakceptowania. Po drugie, nie sposób nawet stwierdzić, że dotychczasowe zachowanie Odwołującego było akceptowane w analogicznym stanie faktycznym, bowiem Odwołujący nie przedstawił SIWZ, dotyczącej postępowania, w ramach którego złożył ofertę.

Analogicznie należy ocenić okoliczność, że inni Zamawiający przyjmują odmienny sposób kalkulacji robót w ujęciu przedmiotowym (nie rozdzielają ław od krawężników). To Zamawiający decyduje, w jaki sposób ma być sporządzony kosztorys ofertowy i jakie pozycje, z podziałem na poszczególne roboty, należy wycenić. Praktyka innych zamawiających dla oceny niniejszej sprawy pozostaje bez znaczenia.

Bez wpływu na ocenę przedmiotowego zarzutu, zdaniem Izby, pozostaje i ta okoliczność, że w ramach danej Szczegółowej Specyfikacji Technicznej mowa, dla przykładu o robotach związanych z wykonaniem ław pod krawężniki, choć Specyfikacja dotyczy krawężników betonowych (SST D-01-01-01). Specyfikacje stanowią dokumenty ustalające techniczne wymagania co do realizacji i odbioru robót. Oczywistym jest, że pewne rodzaje robót mogą być ujęte w Specyfikacji wspólnie, ale nie oznacza to, że przyjęty sposób opisu i wykonania robót determinuje treść kosztorysu, tym bardziej, jeśli Zamawiający ustalił treść kosztorysu ofertowego, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Dla profesjonalisty nie powinno budzić wątpliwości, że częstokroć prace opisywane w jednej Szczegółowej Specyfikacji Technicznej przyjmują postać kilku pozycji kosztorysowych i nie powinno być przedmiotem sprzeciwu, czy też negacji poprzez przyjęcie innego sposobu kalkulacji ceny niż wynikałoby to z SIWZ i wzoru kosztorysu ofertowego.

Podsumowując stwierdzić należy, że nie tylko niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w aspekcie przedmiotu świadczenia może stanowić podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oparcie przez Odwołującego zarzutu wyłącznie na wskazanej argumentacji czyniło zarzut chybionym. Pozostałe rozważania Izby, które zmierzały do wykazania nietrafności przedmiotowego zarzutu, co z całą mocą należy podkreślić, uczynione zostały jedynie na marginesie, biorąc pod uwagę, iż nie były objęte treścią zarzutu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Przechodząc do analizy zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w pierwszej kolejności dostrzec należy, że powołany przepis ustanawia dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Obowiązek ten aktualizuje się w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, na gruncie u.z.n.k., czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego odwołał się do przepisu art. 3 ust. 1 u.z.n.k., który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Na tym tle warto zauważyć, że klauzula generalna, którą zwiera powołany przepis, mimo niedookreśloności większości wyrażających ją pojęć, zawiera desygnaty (wyznaczniki) pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczające do sformułowania normy indywidualnej znajdującej zastosowanie w konkretnej sytuacji. Istota

czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.) wyraża się w działaniu przedsiębiorcy sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającym interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź naruszającym go. Działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami jest czynem nieuczciwej konkurencji, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza go.

Rację ma Odwołujący, że Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy z powołaniem na podany przepis winien wykazać zaktualizowanie się przesłanek zawartych w hipotezie tej normy prawnej. Tymczasem Zamawiający poza konstatacją, że skalkulowanie spornych pozycji kosztorysowych na poziomie 0,01 zł świadczy o oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych oraz narusza obyczaje kupieckie i ogranicza rynkowe reguły konkurencji, nie wskazał, jakie to dobre obyczaje zaakceptowane w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą zostały naruszone, a przede wszystkim, że ten sposób działania przynajmniej zagraża interesowi innych wykonawców lub Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga, że nie jest rolą wykonawcy domniemywanie przyczyn odrzucenia oferty. Przyczyny te winny być w sposób jasny wyartykułowany i wskazywać zaistnienie przesłanek zastosowania określonego przepisu w oparciu, o który Zamawiający podejmuje daną czynność. Zdaniem Izby, Zamawiający temu obowiązkowi nie sprostał.

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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.). Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stwierdził dopuszczenie się przez Odwołującego również czynu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

Tymczasem dostrzec należy, że z wystąpieniem deliktu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy będziemy mieć do czynienia w razie kumulatywnego wystąpienia następujących przesłanek:

- 1) utrudnienia dostępu do rynku, które jest realizowane przez
- 2) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu
- 3) eliminacji innych przedsiębiorców.

Dyspozycją wskazanego przepisu objęto sprzedaż *sensu largo*, w wyniku której dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Należy wyraźnie podkreślić, że owo utrudnianie musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Jeżeli jest ono prowadzone w innym celu, to nie może być mowy o delikcie nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zatem tylko sprzedaż poniżej kosztów, która została dokonana w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a nie np. w celu wejścia na rynek (tak



wyrok SA w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt: I ACa 231/07, Apel.-W-wa 2008, nr 4, poz. 32) może zostać zakwalifikowana jako delikt nieuczciwej konkurencji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o podaną przyczynę nie wynika, iż działanie Odwołującego wpisuje się w przytoczone wyżej przesłanki zastosowania normy prawnej, zawartej w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Samo stwierdzenie, że zaproponowanie ceny na poziomie 0,01 zł za wykonanie spornych pozycji kosztorysowych są niemożliwe do osiągnięcia nie przesądza jeszcze, że działanie to zostało podjęte z zamiarem utrudnienia dostępu do rynku w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Co więcej, Zamawiający posługując się powołaną konstatacją nie wykazał również, że samo świadczenie zostało zaoferowane poniżej kosztów wytworzenia.

Zdaniem Izby, jakkolwiek praktyka „przenoszenia wyceny” poszczególnych pozycji kosztorysowych do innych jest co do zasady nie do zaakceptowania, tym bardziej, jeśli sposób ich wyceny został przez zamawiającego ustalony w SIWZ albo też cena poszczególnych pozycji kosztorysowych podlega ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, to jednakże zaktualizowanie się okoliczności, stanowiących o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, powinno być stwierdzone w sposób niebudzący wątpliwości.

Okoliczności niniejszej sprawy pokazują, że Odwołujący nie miał na celu naruszenia interesów Zamawiającego czy też innych wykonawców, a tym bardziej eliminacji konkurencji stosując odmienny sposób wyceny pozycji kosztorysowych niż wymagał tego Zamawiający. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, jak i zaoferowana cena wskazują, że Odwołujący oferuje cenę akceptowalną w warunkach uczciwej konkurencji, a przyjęty sposób wyceny wynikał, jak się wydaje, z subiektywnego przekonania Odwołującego, że jest on lepszy niż ten, zaproponowany przez Odwołującego.

W tym miejscu dodać należy, że stanowisko Zamawiającego jakoby w orzecznictwie wyrażany jest pogląd, iż manipulowanie cenami w celu uzyskania lepszej punktacji, w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego pomija, iż teza ta jest prezentowana na gruncie przypadków, kiedy ceny jednostkowe podlegają ocenie w ramach ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Reasumując, stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich okoliczności stanowiących o popełnieniu przez Odwołującego wskazanych czynów nieuczciwej konkurencji, a zatem odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należało uznać za nieuzasadnione.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego również w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołanie powyższej podstawy wskazuje, że

Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez Odwołującego za niewystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska.

Tymczasem Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego w istocie nie odniósł się do tych wyjaśnień. Okoliczność, że rzeczony wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako poufne ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa nie stała, zdaniem Izby, na przeszkodzie takiej prezentacji stanowiska Zamawiającego, która pozwoliłaby na zweryfikowanie tej oceny.

Zdaniem Izby, nie trudno odnieść wrażenie, że w istocie Zamawiający stwierdził, że oferta zawiera rażąco niską cenę po ustaleniu, iż sporne ceny jednostkowe wynoszą 0,01 zł, a zatem nie jest możliwe wykonanie kwestionowanych robót za tak niską cenę. Jeśli tak, to na marginesie należy wskazać, że wezwanie do wyjaśnień Odwołującego było bezcelowe, skoro Zamawiający miał zamiar poddać ocenie ceny jednostkowe, a już doświadczenie życiowe wskazuje, że cena na poziomie 0,01 zł nie jest ceną realną.

Na tym tle wypada wyrazić również przekonanie, że Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż w warunkach niniejszego postępowania ocenie w aspekcie rażąco niskiej ceny podlegają ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym. Zdaniem Izby, z brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że dla oceny w przedmiocie rażąco niskiej ceny rozstrzygające znaczenie ma cena całościowa (końcowa), a jedynie w uzasadnionych wypadkach, jak podkreśla się w orzecznictwie, tam gdzie cena jednostkowa stanowi odrębne kryterium oceny ofert, możliwe jest odstępianie od tej zasady.

Nadto, podkreślenia wymaga, że analiza cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu pozwala na stwierdzenie, iż zaproponowane ceny są skutkiem istniejącej na rynku konkurencji i nie są oderwane od warunków rynkowych.

W tych okolicznościach Izba nie dostrzegła podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....