

**WYROK**

**z dnia 17 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 maja 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 2 maja 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „POL-DRÓG DRAWSKO POMORSKIE” S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim, Roboty Drogowo-Budowlane Jacek Karpiński w Złotowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rewitalizacja obszarów przemysłowych i powojkowych na terenie miasta Piły – rozwój strefy przemysłowej Piła południowo-wschodnia (rejon ul. Wawelskiej) – budowa drogi do terenów Podstrefy Piła PSSE oraz przebudowa i rozbudowa ul. Magazynowej* (nr postępowania BZP.271.34.2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Piła**

przy udziale wykonawcy: **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „POL-DRÓG DRAWSKO POMORSKIE” S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim, Roboty Drogowo-Budowlane J.K. w Złotowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** 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 2015 r. poz. 2164 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 **Pile**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Piła – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub „Pzp” } w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Rewitalizacja obszarów przemysłowych i powojkowych na terenie miasta Piły – rozwój strefy przemysłowej Piła południowo-wschodnia (rejon ul. Wawelskiej) – budowa drogi do terenów Podstrefy Piła PSSE oraz przebudowa i rozbudowa ul. Magazynowej* (nr postępowania BZP.271.34.2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 lutego 2016 r. pod nr 2016/S\_024-037607, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.pila.pl), na której również od tego dnia udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Zamówienie objęte powyższym postępowaniem stanowi jedno z zadań dotyczących strefy przemysłowej Piła południowo-wschodnia, których łączna wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

21 kwietnia 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: „POL-DRÓG DRAWSKO POMORSKIE” S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim, Roboty Drogowo-Budowlane J.K. w Złotowie {dalej również: „Konsorcjum”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Skanska”}.

2 maja 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej {pismem datowanym na 29 kwietnia 2016 r.} odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Skanska.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6.
3. Art. 91 ust. 1.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Skanska.
2. Powtórzenia wyboru oferty.
3. Odrzucenia oferty Skanska, *co uwzględniając przyjęte w postępowaniu kryteria oceny ofert, winno skutkować uznaniem za najkorzystniejszą oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego.*

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzował powyższą listę zarzutów.

{okoliczności zaprezentowane zbiorczo}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje budowę drogi gminnej do terenów Podstrefy Piła PSSE, przebudowę istniejącego odcinka drogi gminnej ul. Magazynowej i budowę jej nowego odcinka (od przepompowni ścieków do planowanej drogi do terenów Podstrefy Piła PSSE). Łączna długość odcinków dróg do budowy i przebudowy wynosi 1805 mb. Na przedmiot zamówienia składa się: Część 1 – Budowa drogi do terenów Podstrefy Piła PSSE oraz Część 2 – Przebudowa istniejącego odcinka drogi gminnej ul. Magazynowej i budowa nowego odcinka (od przepompowni ścieków do planowanej drogi do terenów Podstrefy Piła PSSE).

Następnie Odwołujący przywołał i zacytował następujące postanowienia SIWZ:

- *Za wykonanie całego przedmiotu zamówienia ustala się wynagrodzenie umowne kosztorysowe (zawarte zarówno w rozdziale XIX Opis sposobu obliczania ceny oferty, jak i rozdziale XXIV Istotne dla stron postanowienia umowy, wzór umowy).*
- *Zgodnie z pkt 5.5 elementem oferty składanej w postępowaniu były m. in. Wypełnione kosztorysy ofertowe (uproszczone). Do kosztorysów ofertowych Wykonawca winien dołączyć szczegółowe zestawienie zbiorcze nakładów z kosztorysów w zakresie robocizny, materiałów, urządzeń, sprzętu, w szczególności cen jednostkowych tych nakładów.*
- *Jak wynika z pkt 18 Na ofertę składają się: a) załącznik nr 1 do SIWZ – formularz ofertowy, b) załącznik nr 10 do SIWZ – Tabela elementów rozliczeniowych, c) załącznik nr 11 do SIWZ – Wykaz stawek i narzutów, d) załącznik nr 12 do SIWZ – Zestawienie nakładów i cen*

Ponadto Odwołujący zacytował wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego 4 marca 2016 r. w zw. z pytaniem nr 20:

- *Wykonawca wnosi o wyjaśnienie charakteru wynagrodzenia dla Wykonawcy. Czy Wykonawca ma obowiązek przedłożyć kosztorys do oferty? Czy kosztorys ma być sporządzony na podstawie przedmiaru, czy też dokumentacji budowlanej? Czy Zamawiający potwierdza kosztorysowy charakter wynagrodzenia polegający na tym, że ostateczna kwota wynagrodzenia zależeć będzie od faktycznie wykonanych robót?*
- *Ofertę należy sporządzić wg pozycji zawartych w kosztorysach ofertowych. Podstawą*

wyceny cen jednostkowych są opisy robót zawarte w STWiOR. Zamawiający potwierdza kosztorysowy charakter wynagrodzenia – patrz SIWZ rozdział XXIV.

Odwołujący dodał, że załącznik nr 7 do SIWZ – Wzór umowy w § 6 potwierdza kosztorysowy charakter rozliczenia robót stanowiących przedmiot zamówienia.

Odwołujący podsumował, że jak wynika z dokumentacji postępowania oraz procedury wyjaśniającej SIWZ, przyjęto kosztorysowy mechanizm rozliczenia przedmiotu zamówienia. Z kolei z tak przyjętego sposobu rozliczenia, jak i wymagań dot. treści składanej oferty wynika, że kosztorys ma zasadnicze znaczenie – jest treścią samej oferty. W konsekwencji jako treść oferty kosztorys nie podlega uzupełnieniom w trybie art. 26 ust 3 pzp.

Następnie Odwołujący zrelacjonował, że Skanska złożyła ofertę zawierającą wymagane wypełnione kosztorysy ofertowe.

Odwołujący podniósł, że po analizie tych kosztorysów stwierdził w kosztorysach drogowych zarówno dla części I (1.2. Roboty drogowe), jak i II (2. 2 Roboty drogowe), że Skanska skalkulowała:

– poz. nr 12 w części I i poz. nr 5 w części II „Formowanie i zagęszczenie nasypów wraz z pozyskaniem i transportem gruntu z dokopu” na 3,36 zł/m<sup>3</sup>, natomiast sama robocizna wynosi 9,01 zł/m<sup>2</sup> bez materiału;

– poz. nr 34 w części I i poz. 29 w części II „Wykonanie ławy betonowej z oporem z betonu C12/15” na 144,10 zł netto/m<sup>3</sup>, a także poz. nr 38 w części I i poz. 34 w części II „Wykonanie ławy betonowej zwykłej z betonu C12/15 pod ściek przykrawężnikowy” na 154,40 zł netto/m<sup>3</sup>, natomiast według zestawieniu cen jednostkowych (str. 115 oferty) sam materiał beton C12/15c jest w cenie 189,00 zł netto/m<sup>3</sup>;

– poz. nr 26 w części I i poz. nr 21 w części II „Ułożenie warstwy ścieralnej grubości 5 cm z betonu asfaltowego AC 5S na bazie lepiszcza syntetycznego – kolor czerwony (KRI)” na 50,61 zł netto/m<sup>2</sup>, natomiast sam materiał wg powyższego zestawiania daje kwotę 1.250,00 zł netto/Mg, co w przeliczeniu na m<sup>2</sup> (1,00 x 1,00 x 0,05 x 2,5 x 1.250,00) = 156,25 zł m<sup>2</sup> bez robocizny, sprzętu i zysku;

– poz. nr 27 w części I i poz. nr 22 w części II „Ułożenie warstwy ścieralnej grubości 4 cm z mieszanki SMA 8” na 20,26 zł/m<sup>2</sup>, natomiast rzeczywista wartość wynosi wg czynników cenotwórczych 39,28 zł/m<sup>2</sup>

Odwołujący zaprezentował sposób przeliczenia dla kwestionowanych pozycji według cen jednostkowych wyliczonych na podstawie KNR 2-31 oraz KNR 2-01 i wykazu stawek, narzutów oraz cen materiałów i sprzętu z oferty Skanska, które jego zdaniem obrazuje rzeczywisty koszt wykonania danej pozycji kosztorysowej {pierwsza z tabel zamieszczonych w odwołaniu}, z którego wynika, że:

1. KNR 2-01 0235/01 Poz. 12 kosztorysu drogowego i poz. 5 kosztorysu ogólnego – Roboty

*drogowe – Formowanie i zagęszczanie nasypów spycharką bez zagęszczania walcem i cbez ceny pozyskanego gruntu z dokopu – 9,01 zł/m<sup>3</sup>*

*2. KNR 2-31 0310/05 Poz. 27 kosztorysu drogowego i poz. 22 kosztorysu ogólnego – Ułożenie warstwy ścieralnej grubości 4cm z mieszanki SMA 8 – 39,28 zł/m<sup>2</sup>*

Następnie Odwołujący zaprezentował {druga tabela zamieszczona w odwołaniu}, jak to określił, porównanie cen jednostkowych z oferty Skanska z rzeczywistymi cenami jednostkowymi wyliczonymi w oparciu o ceny czynników produkcji Skanska, obrazujące o ile wzrosłaby cena oferta Skanska, gdyby uwzględniła wykazane w ofercie ceny robocizny, kosztów pośrednich, zysku oraz materiałów i sprzętu.

Odwołujący stwierdził, że z dokonanego przeliczenia wynika, że uwzględniając poprawnie obliczone ceny tylko dla zakwestionowanych pozycji kosztorysu, oferta Skanska jest niedoszacowana na poziomie 1.103.473,73 zł brutto, co przy uwzględnieniu ceny ofertowej na poziomie niespełna 5 mln zł brutto ma zasadniczy charakter.

{odrzućenie oferty Skanska na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 pzp}

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 82 ust 1 pzp wykonawca może złożyć jedną ofertę, co powtórzono w rozdziale XVI SIWZ dotyczącym opisu sposobu przygotowania oferty.

Według Odwołującego z poczynionych przez niego ustaleń wynika, że Skanska w ofercie *de facto* podała dwie zupełnie różne ceny materiałów. Oznacza to, że przy rozliczeniu kosztorysowym oferta zawiera dwie podstawy wyceny. W zależności od tego, czy prawdziwa jest cena kwestionowanych pozycji w kosztorysie ofertowym czy też w załącznikach 11 i 12 do SIWZ, otrzymujemy diametralnie różne ceny ofertowe (różnica na poziomie 1,1 mln zł). Oferta zawiera zatem dwie różne ceny za ten sam przedmiot zamówienia, co jest tożsame z sytuacją złożenia przez jednego wykonawcę dwóch ofert w tym samym postępowaniu.

Ponadto zdaniem Odwołującego powyższe oznacza złożenie przez Skanska oferty wewnętrznie sprzecznej, gdyż w zależności od podstawy obliczenia ceny uzyskujemy zupełnie inną cenę ofertową. Wynagrodzenie wykonawcy stanowi treść oferty, a zatem jedna oferta zawiera w istocie dwie różne ceny. Wskazane elementy kosztorysu i zestawienia cen jednostkowym dowodzą, że oferta jest sprzeczna wewnętrznie – zawiera dla tych samych pozycji (materiałów) diametralnie różne ceny – co powinno być również podstawą jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

{odrzućenie oferty Skanska na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 pzp}

Odwołujący zarzucił, że cena oferty Skanska, uwzględniając charakter przyjętego rozliczenia (kosztorysowe) oraz mając na względzie powyższe obliczenia (na podstawie

danych zawartych w ofercie samego wykonawcy Skanska), ma znamiona rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, zarówno na poziomie ceny globalnej, jak i wskazanych istotnych cenotwórczo kosztorysowych cen jednostkowych.

Odwołujący dodał, że z informacji jakie posiada (zastrzegając, że do dnia wniesienia odwołania Zamawiający nie udostępnił ani treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Skanska, ani też treści samych wyjaśnień z ewentualnymi dowodami), w postępowaniu miało miejsce wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp adresowane do Skanska. Rozstrzygnięcie postępowania na korzyść Skanska wskazuje, że Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające i przekonujące w świetle art. 90 ust 2 pzp.

Odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie samych robót budowlanych na podstawie dokumentacji Zamawiającego, zatem Wykonawca nie może wyjaśniając rażąco niską cenę powoływać się przykładowo na ewentualne optymalizacje dokumentacji projektowej.

Odwołujący dodał, że jak wynika z informacji zawartych już w treści ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na 7.663.874.67 zł, co daje 9.426.565 zł brutto. Z zestawienia tej ostatniej z ceną oferty Skanska – 4.958.181,19 zł brutto wynika, że oferta ta odbiega aż o 47,4% od wartości zamówienia.

W tej sytuacji wezwanie do wyjaśnień ceny było koniecznością, jednak według Odwołującego *żadna argumentacja nie pozwoli na racjonalne uzasadnienie niedoszacowania na poziomie wskazanym w odwołaniu*. Podniesione powyżej elementy cenotwórcze oferty wskazują, że cena jest rażąco niska i nie uwzględnia nawet kosztu zakupu samego materiału do wykonania robót. Dodatkowo sam Wykonawca w załączniku nr 11 oraz 12 do oferty podaje realne ceny materiałów, jakie winien był uwzględnić w kosztorysie, co przekładać się powinno wprost na wysokość ceny ofertowej.

Odwołujący zarzucił, że skala niedoszacowania oferty, przy uwzględnieniu cen jakie winny być podstawą do obliczenia jej ceny, ma również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, co winno w trybie art. 89 ust 1 pkt 3 pzp skutkować dodatkową podstawą do odrzucenia tej oferty.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W ocenie Odwołującego Wykonawca dokonał zaniżenia ceny celowo i z zamiarem wyeliminowania innych wykonawców, w tym Odwołującego.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie wystąpił zarówno powyższy tzw. delikt nazwany, przy jednoczesnym wystąpieniu uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej

konkurencji (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), podczas gdy zaistnienie już jednej z nich niesie skutek stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji.

{odrzućcenie oferty Skanska na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 pzp}

Odwołujący stwierdził, że obowiązkiem wykonawcy było wypełnienie i złożenie wraz z ofertą jako elementów treści oferty zarówno załączników nr 11 i 12 do SIWZ, jak i kosztorysu ofertowego.

Zdaniem Odwołującego załączniki 11 i 12 zawierały wyceny elementów cenotwórczych i musiały być logicznie i matematycznie zgodne z wyceną odpowiadających im pozycji w kosztorysie.

Według Odwołującego w sytuacji gdy wyceny materiału podane w załączniku nr 11 do SIWZ – Wykaz stawek i narzutów oraz załączniku nr 12 do SIWZ – Zestawienie nakładów i cen są diametralnie różne od tych, które są podane w pozycjach kosztorysowych, skutkować to musi uznaniem że mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny oferty. Przyjęty w postępowaniu sposób rozliczenia robót – obmiarowy, kosztorysem powykonawczym, powoduje że ostateczne wynagrodzenie wykonawcy będzie oparte o ceny jednostkowe podane w ofercie. Skoro w ofercie Skanska (w jej treści) podane są zupełnie różne ceny dla poszczególnych pozycji materiałowych, bez zmiany treści oferty wykonawcy nie da się prawidłowo rozliczyć robót.

W opinii Odwołującego przyjęty kosztorysowy mechanizm rozliczenia uniemożliwia poprawienie treści oferty Skanska na zasadzie art. 87 ust 1 pkt 2 (oczywista omyłka rachunkowa nie występuje ponieważ nie ma jednej ceny jednostkowej – są *de facto* dwie różne ceny jednostkowe). Nie można też poprawić jako innej nieistotnej omyłki, skoro dotyczy ona ponad 22% ceny ofertowej i kwoty ponad 1,1 mln zł przy niecałych 5 mln ceny ofertowej. Dodatkowo co istotne próba poprawienia omyłki w tym trybie skutkowałaby zmianą na pozycji oferty najkorzystniejszej – przy uznaniu że poprawna jest cena materiału z zał. 11 i 12, po skorygowaniu kosztorysu ofertowego Skanska oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą (Skanska w tej sytuacji w kryterium ceny plasowałaby się na 3 pozycji).

4 maja 2016 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

6 maja 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby zgłoszenie przez Skanska przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego)

i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a także nie zgłoszono co do niego opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

16 maja 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w następujący sposób odniósł się do zarzutów odwołania.

Zamawiający stwierdził, że określił wartość przedmiotowego zamówienia z należytą starannością, na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego przez projektanta obiektu, zweryfikowanego wiedzą i doświadczeniem pracowników merytorycznych Zamawiającego. Zamawiający dodał, że przyjętą wartość uzasadniała także niepewna sytuacja na rynku budowlanym, związana z początkiem 2016 r. oraz planowanymi gruntownymi zmianami ustawy pzp.

Zamawiający wskazał, że według art. 90 ust. 1 badanie w aspekcie rażąco niskiej ceny powinno się odbywać w szczególności w dwóch kierunkach: po pierwsze – sprawdzenia, czy któraś z ofert jest niższa o 30% od wartości zamówienia, po drugie – sprawdzenia, czy któraś z ofert jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający po dokonaniu takiej analizy stwierdził, że pod względem pierwszego z kryteriów do wezwania kwalifikują się dwie złożone oferty, w tym oferta Skanska. Dla potrzeb drugiego kryterium ustalono, że średnia arytmetyczna ofert (po poprawieniu błędów rachunkowych) wynosi 6.585.723,61 zł, a kwota o 30% niższa od niej daje wartość 4.610.006,53 zł. Pod tym względem żadna ze złożonych ofert nie wymagałaby wyjaśnień wykonawców, w tym oferta Skanska z ceną 4.958.181,19 zł.

Zamawiający zrelacjonował, że zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w kwestii elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny do dwóch wykonawców, w tym do Skanska, która w zakreślonym terminie złożyła takie wyjaśnienia pismem z 5 kwietnia 2016 r., zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Skanska potwierdziła, że w ofercie ujęte są wszystkie niezbędne koszty mające wpływ na cenę, w tym: całkowity koszt wykonania zamówienia wraz z wszelkimi kosztami towarzyszącymi samemu wykonaniu, a ceny jednostkowe obejmują w szczególności robociznę wraz z narzutami, wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowanie itp.; wartość pracy sprzętu; koszty pośrednie i zysk kalkulacyjny; inne koszty, w tym podatek.

Ponadto Skanska wyjaśniła, że na zaoferowaną wysokość ceny miały również wpływ oszczędności metody wykonania, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania dostępne dla Skanska oraz inne elementy, które w sposób bezpośredni lub pośredni wpływają na cenę.



Przed sporządzeniem oferty i jej wyceną Skanska szczegółowo zapoznała się z warunkami terenowymi. Skanska argumentowała, że dysponuje kadrą techniczną z wieloletnim doświadczeniem, profesjonalnym i sprawdzonym systemem zarządzania, centralnym systemem zakupów, gwarantującym uzyskanie bardzo dobrych cen jednostkowych materiałów, zawartymi korzystnymi umowami z dostawcami gresów i materiałów brukarskich, centralną wspólną dla całego przedsiębiorstwa dużą ogólnopolską bazą sprzętu budowlanego, nowoczesnymi dwudziestoma węzłami produkcji mas mieszanek mineralno-bitumicznych, własnym laboratorium, a także wdrożonym systemem zarządzania i harmonogramowania robót budowlanych Primavera. Oświadczyła także, że na własny koszt (bez takowego zobowiązania przez Zamawiającego) dokonała wizji lokalnej, także z użyciem specjalistycznego drona jak również wykorzystując specjalistyczny program oceniający stan niwelety terenu. Argumentowała, że realizując wiele kontraktów (w 2015 r. było ich 1500) uzyskiwała bardzo korzystne ceny kruszyw i jego ceny przewozu. Powyższe w ocenie Skanska ma kluczowe znaczenie ze względu na decydującą o całkowitej cenie oferty wartość robót bitumicznych i brukarskich. Na dowód swoich argumentów Skanska dołączyła dla Zamawiającego kopie zawartych umów handlowych, które jednak utajniła jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający oświadczył, że przeanalizował wnikliwie argumenty Wykonawcy w tej kwestii i uznał, że są one przekonujące. Zamawiający podkreślił, że pomimo wezwania nie można odrzucić takiej oferty, jeśli ocena wyjaśnień wykonawcy wykaże, że cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zakwestionował argumentację odwołania polegającą na przedstawieniu kilku wyliczeń cen jednostkowych, które jego zdaniem zostały wybiórczo wzięte z kosztorysu ofertowego Skanska.

Przed wszystkim zdaniem Zamawiającego zawarte w odwołaniu rozważania opierają się na błędnych założeniach.

Po pierwsze – zgodnie z zapisami we wszystkich kosztorysach ofertowych podstawą wyceny cen jednostkowych były Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót {dalej również: „STWiORB”}, właściwe dla określonego asortymentu robót. W każdym z tych dokumentów opisano podstawy płatności, tj. jakie roboty, prace i zakresy należy ująć, by poprawnie skalkulować cenę jednostkową poszczególnych asortymentów robót.

Zamawiający przykładowo wskazał, że obowiązującą podstawą wyceny ceny jednostkowej dla:

– 1 m<sup>3</sup> formowania i zagęszczania nasypów wraz z pozyskaniem i transportem gruntu z dokopu jest STWiORB D.02.03.01 (a nie, jak wskazano w odwołaniu, KNR 2-01 0235/01 poz.12);

– dla 1 m<sup>2</sup> ułożenia warstwy ścieralnej grubości 4 cm z mieszanki SMA 8 jest STWiORB D.05.03.13 (a nie, jak wskazani w odwołaniu, KNR 2-31 0310/05).

Zamawiający oświadczył, że pozostałych kalkulacji jednostkowych, do których doszedł Odwołujący nie przedstawiono, więc nie można sprawdzić, jakie zastosowano podstawy wyceny.

Zamawiający podniósł, że istnieje różnica w metodologii kalkulowania ceny jednostkowej wg SIWZ a kosztorysowym sposobem kalkulowania ceny jednostkowej pomiędzy metodologią wyceny wg KNR {dla zobrazowania różnicy załączono schematyczne zestawienie tych różnic}. Zgodnie z SIWZ Zamawiający zażądał wypełnienia w kosztorysach ofertowych także pozycji tzw. dostosowania się do wymagań ogólnych, której zakres w większości odpowiada kosztom pośrednim, które w metodzie wyliczeń wg kosztorysu liczone są procentowym wskaźnikiem. Natomiast wycena w oparciu o KNR wiąże się ze skorzystaniem z tzw. naliczeń kosztów ogólnych i zysku, najczęściej do robocizny, sprzętu i kosztów ogólnych. Według Zamawiającego potwierdzają to „Środowiskowe metody kosztorysowania robót budowlanych (ogólne zasady i wzorce kosztorysowania)” – Vademecum Kosztorysanta, zeszyt 20, wydanie 4, Warszawa 2005, Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-organizacyjnych Budownictwa Promocja – pkt 3.4 {na dowód załączono wyciąg z tej publikacji}.

Po drugie – w wyliczeniach cen jednostkowych do porównania Odwołujący wadliwie zastosował dane z załączników nr 11 i 12 do SIWZ, gdyż nie służyły one weryfikacji kosztorysów ofertowych.

Zamawiający podał, że załącznik 11 pn. „Wykaz stawek i narzutów, które będą stanowić podstawę kalkulacji ewentualnych robót dodatkowych nieprzewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” zawiera takie wskaźniki jak stawka roboczogodziny, procentowy wskaźnik kosztów pośrednich (liczony od robocizny i sprzętu), zysk kalkulacyjny liczony od robocizny, sprzętu i kosztów pośrednich.

Zdaniem Zamawiającego jasno i precyzyjnie wskazał, zarówno w tytule tego załącznika, jak również w samej SIWZ (rozdział XI pkt 5 ppkt 5.7), cel podania przez wykonawców tych wskaźników. Potwierdzała to również treść załącznika nr 7 do SiWZ – wzoru umowy w § 10 ust. 6.

Natomiast dane zawarte w załączniku nr 12 do SIWZ pn. „Zestawienie nakładów i cen jednostkowych” służyć będą wyłącznie przy wyliczaniu ewentualnych robót dodatkowych, ale dla asortymentów robót, których nie ma w kosztorysach ofertowych załączonych do oferty. Według Zamawiającego jasno o tym stanowią zapisy wzoru umowy w § 10 ust. 5 i 6.

W związku z tym według Zamawiającego nie występują jakiegokolwiek rozbieżności

w wyliczeniu ceny oferty Skanska i nie ma podstaw do twierdzenia, że oferta zawiera różne ceny dla poszczególnych pozycji materiałowych, co uniemożliwi prawidłowe rozliczenie umowy. Do rozliczenia wykonanych robót zastosowanie będą miały ceny jednostkowe określone w kosztorysach ofertowych, pomnożone przez faktyczną ilość wykonanych robót, również jeżeli do prawidłowego zakończenia robót wymagana będzie większa niż założona ilość tych samych asortymentów robót. Jedynie gdy zaistnieją okoliczności nieprzewidziane i dla poprawnego zakończenia przedsięwzięcia pojawi się potrzeba wykonania innych prac, wówczas wykonawca będzie musiał przygotować swoją kalkulację, posługując się wskaźnikami z załącznika nr 11 i 12.

Zamawiający podsumował, że tym samym błędne są wnioski Odwołującego o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 pzp, gdyż Skanska złożyła jedną ofertę, zgodną z SIWZ i jest ona spójna wewnętrznie. W kosztorysach ofertowych nie stwierdzono błędów rachunkowych. Każda pozycja w kosztorysie ofertowym ma podaną cenę jednostkową i jest to jedyna cena jednostkowa.

Zamawiający zauważył również, że co do zasady, a tym bardziej w warunkach tego postępowania, cena jednostkowa nie rozstrzyga o zakresie i przedmiocie świadczenia. Cena jest jednym z elementów zobowiązania i pozostaje w odpowiedniej relacji do przedmiotu zamówienia, ale relację tę określa oferent, a nie inny wykonawca. Ponadto cenę przyporządkowuje się do przedmiotu świadczenia, kalkuluje się ją w oparciu o przedmiot zamówienia, a nie odwrotnie. W konsekwencji według Zamawiającego argumentację Odwołującego dotyczącą elementów cenotwórczych w ramach kwestionowanych cen jednostkowych należy uznać za nieprzydatną dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający podniósł, że dokonał analogicznej jak Odwołujący analizy pojedynczych pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego i wykonał wyliczenia analogiczne dla jego oferty. Okazało się, że w kilku pozycjach Odwołujący „dopuścił się” dokładnie tego samego co zarzuca w odwołaniu. W ocenie Zamawiającego świadczy to o świadomym działaniu Odwołującego, stosującego różne miary do oceny siebie i innych, mającym na celu wyeliminowanie konkurenta z tańszą ceną oferty i pozyskaniu zamówienia, co narazi Zamawiającego na konieczność wydatkowania ok. 1 miliona publicznych pieniędzy więcej. Zamawiający sprecyzował, że dokonał przeliczenia korzystając z danych zawartych w ofercie Odwołującego dla tych samych dwóch pozycji kosztorysowych, dla których wyliczenie znajduje się na str. 7 odwołania {wyliczenie załączono} Wynika z niego, że tylko dla tych pozycji kosztorysowych niedoszacowanie oferty Odwołującego opiewa na kwotę brutto 418.596,62 zł, co stawiałoby ofertę Odwołującego na pozycji czwartej (5.933 572,34 zł. + 418.596,62 zł = 6.352.168,96 zł, czyli więcej niż oferta firmy Strabag. Według

Zamawiającego w konsekwencji oznaczałoby to, że Odwołujący przestaje mieć interes prawny w składaniu odwołania.

Zamawiający podsumował, że wadliwie przyjęte założenie dało wadliwe wyliczenia i podliczenia oraz niezasadne wnioski, że wybrana przez Zamawiającego oferta jest jakoby niedoszacowana i zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, że występują istotne różnice w cenach jednostkowych obydwu firm. Zamawiający przygotowując się do sprawy dokonał takiej analizy {tabele załączono}. Pokazują one, że kierowanie się jedynie ceną jednostkową wybranych pozycji kosztorysowych nie prowadzi do poprawnych wniosków.

Kwestionowane przez Odwołującego wyceny wybiórczo wybranych pozycji kosztorysowych, w ocenie Zamawiającego nie naruszają żadnego przepisu Pzp, gdyż taka analiza nie odnosi się do całej oferty, lecz jedynie fragmentu kosztorysu i pojedynczych pozycji.

Niezależnie od powyższego Zamawiający z ostrożności procesowej podniósł, że stwierdzenie jakoby dany element miał zaniżoną cenę nie jest jednoznaczne z udowodnieniem, że cała cena jest rażąco niska.

Zamawiający podkreślił, że kalkulacja jednostkowych elementów czy określonej części oferty – nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia – nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Kalkulacja własna ceny jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem wykonawcy, w tych ramach wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym z elementów ceny {Zamawiający wskazał na wyrok Izby z 27 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 878/09}.

Ponadto Zamawiający powołała się na wyroki:

- Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17 stycznia 2006 r. (sygn. akt II Ca 2194/05), w którym stwierdzono, że *oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty.*
- Sądu Okręgowego w Lublinie z 24 marca 2005 r. Sygn. akt II Ca 425/04 uznający również, że *ocena oferty – przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.*

Według Zamawiającego niedopuszczalne jest – jak żąda tego Odwołujący, stosując wybiórcze porównywanie wybranych pozycji oferty, w tym zakresie w którym składowe ceny jednostkowe oferty byłyby niższe od pozycji innych ofert, a w szczególności od oferty Odwołującego – aby cena wybranego wykonawcy została uznana za rażąco niską.

Zamawiający stwierdził, że sposób konstruowania ceny oferty może być różny, co potwierdzają wyliczenia wykonawców w przedstawionych kosztorysach {na dowód załączył porównanie kosztorysów ofertowych Odwołującego i Przystępującego, gdzie zaznaczono ceny jednostkowe Przystępującego wyższe od Odwołującego}. Zdaniem Zamawiającego pokazuje to, że na bazie pojedynczych cen jednostkowych nie można wyciągnąć poprawnych wniosków co do rażąco niskiej ceny przedmiotu zamówienia.

Ponadto Zamawiający uznał za celowe wskazanie na 4 konkretne przykłady postępowań przetargowych w pierwszych miesiącach 2016 r. w jego rejonie dla zobrazowania, że w przypadku zamówień polegających na budowie dróg o podobnych parametrach ceny wybranych najkorzystniejszych ofert często są znacznie niższe od określonej przez zamawiających wartości szacunkowej.

4 maja 2016 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

6 maja 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby zgłoszenie przez Skanska przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a także nie zgłoszono co do niego opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Odwołującego,**

**Zamawiającego i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ważną ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą wybranej oferty, a zatem mogą Odwołującego narażać na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba zaznacza, że niezależnie od podziału dalszego wyводу na części, stanowisko odnośnie określonych kwestii wyrażone przy okazji rozstrzygnięcia jednego z zarzutów jest aktualne również w kontekście pozostałych zarzutów. Odwołanie zostało zredagowane w taki sposób, że częściowo te same lub zbliżone okoliczności zostały poruszone w kontekście odrębnych kwalifikacji prawnych, a czasem kilkakrotnie powtórzone. Przy powyższej prezentacji okoliczności zawartych w uzasadnieniu odwołania dokonano ich przyporządkowania do poszczególnych punktów z listy zarzutów. Rozstrzygnięcie powtarzających się kwestii zostało przede wszystkim zamieszczone przy okazji rozpoznawania zarzutu, dla którego w ocenie Izby mogły one mieć największe znaczenie.

I. {zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 pzp}

Według Odwołującego dla wyszczególnionych w uzasadnieniu odwołania pozycji

kosztorysowych Skanska *de facto* podała w ofercie dwie zupełnie różne ceny tych samych materiałów, przy czym ta druga cena ma wynikać z wypełnionych załączników nr 11 lub 12 do s.i.w.z.

Po pierwsze – w konsekwencji miałyby to prowadzić do niemożliwości jednoznacznego ustalenia wysokości wynagrodzenia kosztorysowego na etapie realizacji zamówienia, gdyż nie wiadomo, którą z podstaw wyceny wynikających z oferty należałoby zastosować. Odwołujący upatruje w tym złożeniu oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp, gdyż niezgodnej z art. 82 ust. 1 pzp, według którego niedopuszczalne jest złożenie przez jednego wykonawcę dwóch ofert.

Po drugie – miałyby ty świadczyć o wewnętrznej sprzeczności oferty, co Odwołujący kwalifikuje jako złożenie oferty podlegającej również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, czyli jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji.

Po trzecie – brak logicznej i matematycznej zgodności pomiędzy wyceną elementów cenotwórczych w załącznikach nr 11 i 12 a wyceną odpowiadających im pozycji w kosztorysie oznacza wg Odwołującego błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp jako podstawie do odrzucenia oferty.

Wszystkie powyższe zarzuty są bezzasadne, gdyż opierają się na arbitralnie przyjętych przez Odwołującego założeniach, które nie znajdują oparcia ani w treści s.i.w.z., ani w treści oferty Skanska.

W odwołaniu wybiórczo powołano się na postanowienie zawarte w rozdziale XVI s.i.w.z dotyczącym opisu sposobu przygotowania oferty, gdzie w pkt 18 wymieniono w szczególności, że na ofertę składają się {w domyśle wypełnione}: {lit. a} formularz ofertowy (załącznik nr 1 do s.i.w.z.), {lit. h} kosztorysy ofertowe w postaci uproszczonej, do których należy załączyć szczegółowe zestawienia zbiorcze nakładów z kosztorysów w zakresie robocizny, materiałów urządzeń i sprzętu, w szczególności cen jednostkowych tych nakładów {lit. b} tabela elementów rozliczeniowych (załącznik nr 10 do s.i.w.z.), a także wykaz stawek i narzutów {załącznik nr 11 do s.i.w.z.} oraz zestawienie nakładów i cen {załącznik nr 12 do s.i.w.z.}. Umknęło uwadze Odwołującego, że postanowienie to określa zakres dokumentów składających się na ofertę, a nie zakres treści oferty, stąd wymieniono tam również oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia {lit. e}, pełnomocnictwo, jeżeli dotyczy {lit. f}, czy wreszcie dokument potwierdzający wniesienie wadium {lit. g}.

Wybiórczo przywołano również postanowienia zawarte w pkt 5 rozdziału XI, które zawierają analogiczne wyliczenie, z tym że tym razem wyszczególniające dokumenty inne niż składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw

do wykluczenia. W odwołaniu przemilczano jednak, że dodatkowo według pkt 5.7) załącznik nr 11 do s.i.w.z. stanowi wykaz stawek i narzutów, które będą stanowić podstawę kalkulacji cen ewentualnych robót dodatkowych nieprzewidzianych w specyfikacji, a według pkt 5.8) załącznik nr 12 to zestawienie cen jednostkowych i nakładów w rozbiciu na branże.

Ponadto w odwołaniu wskazano na postanowienia, z których wynika kosztorysowy charakter wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia, co było w sprawie okolicznością bezsporną. Postanowienia s.i.w.z. nie dają jednak żadnych podstaw do twierdzenia, że wynagrodzenie to będzie ustalane według innych cen jednostkowych niż zawarte w poszczególnych pozycjach kosztorysów ofertowych, które były podstawą do wyliczenia ceny oferty.

W odwołaniu przemilczano bowiem zupełnie postanowienia zawarte w § 10 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do s.i.w.z. Tymczasem wynika z nich, że ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego będą również podstawą do wyliczenia wartości robót w razie konieczności zwiększenia ich ilości w stosunku kosztorysu ofertowego {zob. ust. 5}, choć ma to być przedmiotem odrębnego zamówienia dodatkowego udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki {zob. ust. 9}. Takie odrębne zamówienie dodatkowe dotyczy również sytuacji wystąpienia konieczności wykonania robót innych niż wyszczególnione w kosztorysie ofertowym {zob. ust. 9}. W tym ostatnim przypadku kalkulacja ceny jednostkowej tych robót ma uwzględniać ceny czynników produkcji nie wyższe niż określone przez wykonawcę w ofercie, a dla materiałów, sprzętu i transportu – ceny określone w ofercie wykonawcy (chyba że tam nie występują, wtedy przewidziano odwołanie się do cen minimalnych wg aktualnego „Sekoncenbudu”), z zastosowaniem stawek i narzutów określonych w ofercie wykonawcy {zob. ust. 6}.

Z przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z. rozpatrywanych łącznie wynika zatem, że zawarte w załącznikach nr 11 i 12 ceny jednostkowe znajdą zastosowanie dopiero w razie wystąpienia konieczności udzielenia odrębnego zamówienia dodatkowego na wykonanie robót nieodpowiadających opisowi pozycji zawartych w kosztorysach ofertowych.

W konsekwencji za bezpodstawne należy uznać zarzuty, jakoby Skanska wskazała w ofercie dwie różne ceny za realizację robót objętych kosztorysem ofertowym, a sposób wypełnienia załączników nr 11 i 12 powodował wewnętrzną sprzeczność złożonej w tym postępowaniu oferty.

Dodatkowo należy zauważyć, że poza wskazaniem na art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie był w stanie sprecyzować na czym miałyby polegać sprzeczność treści oferty Skanska z treścią s.i.w.z.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.



Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Według utrwalonego w doktrynie i orzecznictwie stanowiska zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por.

J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Wreszcie nie budzi w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym taka niezgodność konkretnie polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi zapisami czy normami s.i.w.z.

Z odwołania nie wynika nawet w jaki sposób zarzucana sprzeczność wewnętrzna treści oferty Skanska miałyby mieścić się w hipotezie normy wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby w okolicznościach sprawy przyjęte w odwołaniu rozumienie przesłanki odrzucenia oferty nie mieści się w zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który omówiono powyżej. Wbrew temu, co zdaje się sugerować Odwołujący, kosztorysowe wynagrodzenie na etapie wykonania robót budowlanych nie zmienia tego, że oferta niepodzielnie dotyczy realizacji całości przedsięwzięcia budowlanego opisanego za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Stąd oferta może zostać uznana za niezgodną z s.i.w.z. przede wszystkim wtedy, gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu. Tymczasem odwołanie nie zawiera takiego zarzutu w stosunku do oferty Skanska.

W odwołaniu nie wskazano również postanowień s.i.w.z., z których miałyby wynikać obowiązek zachowania logicznej i matematycznej zgodności wyceny pozycji kosztorysu ofertowego z wyceną elementów cenotwórczych w załącznikach nr 11 i 12 do s.i.w.z. Natomiast zestawienie złożone przez Przystępującego na rozprawie {do którego Odwołujący nie zechciał się odnieść} wskazuje, że również Odwołujący na etapie sporządzenia swojej oferty nie widział takich postanowień s.i.w.z. ani potrzeby zachowania wywodzonej w odwołaniu korelacji, co podważa wiarygodność argumentacji odwołania pod kątem wszystkich powyższych zarzutów.

II. {zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp}

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla 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. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z powyższych przepisów wynika, że odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską jej cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia musi zostać poprzedzone umożliwieniem wykonawcy złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny.

Odwołujący nie zakwestionował wyjaśnień złożonych przez Skanska, a nawet nie dążył do zapoznania się z nimi (o wgląd w te wyjaśnienia zwrócił się do Zamawiającego dopiero w dniu złożenia odwołania), opierając tym samym swój zarzut na tych samych okolicznościach, co pozostałe zarzuty, w tym przypadku akcentując dokonane przez siebie wyliczenie globalnej kwoty, na jaką miałyby opiewać zniżenie ceny oferty Konsorcjum Skanska, co miałyby czynić zarzucane zniżenie ceny niewyjaśnianym.

Izba zważyła, że dokonane według przyjętych przez Odwołującego założeń, które jak powyżej rozstrzygnięto nie znajdują oparcia w treści s.i.w.z., nie dowodzi ani zniżenia łącznej ceny oferty, ani nawet cen jednostkowych z zakwestionowanych pozycji kosztorysu. Odwołujący nie udowodnił, że wyłącznie ceny materiałów w załącznikach nr 11 i 12 można uznać za rynkowe, poprzestając na gołosłownym twierdzeniu. W szczególności Odwołujący nie zgłosił żadnych dowodów na potwierdzenie kształtowania się na rynku cen materiałów

objętych pozycjami zakwestionowanymi jako zaniżone w kosztorysie.

Stanowisko Odwołującego jest niewiarygodne również z tego powodu, że gdyby jego kosztorys przeliczać w oparciu o ceny materiałów, jakie wskazał w załączniku nr 12, cena jego oferty mogłaby się okazać zaniżona o ponad 1,3 mln zł.

Niezależnie od powyższego zarówno ustawa pzp, jak również prawo unijne nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa istotne jest to, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty, a nie ceny za poszczególne elementy oferty, chyba że okoliczności dotyczące postępowania wskazują na szczególne znaczenie cen jednostkowych. W tym postępowaniu, które dotyczy zamówienia na roboty budowlane, czyli osiągnięcia określonego z góry rezultatu {o czym szerzej poniżej}, nawet skalkulowanie pewnych pozycji na niższym poziomie niż przyjęty jako wzorcowy punkt odniesienia nie ma znaczenia, skoro w odniesieniu do całej ceny oferty nie można powiedzieć, że wydaje się rażąco niska w stosunku do przedsięwzięcia budowlanego, które ma za nią zostać zrealizowane. Odwołujący skupia się wyłącznie na wybranych pozycjach, które jak twierdzi wpłynęły na zaniżenie ceny oferty, jednocześnie nigdzie nie wskazuje, że nierealne jest zrealizowanie całości przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Skanska. Spekulacje Odwołującego, o ile wyższe byłaby cena tej oferty, gdyby pozycje te skalkulowano na poziomie sugerowanym przez Odwołującego, są bez znaczenia dla sprawy.

Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publiczne {wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08}. Pogląd taki prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu orzeczeń dotyczących rażąco niskiej ceny. W okolicznościach rozstrzyganej sprawy nie zostało wykazane, że zrealizowania przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Skanska jest nierealne.

### III. {zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp}

Drugi zasadniczy zarzut dotyczy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Skanska, której złożenie miałoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według art. 3 ust. 1 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 również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest to tzw. klauzula generalna, do której można się odwołać, jeżeli dane zachowanie nie wypełnia znamion żadnego ze stypizowanych w dalszych przepisach uznk czynów nieuczciwej konkurencji, które zbiorczo zostały wymienione w art. 3 ust. 2 uznk.

Po pierwsze, Odwołujący zarzucił, że zaniżenie przez Skanska wyceny zakwestionowanych pozycji kosztorysu miałoby wypełniać znamiona czynu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czyli utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Powyższy zarzut zdaje się opierać na założeniu, że ceny jednostkowe zakwestionowanych pozycji dotyczące objętych nimi prac stanowią niejako odrębne oferty. Założenie to jest nie tylko oczywiście błędne, o czym rozstrzygnięto już powyżej, ale i nieuprawnione, gdyż usługą sprzedawaną Zamawiającemu przez wykonawców w tym postępowaniu jest wykonanie obiektu budowlanego, a nie poszczególnych prac składających się na osiągnięcie tego rezultatu. W przypadku zamówienia na roboty budowlane mamy bowiem do czynienia z tzw. umową rezultatu, czyli zobowiązaniem wykonawcy do osiągnięcia rezultatu opisanego w dokumentacji projektowej za wynagrodzeniem określone w ofercie, przy czym cena oferty określa je ostatecznie (wynagrodzenie ryczałtowe) lub w sposób przybliżony, z dokładnym określeniem podstaw do ustalenia jego ostatecznej wysokości w postaci cen jednostkowych (wynagrodzenie kosztorysowe). Co istotne, w reżimie zamówień publicznych rezultat, który ma być osiągnięty, musi być dokładnie opisany w sposób wynikający z art. 31 ust. 1 pzp (z uwzględnieniem przywołanych powyżej przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 31 ust. 4 pzp) i nie może ulegać zasadniczym zmianom, niezależnie od charakteru wynagrodzenia umownego, gdyż nie byłoby to już to samo zamówienie. Rozliczenie kosztorysowe według cen jednostkowych nie oznacza, że zakres ostatecznie zrealizowanych prac może znacząco odbiegać od zakresu przewidywanego na etapie udzielenia zamówienia.

Odmienne mogłaby się przedstawiać sytuacja w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi, w których przedmiot zamówienia często stanowi agregację szeregu odrębnych i niezależnych od siebie czynności, co do których nie ma pewności, czy i w jakiej skali wystąpią na etapie realizacji zamówienia (np. usługi związane z zimowym utrzymaniem dróg). Stąd szczególne znaczenie cen jednostkowych dla poszczególnych czynności, które mogą być badane pod kątem zarówno rażąco niskiej ceny, jak i manipulowania wysokością

poszczególnych cen dla uzyskania korzystnego bilansu w świetle kryteriów oceny ofert lub z uwagi na przewidywany faktyczny zakres realizacji zamówienia. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że zamówienie na tego typu usługi ma charakter tzw. umowy starannego działania.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania zaistnienia przesłanki działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co jest konieczne dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

W drugiej kolejności z uzasadnienia odwołania wynika, że Skanska miały dopuścić się czynu nieuczciwej konkurencji co prawda niestypizowanego, ale wypełniającego hipotezę klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 uznk. Ponieważ w odwołaniu nie sprecyzowano, na czym miały polegać ten czyn i nie odniesiono się do przesłanek wynikających z tego przepisu, zarzut należy uznać za oczywiście niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 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).

**Przewodniczący:** .....