

WYROK

z dnia 5 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2020 r. przez wykonawcę AWM Budownictwo S.A., ul. Legnicka 46A; 53-574 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Stronie Śląskie, ul. Kościuszki 55; 57-550 Stronie Śląskie,

przy udziale wykonawcy LK INWEST sp. z o.o., ul. Wojszycka 46; 53-674 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego, przy udziale wykonawcy M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Ogólno-Budowlana M. S. ul. Kamienna 29/31; 53-307 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę AWM Budownictwo S.A., ul. Legnicka 46A; 53-574 Wrocław i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AWM Budownictwo S.A., ul. Legnicka 46A; 53-574 Wrocław, 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 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Stronie Śląskie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbudowa wieży widokowej na szczycie Śnieżnika w gminie Stronie Śląskie, działka nr 370/AM 19/ obręb Stronie Lasy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 16 kwietnia 2020 r.

Dnia 26 czerwca 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 30 czerwca 2020 roku, wykonawca AWM Budownictwo S.A. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty dotychczas wybranego wykonawcy (dalej „M.S.”) z uwagi na to, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

z uwagi na zaoferowanie ceny dumpingowej,

2. art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, tj. oferty która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia,

3. art. 7 ust 1 ustawy Pzp, z uwagi na nie przeprowadzenie przedmiotowego

postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

4. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie

wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu / zobowiązanie zamawiającego do:

1) dokonania czynności polegającej na unieważnieniu dotychczasowego wyboru oferty

najkorzystniejszej, tj. wyboru oferty wykonawcy M.S.,

2) dokonania powtórnych czynności w zakresie badania i oceny ofert, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu tj.:

a) dopuszczenia i przeprowadzenia w ramach ww. powtórnych czynności, dowodów w zakresie cen rynkowych, dotyczących zamawiania usług helikoptera/ śmigłowca

- w oparciu o treść odwołania oraz załączony do odwołania materiał dowodowy,

b) powtórne zbadanie i oceny ofert:

- w stosunku do wykonawcy M.S. bez odrębnego wzywania, a jedynie w zakresie złożonych już przez niego wyjaśnień, dotyczących cen rynkowych dotyczących

zamawiania usług śmigłowca/ helikoptera oraz w oparciu o treść odwołania i załączony do odwołania materiał dowodowy, a w konsekwencji automatycznie odrzucenie oferty wykonawcy M.S. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

oraz

- w stosunku do odwołującego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku wykluczeń z przedmiotowego postępowania,

c) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej punktowo i spełniającej warunki udziału w zamówieniu,

3) zwrotu poniesionych przez odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa, według norm przypisanych i zgodnie z dokumentem finansowym przedstawionym na rozprawie.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że w zw. z ww. zarzutami i żądaniami wobec zamawiającego wniósł odwołanie wskazując, iż to oferta odwołującego, a nie wykonawcy M.S., winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza albowiem jest ważna, tj. powinna otrzymać najwyższą ilość punktów oceny kryterialnej, nie podlega odrzuceniu, a także spełnia warunki określone w s.i.w.z., w tym warunki udziału w postępowaniu określone

względem wykonawcy. Ponadto odwołujący nie podlega wykluczeniu z prowadzonego postępowania. Odwołujący tym samym potwierdził, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść realną szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M.S. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie ceny dumpingowej.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca M.S. złożył wraz z ofertą - Kosztorys ofertowy gdzie wykazał:

- pod poz. 2 (2.17) dot. Przelotów śmigłowca (w części dot. robót ogólnobudowlanych) ilość 14 przelotów każdy po 1 zł, globalna cena 14,00 zł,

- pod poz. 2 (2.36) dot. Transportu materiałów konstrukcji ... (w części dot. robót ogólnobudowlanych) - ilość 892,70 w cenie 1,00 zł, razem globalna cena 892,70 zł,

- a także pod poz. 8 (8.01) dot. Transportu z zaplecza na przełęczy na szczyt. ... (w części dot. robót ogólnobudowlanych) - ilość 3.00 w cenie 1,00 zł. razem globalna cena 3,00 zł.

Z uwagi na ww. elementy cenotwórcze, które są ewidentnie rażące cenowo, gdyż ww. wykonawca nie jest w stanie w tej cenie realnie wykonać usługi transportu śmigłowcem, a tym samym nie tylko cena za usługę transportu śmigłowcem/helikopterem ale i złożona globalna cena ofertowa jest przez to ceną dumpingową. Odwołujący wystąpił do zamawiającego z pismem wskazującym na potrzebę wezwania wykonawcy M.S., do złożenia stosownych wyjaśnień na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł wobec zamawiającego, iż dla wykonania przedmiotowego zamówienia ww. składniki cenotwórcze dotyczące usług śmigłowca/helikoptera jak widać z ich cen - są wprost rażąco niskie i reprezentują nierealne na rynku ceny dla tego typu transportu, a tym samym złożona globalna cena ofertowa jest przez to ceną dumpingową. Na dowód powyższego odwołujący załączył zebrane ceny ofertowe praktycznie od wszystkich firm wynajmujących przedmiotowy sprzęt w RP.

Zamawiający skierował do wykonawcy M.S. wezwanie na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie: poz. 2 (2.17), poz. 2 (2.36) oraz poz. 8 (8.01), wskazując, iż budzą one wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca M.S. złożył pismo, jednakże w ocenie odwołującego, nie stanowiące jakiegokolwiek wyjaśnienia kwestii zaoferowanej ceny za usługi śmigłowca i bez załączenia jakichkolwiek dowodów - pomimo obowiązku wynikającego w tej kwestii z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i dodatkowo treści wezwania zamawiającego.

Wykonawca M.S., w swoim piśmie w pkt (3) w sposób nader lakoniczny i bez przedstawienia do pisma choć jednego dowodu wyjaśnił, iż cena za usługi transportu śmigłowcem/helikopterem ukryta jest w innych pozycjach kosztorysu, które należy wziąć pod uwagę łącznie. Jednocześnie, w tym samym pkt (3) wyjaśnienie wykonawcy M.S. wskazał, iż treść kosztorysu ofertowego potwierdza że jego oferta obejmuje wykonanie przelotów śmigłowcem właśnie zgodnie z poz. 2.17 i 8.01, jak również transport helikopterem zgodnie z poz. 2.36 przedmiaru robót - które przecież są odpowiednikami poz. 2.17, 8.01 i 2.36 w kosztorysie ofertowym.

Zdaniem odwołującego, powyższe wskazuje wprost na to, iż wykonawca M.S. dokonał iluzorycznych wyjaśnień bez większych refleksji albowiem nie zastanowił się udzielając odpowiedzi zamawiającemu, że skoro cena za usługi śmigłowca jest rzekomo ukryta w tych innych ww. pozycjach kosztorysu, to czym w istocie są wyodrębniane przez niego pozycje w kosztorysie. Ponadto wykonawca M.S., w sposób nieuzasadniony (gdyż nie o to go pytał zamawiający) manipuluje, kierując uwagę zamawiającego na temat rażąco niskiej ceny do przedmiotu zamówienia, podając argument zbliżenia jego globalnej ceny ryczałtowej do 3 innych ofert oraz na to, iż nie można kwestionować jego oferty tylko dlatego iż odmiennie od pozostałych oferentów ujął koszt użycia helikoptera w kilku pozycjach kosztorysu.

Odwołujący wskazał, iż powyższe wyjaśnienia nie zasługują na uwzględnienie, gdyż przecież te kwestie ani nie były treścią wezwania zamawiającego ani też nie stanowią zarzutu odwołania. Istotą zarzutów wniesionego odwołania jest kwestia wykonania przedmiotowego zamówienia w zakresie wzniesienia/odtworzenia fundamentów, a także: dostawy zaplecza

budowy; dostawy mieszanki betonowej; dostawy deskowań; dostawy narzędzi; dostawy i montażu konstrukcji stalowej; dostawy i montażu szkła; dostawy i montażu elewacji i ślusarki; wywozu urobku; dostawy i montażu studni drenarskiej; dostawy i montażu poszycia dachowego; dostawy rusztowań - z użyciem transportu śmigłowcem/helikopterem za cenę 1 zł, która jest wprost rażąco niska/dumpingowa, gdyż reprezentuje nierealne na rynku ceny dla tego typu transportu, a tym samym złożona globalna cena ofertowa jest przez to ceną dumpingową. Ponadto w sposób nieuzasadniony i nie poparty żadnymi dowodami wykonawca M.S. próbuje w swej odpowiedzi zmarginalizować istotę żądanych wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, próbując i jak się okazało skutecznie, zmanipulować zamawiającego, iż poz. 2.17, 2.36 i 8.01 nie mogą być uznane za istotne części składowe ceny w rozumieniu art. 90 ustawy Pzp.

Odwolujący wskazał, iż podważa powyższą manipulację wykonawcy M.S., jak również i to jego twierdzenie; że skoro zamawiający nie przedstawił wzoru kosztorysu ofertowego i nie narzucił sposobu ujęcia kosztów w poszczególnych pozycjach kosztorysowych oznacza, iż rola kosztorysu była pomocnicza. Argumenty te nie decydują jeszcze automatycznie o roli przepisanej kosztorysom ofertowym. O roli kosztorysów nie decyduje także i to, że zamawiający żądał w ofercie wskazania wynagrodzenia ryczałtowego i to, że jako takie jest ono co do zasady wynagrodzeniem niezmiennym. Tak samo wbrew twierdzeniom wykonawcy M.S., określenie przez zamawiającego w s.i.w.z., iż przedmiary mają charakter pomocniczy i można je zmieniać, nie determinuje jeszcze automatycznie charakteru kosztorysów ofertowych. Tak samo przytoczone przez wykonawcę M.S. orzecznictwo KIO dotyczące kwestii ceny ryczałtowej vs. kosztorys ofertowy - nie wpisuje się w arkana przedmiotowej sprawy jak i jego wyjaśnień, co do elementu ceny oferty dotyczącej usług helikoptera i śmigłowca gdyż: w przedmiotowej sprawie kosztorysy ofertowe mimo przewidzenia wynagrodzenia ryczałtowego są istotne i mają znaczenie, co potwierdza również orzecznictwo KIO, a ponadto odwołujący nie mówi o rażąco niskiej cenie jako takiej w oparciu o przepis ustawy Pzp, a o cenie dumpingowej w zakresie ceny usług za transport śmigłowcem/helikopterem, i którą co oczywiste ewidentnie rzutuje, na globalną cenę złożoną przez wykonawcę M.S., jako cenę najniższą wśród złożonych ofert.

W ocenie odwołującego, w świetle powyższego, nie sposób uznać wyjaśnień wykonawcy M.S., w zakresie zaoferowanych cen za usługi helikoptera/śmigłowca, gdyż nie wyjaśnił on i nie udowodnił szczegółowo ich rozpisania w innych pozycjach, na które próbował się powoływać, a skoro tak, to zaoferował je w poz. 2.17, 2.36 i 8.01 swego kosztorysu ofertowego, w którym przecież w jakimś konkretnym celu te pozycje wyodrębnił.

Odwolujący podkreślił, iż kosztorysy ofertowe nie stanowią podstawy do rozliczania robót zamiennych lub dodatkowych. Zgodnie z treścią rozdziału XIV punkt 9 wykonawca, na 3 dni przed podpisaniem umowy zobowiązany będzie dostarczyć harmonogram rzeczowo-finansowy i szczegółowe kosztorysy ofertowe. Zarazem zamawiający dopuszczając możliwość wykonania robót zamiennych bądź dodatkowych zastrzegł, iż roboty takie będą rozliczane na podstawie kosztorysów różnicowych bądź dodatkowych sporządzanych na bazie szczegółowych Kosztorysów ofertowych dostarczonych przez wykonawcę przed podpisaniem umowy. Rola żądanych na podstawie s.i.w.z. kosztorysów ofertowych jest nader istotna w przedmiotowym postępowaniu przetargowym i wynika wbrew twierdzeniom wykonawcy M.S., wprost z postanowień s.i.w.z., które dodatkowo kładą w wielu miejscach nacisk na sposób realizacji przedmiotu zamówienia z użyciem helikoptera/śmigłowca.

Odwolujący wskazał, iż zamawiający w s.i.w.z. jasno określił techniki wykonania prac (dowiezienie gotowego betonu), sposoby ich wykonania m.in. fundamentów z obowiązkowym użyciem śmigłowca/helikoptera - co pokazuje, że przy zaoferowanych cenach za usługi śmigłowca celem transportu, nie jest możliwe ich wykonanie właśnie transportem helikopterowym.

Zdaniem odwołującego, skoro wykonawca M.S., w swoim kosztorysie w poszczególnych pozycjach dotyczących transportu nie wykazał poza transportu śmigłowcem we wskazanych wyżej trzech pozycjach innego transportu, oznacza to wprost, iż jest to jedyny oferowany przez niego środek transportu, którego oczywiście po złożeniu oferty w ramach wyjaśnień nie mógł zmienić albo próbować, jak to uczynił wyjaśnić, iż uwzględnił go w innych pozycjach kosztorysowych (choć de facto tego wyjaśnienia również nie uczynił).

Ponadto o tym, iż wykonawca miał zaoferować konkretny sprzęt tu śmigłowiec/helikopter, mówiły również odpowiedzi na zadane pytania z dnia 18.05.2020 r., tj. odpowiedź na pytanie 1 (wprost potwierdzenie czym ma się odbywać transport), odpowiedź na pytanie 3 (pośrednio z uwagi na to, iż ma być fundament z betonu, nie tworzony na górze tylko jako gotowy produkt dostarczony, co do zasady helikopterem), odpowiedź na pytanie 13 (pośrednio z uwagi na to, iż ma być fundament z betonu, nie tworzony na górze tylko jako gotowy produkt dostarczony, co do zasady helikopterem) oraz odpowiedź na pytanie 22 (wprost potwierdzenie czym ma się odbywać transport).

Ponadto, zgodnie z pkt 1 rozdziału XII s.i.w.z., zdanie drugie - cena oferty powinna wynikać z dołączonych do oferty kosztorysów ofertowych, a dodatkowo z treści § 11 ust. 2 wzoru umowy również wynika, iż należało do oferty dołączyć Kosztorysy ofertowe, gdyż wskaźniki określone w szczegółowym kosztorysie ofertowym, który będzie załącznikiem nr 1 do umowy stanowią wartości maksymalne i podstawę ustalenia wynagrodzenia dla ewentualnych robót zamiennych.

Dodatkowo odwołujący wskazał na istotę kosztorysów ofertowych, podając również kolejny zapis w §11 ust. 7 wzoru umowy, zgodnie z którym w przypadku odstąpienia od części umowy przez zamawiającego lub zmniejszenia zakresu robót - wynagrodzenie zostanie zmniejszone na podstawie cen jednostkowych, na podstawie których sporządzono kosztorys ofertowy.

Uzasadnieniem powyższych żądań zamawiającego wyraźnie opisanych w s.i.w.z. jest okoliczność wskazująca na to, iż celem żądanych kosztorysów ofertowych, zwłaszcza przy tak trudnej inwestycji jaką jest odbudowa wieży widokowej na szczycie Śnieżnika, jest nie co innego jak tylko potwierdzenie, iż złożona oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ponad oczywiste sprawdzenie cen składowych oferty cenowej wykonawcy. Żądane kosztorysy ofertowe stanowią bowiem swego rodzaju treść oferty pod kątem realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią wymagań zamawiającego określonych w s.i.w.z. Poparciem dla powyższej tezy jest również i okoliczność, iż zamawiający w żadnych postanowieniach s.i.w.z. nie napisał, iż kosztorysy ofertowe mają

jedynie charakter pomocniczy czy informacyjny.

Podsumowując kwestię istotności kosztorysów ofertowych, które należało złożyć wraz z ofertą odwołujący wskazał, iż pomimo tego, że zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe - obowiązek dołączenia kosztorysów ofertowych przez wykonawców w świetle jasnych zapisów s.i.w.z., należało i należy postrzegać jako wymóg wykazania elementów cenotwórczych.

Odwołujący podniósł, że wykonawca M.S. celowo nieustannie nawiązuje do tego, że jego cena nie jest rażąco niska, jednocześnie równie celowo pomijając aspekt zaoferowania rażąco niskiej ceny za jeden z elementów cenotwórczych - ceny dumpingowej, który ma zasadniczy wpływ na wysokość wynagrodzenia umownego (gdyż gdyby doliczył do swojego kosztorysu choćby najtańszy koszt za usługę śmigłowcem, które w przedmiotowej sprawie zaoferował wykonawca: BERGER BAU POLSKA sp. z o.o. w kwocie 2 524 277,94 zł - to jego oferta nie byłaby ofertą z najniższą ceną). I tak w opisanej sytuacji mielibyśmy do czynienia z łączną kwotą wynagrodzenia 15 527 360,58 zł, wynikająca z ceny ofertowej wykonawcy M.S. bez poz. 2.17. 2.36 i 8.01, tj. kwotą 13 003 082,64 zł + najniższa spośród zaoferowanych ale realną kwotą za usługi śmigłowca/helikoptera tj. 2 524 277,94 zł.

Odwołujący podniósł, iż zasadnicze zarzuty dotyczą, jak szczegółowo wykazano powyżej kwestii dotyczącej wyjaśnień dumpingowej ceny za śmigłowiec/helikopter, gdzie zdaniem odwołującego nie zostało wyjaśnione ani udowodniono - dlaczego kwota danego kosztu wynosi 1 zł za kurs ani też ile ta usługa konkretnie kosztuje w innych pozycjach kosztorysu, na które próbował się powoływać wykonawca M.S. w swoich wyjaśnieniach z dnia 15.06.2020 r. - a pomimo to zamawiający dokonał wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący niezmiennie podnosił, iż dla wykonania przedmiotowego zamówienia, składniki cenotwórcze dot. usług śmigłowca/helikoptera, jak wprost widać z ich cen - są wprost rażąco niskie i reprezentują nierealne na rynku ceny dla tego typu transportu przez co są wprost dumpingowe, a tym samym złożona globalna cena ofertowa jest przez to ceną dumpingową. Na dowód powyższego odwołujący załączył do odwołania ofertę firmy wykonującej tak specjalistyczne pracę o odpowiednim doświadczeniu i renomie na polskim rynku.

Udowadniając niezgodność z prawem lub dobrymi obyczajami - odwołujący wskazał, iż jest ona spełniona albowiem zaoferowanie ceny dumpingowej jest bezspornie naruszeniem dobrych obyczajów (w tym wypadku postrzeganych jako zwyczaje kupieckie, które doznają uszczerbku w postaci uzyskania przez jednego z oferentów (kupców) oferty potencjalnie korzystniejszej właśnie poprzez naruszenie w/w norm pozakodeksowych), których uwarunkowania pozaprawne doznają uszczerbku poprzez zaoferowanie ceny 1 zł za usługi transportu śmigłowcem / helikopterem.

Udowadniając drugą przesłankę tj. naruszenie lub zagrożenie interesu innego przedsiębiorcy, odwołujący wskazał, iż zachodzi ona w pełni zarówno w zakresie naruszenia jak i zagrożenia jego interesowi, gdyż w przypadku zastosowania miarodajnych cen za usługi śmigłowca przez wykonawcę M.S., co nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie - oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza. Zaoferowanie zaś dumpingowej ceny za usługi

śmigłowca/helikoptera, ceny wpływającej de facto na cenę globalną oferty wykonawcy M.S. - innemu przedsiębiorcy tu odwołującemu, naruszając jego interes ukierunkowany na zysk, który został skalkulowany z poszanowaniem wszelkich zasad.

Reasumując odwołujący wskazał, iż wskazana powyżej argumentacja wraz z załączonymi dowodami ewidentnie potwierdza, iż zamawiający nie powinien przyjąć wyjaśnień wykonawcy M.S. z dnia 15.06.2020 r., w zakresie nieudowodnionego elementu ceny oferty za transport śmigłowcem/helikopterem, i że tym samym doszło do zarzucanego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy M.S. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie ceny dumpingowej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego, pisma procesowe złożyli również: przystępujący M. S. (M.S.) oraz dalsze pismo - odwołujący.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego oraz przystępującego M.S.

Ponadto Izba wskazuje, co następuje.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział wynagrodzenie ryczałtowe (§11 wzorca umowy). W treści rozdziału XIII ustęp 6 s.i.w.z. zamawiający zastrzegł, iż wynagrodzenie ryczałtowe będzie niezmiennie przez cały czas realizacji robót i wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac oraz wzrostu cen urządzeń. W ustępie 7 zamawiający wprost zastrzegł ponadto, iż w przypadku pominięcia przez wykonawcę przy wycenie jakiegokolwiek części zamówienia określonego w s.i.w.z. oraz projekcie budowlanym i jej nie ujęcia w wynagrodzeniu ryczałtowym, wykonawcy nie przysługują względem zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie. Zamawiający nie przewidział także przy tym wzorze kosztorysu ofertowego pozostawiając w tym zakresie swobodę wykonawcom. Zamawiający jednoznacznie przesądził także (rozdział XII ust. 4 s.i.w.z.), iż same przedmiary robót należy traktować jako materiał pomocniczy do wyliczenia ceny ofertowej. Zamawiający zastrzegł nawet (wyjaśnienia s.i.w.z. z dnia 18 maja br.), iż można wprowadzać zmiany do przedstawionych przez zamawiającego przedmiarów w zakresie sposobu prezentacji informacji w przedkładanych kosztorysach ofertowych. Zamawiający podkreślił, iż wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Tym samym, sposób prezentacji rozbicia ceny ofertowej w kosztorysie ofertowym został pozostawiony do

swobodnego uznania wykonawcy.

Skoro Zamawiający wprost zastrzegł, iż ze względu na ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego - pominięcie przez wykonawcę przy wycenie jakiegokolwiek części zamówienia określonego w s.i.w.z. oraz projekcie budowlanym i jej nie ujęcie w wynagrodzeniu ryczałtowym - nie będzie skutkować odrzuceniem oferty (przywołane powyżej postanowienie) to brak jest podstaw do kwestionowania, zgodności oferty przystępującego M.S. z wymaganiami s.i.w.z.

Biorąc pod uwagę postanowienia opracowanej przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia można dojść do wniosku, że nawet jeżeli przystępujący

M.S. w pozycjach wskazywanych przez odwołującego nie wpisałby żadnej wartości, to też brak byłoby podstaw do odrzucenia takiej oferty, z uwagi na charakter kosztorysu

ofertowego, którego wypełnienie, w dowolnej dyspozycji zamawiający pozostawił

wykonawcom.

Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji odwołującego ukierunkowanej na treść wyjaśnień złożonych przez przystępującego M.S., albowiem zarzuty odwołania nie wskazują na naruszenia zamawiającego w zakresie wadliwej oceny złożonych wyjaśnień i w konsekwencji na zaniechanie zamawiającego polegające na nieodrzuceniu oferty przystępującego M.S. na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący natomiast postawił zarzut główny dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz dalsze zarzuty, będące wynikiem stawianego zarzutu głównego (zarzuty wynikowe), dlatego też Izba, wydając przedmiotowe orzeczenie, wzięła pod uwagę tylko i wyłącznie zarzuty, które zostały postawione w odwołaniu.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym odwołujący, stawiając przedmiotowy zarzut, winien udowodnić, iż kwestionowana oferta nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności winien udowodnić, że oferta zawiera cenę dumpingową. Tymczasem odwołujący, całą swoją merytoryczną część argumentacji kieruje w stronę trzech pozycji kosztorysu ofertowego, kwestionując ich wysokość, nie biorąc pod uwagę okoliczności, że to cena oferty, w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, musi nosić znamiona czy też musi być ceną dumpingową, a nie elementy składające się na jej wysokość. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę cenę całkowitą oferty przystępującego M.S. w porównaniu do cen innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie różnią się znacząco.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy dookreślono, iż 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 wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu, przystępujący M.S. uzasadnił rozbiście kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami w pomocniczym kosztorysie ofertowym. Koszt transportu i przelotu śmigłowcem w ofercie przystępującego M.S. został ujęty w kilku pozycjach kosztorysowych, które należało wziąć pod uwagę łącznie. Błędne, w ocenie Izby, jest wskazywanie w odwołaniu na wybiórcze pozycje kosztorysu i odnoszenie ich do cen usługi transportu śmigłowcem, a pomijanie innych pozycji kosztorysu dotyczących materiałów i montażu wykonywanych przy użyciu śmigłowca.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 9 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2028/17, „Przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. wymaga, aby określony przedsiębiorca podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem należy tłumaczyć użyte sformułowanie "utrudnianie") oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada działanie z powziętym z góry zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy jakoby samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy wyczerpywało ww. znamiona". W ocenie Izby, odwołujący stawiając zarzut dumpingu cenowego w żaden sposób nie udowodnił ustawowych przesłanek, które muszą być spełnione kumulatywnie, tj. nie udowodnił, że cena ryczałtowa oferty jest poniżej kosztów własnych, a złożenie oferty stanowi zakazaną praktykę utrudniania, mającą na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym bardziej, że pod ocenę może być brana tylko cena całkowita oferty, a nie jej wybrane elementy, w szczególności

w przypadku rozliczania kontraktu w sposób ryczałtowy. Izba w wyroku z dnia 29 sierpnia 2019 roku, sygn. akt KIO 1616/19 zasadnie wskazała, iż „(...) nie wykazano zamiaru wpływu

na pozycję rynkową innych wykonawców przez zaoferowanie ceny dumpingowej. Teza o zastosowaniu manipulacji cenowej podjętej w celu eliminacji z rynku lokalnego konkurentów nie została również udowodniona. Jak wynika z oceny wskazanej na wstępie, samo zaniżenie ceny oferty, jak i niedoszacowanie kosztów poszczególnych części składowych zamówienia nie jest wystarczające do uznania popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie składu orzekającego w sprawie odwołujący nie wykazał, by zamiarem wykonawcy oferującego cenę było doprowadzenie w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego do skutku mającego znamiona czynu nieuczciwej konkurencji”. Powyższe musi prowadzić do wniosku, iż okoliczność zakwalifikowania kosztów transportu śmigłowcem/helikopterem określonych materiałów w pozycjach innych, tj. w zakresie części dotyczącej robót ogólnobudowlanych, przy uwzględnieniu okoliczności, iż cena całkowita oferty przystępującego M.S. jest porównywalna do cen innych ofert, nie może stanowić podstawy do uznania, iż złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oferta zawiera cenę dumpingową. Tym bardziej nie ma możliwości, aby stwierdzić, że oferta została złożona w celu wyeliminowania konkurencji, albowiem w ocenie Izby, stanowi jedynie o fakcie odmiennego zakwalifikowania kosztów takiej usługi - odmiennie niż odwołujący.

Izba wskazuje również na istotny element, mający wpływ na ocenę zasadności stawianych zarzutów, a mianowicie na fakt, iż kosztorysy ofertowe nie stanowią podstawy do rozliczania robót zamiennych lub dodatkowych. Zgodnie z s.i.w.z., wykonawca na 3 dni przed podpisaniem umowy zobowiązany będzie dostarczyć harmonogram rzeczowo-finansowy i szczegółowe kosztorysy ofertowe. Jednocześnie, zamawiający dopuszczając możliwość wykonania robót zamiennych bądź dodatkowych zastrzegł, iż roboty takie będą rozliczane na podstawie kosztorysów różnicowych bądź dodatkowych sporządzanych na bazie szczegółowych kosztorysów dostarczonych przez wykonawcę przed podpisaniem umowy. Powyższe oznacza, że dopiero kosztorysy szczegółowe, składane na etapie na 3 dni przed podpisaniem umowy, mają istotne znaczenie i to na ich podstawie zamawiający będzie mógł rozliczać roboty dodatkowe bądź zamienne. Wcześniej składane kosztorysy tzw. ofertowe, mają znaczenie jedynie poglądowe, pomocnicze. Innej kwalifikacji nie sposób im przypisać, a to oznacza, że nie mają wartości determinującej ważność i prawidłowość złożonej oferty.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne stwierdzając, iż zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasad wynikających z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący do odwołania załączył dowody, w tym m.in. Tabelę porównawczą pozycji dumpingowych (załącznik nr 5), którą Izba przyjęła, jako stanowisko strony, oraz Ofertę na prace śmigłowcem na Śnieżniku (załącznik nr 4), która potwierdza jedynie okoliczność wyceny określonych prac w przyjętych 6 cyklach. Izba nie kwestionuje powyższego dowodu, jednocześnie zauważa, że ma on jedynie charakter poglądowy, w sytuacji, w której przystępujący M.S. dokonał wyceny prac w swojej ofercie, świadczonych przy użyciu śmigłowca.

Pozostałe dokumenty zgłoszone przez odwołującego przy piśmie procesowym z dnia 31 lipca 2020 roku, stanowią dokumentację z postępowania, którą Izba posiada, oraz stanowią wydruki ze stron internetowych, jednakże są one (wydruki) bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania.

Przewodniczący: