Sygn. akt: KIO 2735/21
KIO 2747/21

WYROK

z dnia 19 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Emil Kuriata

Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 16 września 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę ALSA A.A. S. Spółka Jawna z siedzibą w Legnicy (KIO 2735/21);

B. w dniu 17 września 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę ALSA A.A. S. Spółka Jawna z siedzibą w Legnicy (KIO 2747/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Odział we Wrocławiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2735/21 oraz sygn. akt KIO 2747/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 2735/21:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A.

oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M., na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 4 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania 4, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M., na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy

Prawo zamówień publicznych.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 357 zł 72 gr (słownie: trzysta pięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt dwa grosze) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 957 zł 72 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

II. Sygn. akt KIO 2747/21:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2735/21
KIO 2747/21

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Odział we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Bieżące utrzymanie dróg administrowanych przez GDDKiA, Odział we

Wrocławiu, Rejon w Lubaniu w latach 2021 - 2025 z podziałem na zadania". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 czerwca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 115-301159. Zamówienie zostało podzielone na cztery zadania (części), w tym: zadanie 2 - roboty na nawierzchniach betonowych oraz zadanie 4 - prace utrzymaniowe.

I. W dniu 16 września 2021 r. wykonawca ALSA A.A. S. Spółka Jawna z siedzibą w Legnicy (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie zadania 4 - prace utrzymaniowe.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1. art. 226 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M. w sytuacji, gdy istotne jej części składowe zostały skalkulowane poniżej kosztów przez co posiadają rażąco niskie ceny jednostkowe, sama zaś oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - oferta opiera się na tzw. "manipulowaniu ceną", co polega na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a cześć jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanej wyceny i eliminacja ofert konkurencyjnych;

2. art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 187 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyjaśnień, zaniechania dokonania pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień i uszczegółowienia kalkulacji kwestionowanych pozycji ceny kosztorysowej oferty (istotnych części składowych) złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M. oraz zaniechanie wyjaśnienia pozycji kosztorysu ofertowego złożonego przez ww. wykonawców nr 21, 86, 92, 115, 116, co doprowadziło do uznania, że przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają zaoferowane ceny jednostkowe, w sytuacji gdy nie spełniały one postawionych przez zamawiającego wymogów merytorycznych w zakresie żądanych wyjaśnień;

3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M. w stanie dokonania naruszeń opisanych w pkt 1 i 2 oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności działań zamawiającego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

a w konsekwencji uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił w szczególności, że zamawiający nie dokonał weryfikacji dokonanej przez ww. wykonawców wyceny oferty z uwzględnieniem treści oferty złożonej przez nich w 2019 r., jak i nie sprawdził czy kalkulacja sporządzona przez tych wykonawców odzwierciedla rzeczywiste koszty świadczenia usług. Stwierdził, że z treści kosztorysu ofertowego złożonego przez ww. wykonawców wynika, że niektóre ceny jednostkowe zostały zaniżone, zaś inne zawyżone, w sposób odbiegający od cen zaoferowanych przez konkurentów. Zdaniem odwołującego ww. wykonawcy dopuścili się manipulacji cenowej, aby uzyskać przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami biorącymi udział w

postępowaniu. Odwołujący wskazał na zaniżenie cen jednostkowych podanych pod pozycjami: 1, 17, 21, 22, 23, 24, 59, 86, 92, 115 oraz 116. Odwołujący powołał się na fragment wyjaśnień ww. wykonawców dotyczący przyjętego przez nich założenia co do braku zlecenia przez zamawiającego pełnego zakresu zadań w związku z przebudową drogi DK18.

II. Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie. Stanowisko w sprawie zamawiający przestawił ustnie do protokołu rozprawy. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie. Zamawiający wskazał w szczególności, że wykonawca ma prawo zaoferować wysokie ceny, natomiast ocenie zamawiającego podlegają ceny, co do których pojawia się wątpliwość, czy nie są one rażąco niskie. W odniesieniu do niektórych cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M. zamawiający powziął tego rodzaju wątpliwości i w związku z tym wezwał ww. wykonawców do udzielenia wyjaśnień. W ocenie zamawiającego ww. wykonawcy przedstawili wyczerpujące wyjaśnienia i wobec tego nie stwierdzono zaistnienia podstawy do odrzucenia złożonej przez nich oferty. W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawców jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wykazał, aby działanie tych wykonawców było nakierowane na eliminację innych przedsiębiorców.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M. (dalej jako „przystępujący"). Przystępujący w szczególności wskazali, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedstawili obszerne wyjaśnienia poparte dowodami. W odniesieniu do kwestii uwzględnienia w ramach kalkulacji ceny okoliczności remontu autostrady A18 oraz drogi DK 18 zauważyli, że oficjalne informacje na ten temat zostały zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego. Poparli stanowisko przedstawione przez zamawiającego w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia ich oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

KIO 2747/21

I. W dniu 17 września 2021 r. wykonawca ALSA A.A. S. Spółka Jawna z siedzibą w Legnicy (odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i

zaniechań zamawiającego w zakresie zadania 2 - roboty na nawierzchniach betonowych. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M. w sytuacji, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na:

   a) sprzedaży usług budowlanych objętych postępowaniem poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców - w tym odwołującego z rynku;

   b) działaniu sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami w zakresie sposobu kalkulacji ceny kosztorysowych i co za tym idzie ceny całej oferty poprzez tzw. "manipulowanie ceną", co polega na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a cześć jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanej wyceny i eliminacja ofert konkurencyjnych.

2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M. w stanie dokonania naruszeń opisanych w pkt 1 oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w konsekwencji uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił w szczególności, że zamawiający nie dokonał weryfikacji dokonanej przez ww. wykonawców wyceny oferty z uwzględnieniem treści oferty złożonej przez nich w 2019 r., jak i nie sprawdził czy kalkulacja sporządzona przez tych wykonawców odzwierciedla rzeczywiste koszty świadczenia usług. Stwierdził, że z treści kosztorysu ofertowego złożonego przez ww. wykonawców wynika, że niektóre ceny jednostkowe zostały zaniżone, zaś inne zawyżone, w sposób odbiegający od cen konkurentów. Zdaniem odwołującego ww. wykonawcy dopuścili się manipulacji cenowej, aby uzyskać przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu. Odwołujący m.in. powołał się na dane historyczne dotyczące postępowania z 2019 r. oraz porównanie cen zaoferowanych przez ww. wykonawców do cen zaoferowanych przez odwołującego oraz kosztorysu inwestorskiego.

II. Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie. Stanowisko w sprawie zamawiający przestawił ustnie do protokołu rozprawy. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie. Odnosząc się do postawionego w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M. jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji zamawiający stwierdził w szczególności, że odwołujący nie wykazał, aby działanie tych wykonawców było nakierowane na eliminację innych przedsiębiorców.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowy Dróg i Mostów < Anbud > T. A. oraz A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane A. M. (dalej jako „przystępujący"). Przystępujący poparli stanowisko przedstawione przez zamawiającego. Wskazali, że nie byli wzywani do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Działając z ostrożności złożyli dowody na potwierdzenie tego, że zaoferowana przez nich cena jest realna.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 2735/21

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 sierpnia 2021 r. zamawiający wezwał przystępujących, na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 187 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający wskazał, że prosi o wyjaśnienie, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania opisane w Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ"), a cena oferty uwzględnia wszystkie związane z tym koszty. Udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący mieli złożyć wyjaśnienia, przedstawić obliczenia oraz inne dowody, odnoszące się do elementów oferty mających wpływ na cenę. Zamawiający wezwał do złożenia kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym dla zadania nr 4 pod pozycjami: 1, 2, 4, 14, 17, 20, 22, 23, 24, 34, 59, 61 oraz 81. Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielili pismem z dnia 4 sierpnia 2021 r. Do pisma zostały załączone dowody oraz kalkulacje (załącznik nr 17 - kalkulacja szczegółowa dotycząca pozycji: 1, 2, 4, 14, 17, 20, 57, 22, 23, 24, 34, 59, 61 oraz 81, wraz z dowodami). Wyjaśnienia złożone przez przystępujących zostały zastrzeżone jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W ramach złożonych wyjaśnień przystępujący m.in. wskazali, że z uwagi na informacje podane na stronie internetowej GDDKiA dotyczące przebudowy drogi DK18 część usług w zakresie bieżącego utrzymania nie zostanie zrealizowana w pełnym zakresie - zgodnie z wyliczeniem przedstawionym przez przystępujących dotyczy to w przeważającym zakresie usług objętych wezwaniem wystosowanym przez zamawiającego (poz. 1, 22, 23 oraz 81). Jak stwierdzili

przystępujący, powyższa okoliczność stanowiła podstawę podjęcia ryzyka, aby obniżyć ceny jednostkowe kilku pozycji (str. 3 i 4 pisma przystępujących z dnia 4 sierpnia 2021 r.).

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępujących w sytuacji, gdy istotne jej części składowe zostały skalkulowane poniżej kosztów przez co posiadają rażąco niskie ceny jednostkowe;

Zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 187 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyjaśnień, zaniechania dokonania pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień i uszczegółowienia kalkulacji kwestionowanych pozycji ceny kosztorysowej oferty (istotnych części składowych) złożonej przez przystępujących oraz zaniechanie wyjaśnienia pozycji kosztorysu ofertowego złożonego przez ww. wykonawców nr 21, 86, 92, 115, 116, co doprowadziło do uznania, że przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają zaoferowane ceny jednostkowe, w sytuacji gdy nie spełniały one postawionych przez zamawiającego wymogów merytorycznych w zakresie żądanych wyjaśnień.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, że oceny co do zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy jako zawierającej cenę rażąco niską (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) dokonuje się w odniesieniu do treści wyjaśnień wykonawcy złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (art. 224 ust. 1 - 6 ustawy Pzp). Natomiast odnoszenie się do danych historycznych pochodzących z innego postępowania o udzielenie zamówienia, jak i cen zawartych w ofertach innych wykonawców - na czym skupił się odwołujący w treści złożonego odwołania - może mieć istotne znaczenie dla podjęcie decyzji o wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Dotyczy to sytuacji, gdy nie występuje obowiązek obligatoryjnego wszczęcia postępowania wyjaśniającego zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Natomiast dla oceny, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska, podstawowe znaczenie ma treść udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, przedstawionych kalkulacji ceny, złożonych dowodów. Dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez przystępujących, mając na uwadze zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut niedokonania rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia. Jak bowiem wskazali przystępujący w treści złożonych wyjaśnień, dokonując kalkulacji ceny przyjęli założenie, że część przedmiotu zamówienia nie zostanie zrealizowana (ww. fragment wyjaśnień dotyczący przebudowy drogi DK18). Oznacza to, że przystępujący dokonali nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty, nieuwzględniającej pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. Tego rodzaju sytuacja mogłaby stanowić przedmiot rozważań Izby w odniesieniu do kilku podstaw odrzucenia oferty uregulowanych przez ustawodawcę w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z regulacją art. 555 ustawy Pzp Izba obowiązana jest w tym zakresie ograniczyć się do zakresu zarzutów podniesionych w odwołaniu. Stwierdzenie dokonania przez wykonawcę wyceny oferty przy założeniu braku realizacji pełnego zakresu zamówienia prowadzi do wniosku, że w odniesieniu do wycenionej w ten sposób oferty zachodzi podstawa do jej odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej, z dokonanych ustaleń faktycznych wynika, że taka sytuacja wystąpiła w odniesieniu do oferty przystępujących. Mając to na uwadze Izba za zasadny uznała zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez przystępujących jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). W konsekwencji powyższego potwierdził się również zarzut dokonania przez zamawiającego nieprawidłowej oceny wyjaśnień przystępujących w zakresie wyliczenia wskazanych cen jednostkowych, stanowiących istotne części składowe ceny. Należy jednak zauważyć, że tego rodzaju nieprawidłowość w prowadzeniu postępowania przez zamawiającego co do zasady nie przybiera formy odrębnego zarzutu podnoszonego w ramach odwołania, lecz zawiera się w zarzucie

zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Ponadto wymaga wyjaśnienia, że okoliczność podania przez odwołującego jako podstawy

prawnej zarzutu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a nie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, nie stanowiła przeszkody w jego uwzględnieniu. Z treści samego zarzutu jak i przedstawionego w odwołaniu uzasadnienia w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że odwołujący stawiając ten zarzut miał na myśli naruszenie przez zamawiającego drugiego z wymienionych powyżej przepisów. Natomiast na gruncie przepisów ustawy Pzp regulujących postępowanie odwoławcze pod pojęciem zarzutu rozumie się przede wszystkim

wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne, stanowiące - w ocenie odwołującego - o dokonaniu przez zamawiającego czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp lub zaniechaniu dokonania czynności, do czego w świetle przepisów tej ustawy zamawiający był zobowiązany.

Izba uznała, że uwzględnieniu podlega również zarzut zaniechania przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny, tj. cen jednostkowych wskazanych przez przystępujących pod pozycjami nr 21, 86, 92, 115 oraz 116 kosztorysu ofertowego. Uzasadniając podniesiony w tym zakresie zarzut odwołujący podał okoliczności, które w jego ocenie powinny stanowić podstawę uznania przez zamawiającego, że także w odniesieniu do ww. cen jednostkowych zachodzą uzasadnione wątpliwości co do ich realnego charakteru i uwzględnienia wszystkich kosztów. Na potwierdzenie zaprezentowanego stanowiska odwołujący przedstawił dowody lub własne kalkulacje. Z uwagi na przewidziany sposób ustalenia wynagrodzenia wykonawcy (rozliczenie zadaniowe) ww. ceny jednostkowe podlegają kwalifikacji jako istotne części składowe ceny. Natomiast zarówno zamawiający jak i przystępujący nie przedstawili żadnego stanowiska na odparcie ww. zarzutu. Zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W związku z powyższym Izba uznała, że podniesiony w ww. zakresie zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze zakres zarzutów podlegających uwzględnieniu, Izba uznała, że potwierdził się również zarzut dokonania wadliwego wyboru oferty złożonej przez przystępujących jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - oferta opiera się na tzw. "manipulowaniu ceną", co polega na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a cześć jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanej wyceny i eliminacja ofert konkurencyjnych.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09 Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2786/15). W myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 listopada 2016 r. KIO 2091/16: „Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie [art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji], wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak np. w wyroku Izby z

dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17). O tego rodzaju czynie nieuczciwej konkurencji (tzw. manipulacji cenowej) można mówić również w sytuacji zaoferowania nierynkowych cen jednostkowych, niestanowiących odrębnych kryteriów oceny ofert. Ma to miejsce w przypadku stwierdzenia, że niektóre ceny zostały sztucznie zawyżone, a inne sztucznie zaniżone, a działanie takie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Uwzględnienie podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga wykazania przez odwołującego, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych i zaniżenia innych, gdyż tego rodzaju sytuacja może mieć inne przyczyny, jak np. nieumiejętne sporządzenie kalkulacji ceny. Ciężarowi dowodu w ww. zakresie odwołujący nie sprostał. Odwołujący wielokrotnie powtarzał, że zaoferowanie przez przystępujących zaniżonych, a z drugiej strony zawyżonych cen jednostkowych, miało na celu uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Jednakże okoliczności tej odwołujący w żaden sposób nie wykazał, a nawet nie wyjaśnił. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że ww. zarzut nie podlega uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie I.1 oraz I.2 sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

KIO 2747/21

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że na zadanie nr 2 zostały złożone dwie oferty - oferta odwołującego z ceną 5 962 548,00 zł oraz oferta przystępujących z ceną 5 542 995,00 zł. Zamawiający nie zwrócił się do przystępujących o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępujących w sytuacji, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na :

a) sprzedaży usług budowlanych objętych postępowaniem poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców - w tym odwołującego z rynku.

Należy wskazać, że wykazanie zasadności tego rodzaju zarzutu wymaga w pierwszej kolejności stwierdzenia okoliczności zaoferowania przez wykonawcę ceny lub jej istotnych części składowych poniżej kosztów realizacji zamówienia. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp dokonanie oceny w tym przedmiocie może być stwierdzone po przedstawieniu przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych - art. 224 ust. 1 - 6 ustawy Pzp. Uwzględnienie ww. zarzutu bez umożliwienia wykonawcy przedstawienia wyjaśnień dotyczących sporządzonej kalkulacji ceny stanowiłoby obejście ww. przepisów ustawy Pzp. Natomiast odwołujący nie podniósł zarzutu zaniechania przez zamawiającego wystosowania do przystępujących wezwania do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że podniesiony w ww. zakresie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępujących, polegający na :

b) działaniu sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami w zakresie sposobu kalkulacji cen kosztorysowych i co za tym idzie ceny całej oferty poprzez tzw. "manipulowanie ceną", co polega na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a cześć jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanej wyceny i eliminacja ofert

konkurencyjnych.

Izba uznała, że również drugi z zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie należy w pierwszej kolejności odwołać się do stanowiska przedstawionego powyżej w odniesieniu do pierwszego zarzutu. Po drugie, należy powtórzyć stanowisko przedstawione uprzednio w odniesieniu do podobnego zarzutu rozpoznanego w sprawie o sygn. akt KIO 2735/21. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak np. w wyroku Izby z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17). O tego rodzaju czynie nieuczciwej konkurencji (tzw. manipulacji cenowej) można mówić również w sytuacji zaoferowania nierynkowych cen jednostkowych, niestanowiących odrębnych kryteriów oceny ofert. Ma to miejsce w przypadku stwierdzenia, że niektóre ceny zostały sztucznie zawyżone, a inne sztucznie zaniżone, a działanie takie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Uwzględnienie podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga wykazania przez odwołującego, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych i zaniżenia innych, gdyż tego rodzaju sytuacja może mieć inne przyczyny, jak np. nieumiejętne sporządzenie kalkulacji ceny. Ciężarowi dowodu w ww. zakresie odwołujący nie sprostał także w odniesieniu do zarzutu przedstawionego w niniejszej sprawie. Również w tym przypadku odwołujący wielokrotnie powtarzał, że zaoferowanie przez przystępujących zaniżonych, a z drugiej strony zawyżonych cen jednostkowych, miało na celu uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Jednakże okoliczności tej odwołujący w żaden sposób nie wykazał, a nawet nie wyjaśnił. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że ww. zarzut nie podlega uwzględnieniu.

W konsekwencji stwierdzenia braku zasadności ww. zarzutów, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut dokonania wadliwego wyboru oferty złożonej przez przystępujących jako oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie II.1 sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

KIO 2735/21

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) , uwzględniając, że większość zarzutów podniesionych w odwołaniu podlegała uwzględnieniu, a w szczególności zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępujących i w konsekwencji zarzut niezasadnego dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. W zakresie kosztów odwołującego poniesionych tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izba uwzględniła % kwoty przedstawionej w tym zakresie w spisie kosztów złożonym łącznie do obydwu spraw (KIO 2735/21 oraz KIO 2747/21).

KIO 2747/21

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Przewodniczący: