

WYROK

z 9 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 6 maja 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę Stangl Technik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji z siedzibą w Radomiu

orzeka:

1. Uwzględnić zarzut nr 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
 - 1.2 odrzucenie oferty M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELWAM Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe M. W. z siedzibą w Radomiu,
 - 1.3 przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża w % zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji z siedzibą w Radomiu i w % odwołującego: Stangl Technik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy:
 - 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, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz 750 zł 30 gr (siedemset pięćdziesiąt złotych i trzydzieści groszy) poniesione przez odwołującego z tytułu kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę,
 - 3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 675 zł 15 gr (słownie: dziewięć tysięcy sześćset siedemdziesiąt pięć złotych piętnaście groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 1107/22

Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji z siedzibą w Radomiu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Utrzymanie sprawności technicznej, prowadzenie eksploatacji i konserwacja drogowej sygnalizacji świetlnej na terenie miasta Radomia”, numer referencyjny: NZ.2603.1.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Ogłoszenie nr 2022/S 033-084949.

22 kwietnia 2022 r. wykonawca Stangl Technik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 Pzp przez nieodrzućenie oferty M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ELWAM Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe M. W. z siedzibą w Radomiu (dalej ELWAM) mimo, że nie wykazał on, że złożona przez niego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny lub kosztu;
2. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez nieodrzućenie oferty ELWAM mimo, że złożona zawierała błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
3. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez nieodrzućenie oferty ELWAM mimo, że stanowiła ona czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy ELWAM jako najkorzystniejszej w postępowaniu i odrzucenie tej oferty z postępowania.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący wskazał, że zarzut nr 2 odwołania to zarzut ewentualny, podniesiony na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał:

Zarzut nr 1

25 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ELWAM do wyjaśnienia ceny oferty, ze względu na wątpliwości jakich nabrał Zamawiający. W odpowiedzi ELWAM złożył pismo, które w ocenie Odwołującego nie tylko nie obroniło oferty przed zarzutem rażąco niskiej ceny, lecz również ujawniły szereg nieprawidłowości, które winny skutkować odrzuceniem opisywanej oferty.

Zamawiający w wezwaniu z 25 marca 2022 r. wskazał 130 pozycji formularza cenowego, które wymagały wyjaśnienia. Wykonawca ELWAM w swojej odpowiedzi wypowiedział się niezwykle lakonicznie tylko w kwestii niektórych czynników cenotwórczych. Do części z nich nie odniósł się jednak w ogóle. Wykonawca skupił się przede wszystkim na kosztach robocizny, gdyż te, w jego ocenie, stanowiły najistotniejszy składnik wpływający na wycenę danej pozycji.

O ile twierdzeniu wykonawcy na temat znaczenia kosztów robocizny można jeszcze dać wiarę, o tyle zignorowanie przez niego całkowicie innych czynników cenotwórczych powinien już budzić poważne zastrzeżenia Zamawiającego,

Zarzut nr 2

ELWAM w swoich wyjaśnieniach przyznał, że większą część kosztów, które miałby ponosić wykonując usługę, uwzględnił w pierwszej pozycji kosztorysu. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób owego uwzględnienia dokonał, ponadto działanie to było wprost błędnym skalkulowaniem oferty.

Formularz cenowy stanowił załącznik do SWZ i wykonawcy byli zobowiązani sporządzić oferty w oparciu o ten dokument. Pozycja 1 tego formularza opisana jest w następujący sposób: „Bieżące utrzymanie w sprawności technicznej drogowej sygnalizacji świetlnej na terenie miasta Radomia (szczegółowy zakres prac podano w pkt 6.1 szczegółowej specyfikacji technicznej)”. Punkt 6.1. szczegółowej specyfikacji technicznej zawiera niezwykle drobiazgowy opis z czego składa się usługa bieżącego utrzymania w sprawności technicznej sygnalizacji świetlnej na terenie miasta Radomia. Z całą pewnością ta usługa nie obejmowała pozycji nr 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 f 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80/81 formularza cenowego.

Zarzut nr 3

Zdaniem Odwołującego ELWAM dopuścił się manipulowania ceną, co miałoby wymierny skutek dla rozliczenia z Zamawiającym, gdyby zawarł umowę z wykonawcą ELWAM. Ze względu na specyfikę usługi, pozycja nr 1 formularza ofertowego, czyli bieżące utrzymanie w sprawności technicznej drogowej sygnalizacji świetlnej na terenie miasta Radomia to pozycja stała, tj. płatna w każdym okresie rozliczeniowym. Jest to działalność potocznie zwana w branży jako „utrzymaniówka”. Pozostałe usługi będą rozliczane tylko i wyłącznie w przypadku, gdy powstanie konieczność ich świadczenia. ELWAM przyznał, że zawyżył wartość „utrzymaniówki” kosztem usług „incydentalnych”. Zabieg ten mógłby skutkować narastaniem nieuzasadnionych kosztów po stronie Zamawiającego, bowiem za utrzymaniówkę będzie musiał płacić wykonawcy wynagrodzenie zawsze, w związku z czym będzie go obciążał permanentnie, podczas gdy w przypadku, gdyby wykonawca prawidłowo obliczył ofertę, koszt utrzymaniówki ponosiłby w niższej kwocie, a ewentualnych kosztów incydentalnych mógłby nie ponosić.

Odwołujący wskazał, że ELWAM sam przyznał w wyjaśnieniach, że założył, że nie będzie musiał świadczyć usługi „Demontaż zdewastowanej konstrukcji bramowej o rozpiętości do 12 m (miejsce wywozu określa Wykonawca)”. Koszt ten został ukryty przez ELWAM w pozycji utrzymanie w sprawności technicznej drogowej sygnalizacji świetlnej na terenie miasta Radomia, za którą otrzymałby od Zamawiającego wynagrodzenie, chociażby usługa demontażu nie była wykonana.

5 maja 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający po dokonaniu analizy ofert uznał, że istotne części składowe ceny wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziły jego wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikających z odrębnych przepisów.

Pismami z 25 marca 2022 r. Zamawiający wystąpił do ELWAM oraz do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny, w celu ustalenia, czy istotne części składowe ceny ofertowej są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

ELWAM pismem z 29 marca 2022 r. udzielił odpowiedzi na wezwane Zamawiającego wraz z 1 załącznikiem. Następnie pismem z 29 marca 2022 r. (wpływ do Zamawiającego 30 marca 2022 r.) udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wraz 5 załącznikami (m. in. arkusz spisu z natury 1/2022, umowy o pracę dla czterech pracowników). ELWAM wyjaśnił, że jego oferta uwzględniała wszystkie wymagania zawarte w SWZ, warunkach umowy i szczegółowym opisie

przedmiotu zamówienia. Stosowne wyjaśnienia złożył również Odwołujący.

Zamawiający po dokonanej szczegółowej analizie złożonych wyjaśnień doszedł do przekonania, że udzielone wyjaśnienia są konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówieni zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ lub wynikających z odrębnych przepisów. W ocenie Zamawiającego, wykonawcy wykazali, jakie obiektywne czynniki pozwoliły im na obniżenie ceny oferty. Zamawiający nie naruszył zatem przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego nie doszło do manipulowania ceną, która miałaby charakter czynu nieuczciwej konkurencji. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego i ELWAM doprowadziły Zamawiającego do przekonania, że w prowadzonym postępowaniu nie doszło do złożenia ofert z rażąco niską ceną.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

M. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ELWAM Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe M.W. z siedzibą w Radomiu 27 kwietnia 2022 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia zostało przesłane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej drogą e-mailową. Zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 ustawy, przekazuje się na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu lub na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrynkę podawczą Urzędu. Tym samym zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę ELWAM nie spełniało wymogu przytoczonego przepisu rozporządzenia - nie zostało ono przesłane na skrynkę e-PUAP Urzędu, a drogą e-mailową. W konsekwencji Izba uznała, że przystąpienie wykonawcy ELWAM do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego było nieskuteczne.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ,
2. oferty wykonawcy ELWAM,
3. wezwania do wyjaśnienia ceny oferty skierowanego do wykonawcy ELWAM 25 marca 2022 r. oraz odpowiedzi wykonawcy ELWAM z 29 i 30 marca 2022 r. wraz z załącznikami.

Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka. Wobec zgromadzonego materiału dowodowego Izba uznała dowód za nieprzydatny - okoliczności mające być przedmiotem dowodu zostały stwierdzone za pomocą innych środków dowodowych.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 18 marca 2022 r. oferty w postępowaniu złożyli:

1. Odwołujący - z ceną 2 684 809,07 zł,
2. Dynniq Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce - z ceną 3 318 733,36 zł,
3. ELWAM - z ceną 2 578 582,46 zł.

Na realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający przeznaczył 3 260 000,00 zł.

25 marca 2022 r. Zamawiający skierował do wykonawcy ELWAM wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty. W treści wezwania Zamawiający wskazał m. in.: „Istotne części składowe ceny, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów (...). Zamawiający wzywa Pana do złożenia szczegółowych i popartych dowodami wyjaśnień dotyczących poszczególnych pozycji wyliczenia ceny ofertowej, które stanowią załącznik nr 1 do niniejszego pisma.

Prosimy o informację na temat uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji w kwestiach wskazanych poniżej:

- 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych usług;
- 2) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 3) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie

Załącznik nr 1 do ww. wezwania stanowiła tabela zawierająca 130 pozycji, które wykonawca ELWAM w swojej ofercie wycenił na kwotę 1 zł.

W odpowiedzi z 29 marca 2022 r. wykonawca ELWAM wyjaśnił:

1) „Ceny wszystkich materiałów zostały dokładnie przeanalizowane i ustalone na bezpiecznym poziomie. Mamy doświadczenie poparte wieloletnią obserwacją, które elementy sygnalizacji świetlnej najczęściej ulegają uszkodzeniu. Ceny tych elementów, np. pakietów sterownika, sygnalizatorów, daszków, maszty, przyciski dla pieszych gwarantują bezpieczną ich wymianę w razie potrzeby. Podane przez nas ceny materiałów są adekwatne do bieżących cen. Elementy takie jak komory sygnałowe ze źródłem światła żarowego funkcjonują na bardzo nielicznych, pojedynczych skrzyżowaniach, stąd ich niska cena. Zgodnie z obowiązującymi przepisami nie podlegają wymianie, lecz mają być zastąpione przez sygnalizatory ze źródłem światła ledowym. Aktualnie realizujemy dwa zadania związane z budową sygnalizacji świetlnej w Białobrzegach i Kozienicach. Zakupujemy materiały

w takich właśnie cenach, jak podane w kosztorysie ofertowym. W załączeniu oferta na podstawowe materiały.

2) Jeśli chodzi o bramownice, to prawdopodobieństwo ich uszkodzenia jest znikome: Jeśli zajdzie konieczność wymiany bramownicy, wykonamy ją z kosztów ogólnych firmy. Takie założenie świadomie przyjęliśmy do wyceny. Analiza elementów, które są najczęściej uszkodzane i wymieniane dowodzi, że koszt bramownicy to martwa pozycja, która niepotrzebnie nabija cenę kosztorysu.

3) Największym kosztem wykonania zadania jest utrzymanie i wynagrodzenie pracowników oraz koszty paliwa. Pracownicy zatrudnieni w naszej firmie otrzymują wynagrodzenie w wysokości wyższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę zgodnie z przepisami ustawy z dn. 10.10.2022 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...). W trakcie realizacji zadania koszty utrzymania pracowników pokryje kwota z poz. 1 kosztorysu ofertowego. Pozycja ta pokryje również koszty paliwa i codziennej obsługi sygnalizacji, tj. koszty objazdów, prowadzenia dokumentacji skrzyżowań, koszty pomiarów ochrony przeciwporażeniowej zgodnie z swz.

4) Koszty robocizny. Warunki przetargu zostały tak skonstruowane, że wstawianie jakichkolwiek cen w pozycje robocizny dotyczące wymiany poszczególnych elementów, np. wymiany pojedynczego sygnalizatora czy przycisków prowadzi do powstania niebotycznej ceny ofertowej. Jeżeli do kosztów wymiany np. sygnalizatora dopiszemy jedno zero, to i tak cena będzie nierealna. Jeżeli dopiszemy dwa zera, to nadal będzie nierealna. Cena ofertowa przekraczałaby w znacznym stopniu kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Ustawiłoby to naszą firmę na przegranej pozycji. Przekroczenie kwoty 3500 zł na jednym drobnym zdarzeniu jest nierealne, nawet przy zastosowaniu bardzo wysokich cen. Skąd mielibyśmy brać środki na drobne zdarzenia, których jest najwięcej? Wszystkie koszty robocizny związane z wymianą uszkodzonych słupków, sygnalizatorów oraz innych elementów, jak również pozostałe pozycje dotyczące robocizny wycenione na 1,00 zł, zawarte są w pozycji 1 kosztorysu ofertowego.

Konkurencyjna oferta jest na zbliżonym poziomie, zaś sposób wyceny poszczególnych pozycji jest sprawą indywidualną.

W uzupełnieniu wyjaśnień, 30 marca 2022 r. wykonawca ELWAM wskazał ponadto:

„W nawiązaniu do naszego pisma z dn. 29-03-2022 informujemy, że posiadamy stany magazynowe materiałów (rur przeznaczonych na konstrukcje typu maszty, słupki, wysięgniki). Arkusz spisu z natury w załączeniu (.).

Na potwierdzenie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, przedstawiamy umowy o pracę zawarte z pracownikami na czas nieokreślony (Umowy w załączeniu).

Chcemy podkreślić, że 42 spośród listy sygnalizacji świetlnych stanowiącej załącznik do SWZ wybudowane zostały przez naszych pracowników i kierownika budowy, którzy aktualnie zatrudnieni są w firmie „ELWAM” PPHU. Ponadto uczestniczyli oni w konserwacji sygnalizacji świetlnych w Radomiu w latach 2001-2011. Posiadają więc bardzo duże doświadczenie w zakresie budowy i utrzymania sygnalizacji świetlnych. Budujemy sygnalizacje od ponad 20 lat. Bardzo istotny jest również fakt, że jesteśmy firmą miejscową, w związku z czym mamy niższe koszty Utrzymania pracowników i sprzętu”.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za prawidłowe, a w konsekwencji oferta wykonawcy ELWAM 12 kwietnia 2022 r. została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

W ocenie Izby powyższa czynność była nieprawidłowa. Nie ulega wątpliwości, że zakres wezwania do wyjaśnień skierowanego do wykonawcy ELWAM był bardzo szeroki. Zamawiający nakazał wyjaśnienie 130 pozycji kosztorysowych, które budziły jego wątpliwości, co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym obowiązkiem wykonawcy ELWAM było udzielenie odpowiednich wyjaśnień. W zakresie kosztów pracy, biorąc pod uwagę załączone przez ELWAM do wyjaśnień kopie umów o pracę uznać należy, że ta część odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego była wystarczająca do uznania, że wykonawca nie zaniżył kosztów pracy. Pozostała część pytań Zamawiającego pozostała bez odpowiedzi. Wykonawca ELWAM w żaden sposób nie wyjaśnił w jaki sposób skalkulował cenę oferty w zakresie większości kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu. Przytoczona wyżej treść wyjaśnień jasno dowodzi, że wykonawca ELWAM wycenił ofertę w oparciu o własne doświadczenia, a nie wymogi wynikające z SWZ. O ile doświadczenie wykonawcy biorącego udział w postępowaniu ma oczywistą wartość, to nie zwalnia

wykonawcy z obowiązku zastosowania się do wymogów wynikających z reguł postępowania określonych w specyfikacji oraz pozostałych dokumentach do niej załączonych. Tym samym obowiązkiem wykonawcy ELWAM była wycena każdej z pozycji kosztorysu w sposób realny. Z treści wyjaśnień wynika jednak, że ELWAM uznał, że wie lepiej od Zamawiającego jak należy wycenić koszt realizacji przedmiotu zamówienia. Zachowanie takie nie mogło być zaakceptowane przez Zamawiającego, z tego względu w ocenie Izby zignorowanie przez Zamawiającego przyznania się przez ELWAM do kalkulacji ceny oferty w sposób odmienny niż wynikający z SWZ prowadziło do naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp. Zgodnie z tym przepisem odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ELWAM były rażąco niewystarczające, a w konsekwencji obowiązkiem Zamawiającego, który nie został przez niego dochowany, było odrzucenie oferty ELWAM z postępowania.

Z powyższych względów Izba uwzględniła zarzut nr 1 odwołania.

Zarzut nr 2, podniesiony jako zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania nie był przedmiotem rozpoznania Izby.

W zakresie zarzutu nr 3 Izba wskazuje, co następuje.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 Uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 Uznk podane zostały przykładowe działania kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, w tym utrudnianie dostępu do rynku. Odwołujący nie wskazał jednak, by na gruncie tego postępowania, na skutek działań wykonawcy ELWAM doszło do takiego utrudnienia. Odwołujący niejako automatycznie założył, że zaniżenie cen jednostkowych części pozycji kosztorysowych należy potraktować jako czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby stanowisko takie jest nieprawidłowe. Czynem nieuczciwej konkurencji jest takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie jest jednak tak, że każde, sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, działanie przedsiębiorcy jest czynem nieuczciwej konkurencji - musi dojść dodatkowo do wypełnienia przesłanki naruszenia lub zagrożenia interesowi innego przedsiębiorcy. Odwołujący nie podjął jednak choćby próby wykazania, że do takiego naruszenia doszło. Praktyka manipulowania cenami jednostkowymi składającymi się na cenę całkowitą oferty może być zakwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji. Nie ma jednak podstaw prawnych do automatycznego przyjęcia, że zaniżenie części cen jednostkowych jest takim czynem. Odwołujący nie wykazał, by do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez wykonawcę ELWAM rzeczywiście doszło. Ponadto, w ocenie Izby, w świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy wykonawca ELWAM zaniżył określone ceny jednostkowe przedmiotu zamówienia na skutek uznania, że zasady kalkulacji ceny oferty nie są racjonalne oraz że są sprzeczne z jego doświadczeniem w realizacji podobnych zadań. Nie ma zatem podstaw do uznania, że ELWAM zaniżając część cen jednostkowych kierował się w swym postępowaniu czymkolwiek innym niż chęć złożenia korzystnej oferty.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....