Sygn. akt KIO 1465/22

WYROK

z dnia 27 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2022 r. przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. K. P.R.B. REMBUD z siedzibą w Legionowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Jednostkę Wojskową Nr 6021 z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ADBUD z siedzibą w Nizinach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1465/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1) Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w pkt 1 petitum odwołania w części, tj. naruszenia art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7

ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.) i nakazuje Zamawiającemu - Jednostce Wojskowej nr 6021 z siedzibą w Warszawie:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ADBUD z siedzibą w Nizinach,

b) odrzucenie oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ADBUD z siedzibą w Nizinach oraz

c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2) W części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oddala zarzut zawarty w pkt 1 petitum odwołania.

3) Oddala w całości zarzut zawarty w pkt 2 petitum odwołania dotyczący naruszenia art.

16 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4) Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w pkt 3 petitum odwołania.

5) Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego - Jednostkę

Wojskową nr 6021 z siedzibą w Warszawie w 5/9 części oraz Odwołującego - wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. K. P.R.B. REMBUD z siedzibą w Legionowie w 4/9 części i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. K. P.R.B. REMBUD z siedzibą w Legionowie tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od Zamawiającego - Jednostki Wojskowej nr 6021 z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego - wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. K. P.R.B. REMBUD z siedzibą w Legionowie kwotę 5 956 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i honorarium pełnomocnika procesowego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 1465/22

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa nr 6021 z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając

na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Roboty konserwacyjne i naprawcze obiektów administrowanych przez Jednostkę Wojskową Nr 6021 - umowa ramowa".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 marca 2022 r., nr 2022/BZP 00085175/01.

W dniu 30 maja 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G. K. P.R.B. REMBUD z siedzibą w Legionowie, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1) wyborze oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego ADBUD A. S. z siedzibą w Nizinach (dalej jako „wykonawca ADBUD") jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy oferta wykonawcy ADBUD winna podlegać odrzuceniu, albowiem zawiera rażąco niską cenę lub koszt, jest niezgodna z ustawą, zawiera błędy w obliczeniu ceny, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2) przesłaniu Odwołującemu w dniu 25 maja 2022 r. jedynie części wyjaśnień wykonawcy ADBUD, w szczególności z pominięciem informacji czy stanowią one komplet dokumentacji złożony przez wykonawcę ADBUD oraz zaniechanie ujawnienia części wyjaśnień wykonawcy ADBUD z dnia 11 maja 2022 r. w zakresie odnoszącym się do oferty podwykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe SOJBUD z siedzibą w Nizinach (dalej jako „podwykonawca SOJBUD") z dnia 31 marca 2022 r. wraz z kosztorysami ofertowymi dla poszczególnych branż, które to informacje wykonawca ADBUD zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa podczas, gdy oferta zarówno wykonawcy ADBUD jak i podwykonawcy SOJBUD w żadnej mierze nie może zawierać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez wybór oferty wykonawcy ADBUD jako najkorzystniejszej mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, a ponadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności w zakresie wskaźnika kosztów pośrednich, a ponadto ocenę odpowiedzi wykonawcy ADBUD z dnia 11 maja 2022 r. za wyjaśnienie rażąco niskiej ceny oferty, mimo że wyjaśnień tych wraz ze złożonymi dokumentami w istocie nie można uznać za udowodnione wyjaśnienia, o których mowa w art. 224 ust. 1 i 5 ustawy PZP,

b) art. 16 ustawy PZP poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości, poprzez ocenę odpowiedzi wykonawcy ADBUD z dnia 11 maja 2022 r. za wyjaśnienie rażąco niskiej ceny oferty, mimo że wyjaśnień tych wraz ze złożonymi dokumentami w istocie nie można uznać za udowodnione wyjaśnienia, o których mowa w art. 224 ust. 1 i 5 ustawy PZP, a ponadto poprzez akceptację zbyt niskiego wskaźnika kosztów pośrednich zaoferowanych przez wykonawcę ADBUD na poziomie 10 %, w szczególności, że w postępowaniu prowadzonym pod znakiem 55/2020/PN/INFR obejmującym zakres zamówienia tożsamy z objętym zakresem niniejszego postępowania Zamawiający przyjął wobec oferty Odwołującego, że wskaźnik kosztów pośrednich w wysokości 15 % wydawał się Zamawiającemu zbyt niski a jednocześnie w przedmiotowym postępowaniu wskaźnik kosztów pośrednich przyjęty przez wykonawcę ADBUD w wysokości 10 % już zbyt niski dla Zamawiającego nie jest, czym w konsekwencji narusza zasady uczciwej konkurencji nierówno traktując poszczególnych wykonawców,

c) art. 74 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy PZP poprzez przesłanie Odwołującemu niepełnych wyjaśnień wykonawcy ADBUD dotyczących rażąco niskiej ceny lub kosztu, w szczególności poprzez pominięcie informacji czy przesłane wyjaśnienia wykonawcy

ADBUD są pełne i kompletne oraz z pominięciem informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 11 maja 2022 r. dotyczących kosztorysów podwykonawcy SOJBUD, które nie stanowią i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa czy to wykonawcy ADBUD

czy podwykonawcy SOJBUD.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy ADBUD,

4) nakazanie Zamawiającemu ujawnienia Odwołującemu treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ADBUD w zakresie obejmującym kosztorysy podwykonawcy SOJBUD,

5) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu,

6) rozpoznanie sprawy na rozprawie,

7) dopuszczenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania na okoliczności szczegółowo wskazane w jego uzasadnieniu,

8) przyznanie Odwołującemu kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów odwołania dotyczącego rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał, że w formularzu cenowym oferenci zobowiązani byli do uzupełnienia tylko trzech wartości, tj.: stawki roboczogodziny kosztorysowej netto („R" - poz. 4), wskaźnika narzutu kosztów pośrednich („Kp" - poz. 6) i wskaźnika narzutu zysku („Z" - poz. 7). Końcowa wartość oferty miała zatem zostać ustalona wyłącznie poprzez odpowiednie skalkulowanie pozycji: robocizna, koszty pośrednie i zysk. To tylko te parametry miały wpływ na ostateczną wysokość oferty składanej przez wykonawców. Choć każdy z oferentów w zakresie ustalania wartości robocizny, kosztów pośrednich i zysku miał dowolność w ustalaniu ich wysokości, to zdaniem Odwołującego dowolność ta nie mogła powodować, że oferta będzie zawierać rażąco niską cenę lub koszt, a w konsekwencji stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał również, że w tym postępowaniu wykonawca ADBUD złożył ofertę na łączną kwotę 2 290 849 zł netto, podając jednocześnie, że jego koszty pośrednie stanowią tylko 10 % zaoferowanej ceny, natomiast całkowity zysk z przedmiotowego przedsięwzięcia będzie stanowił 1% wartości oferty. Po wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego wykonawca ADBUD wyjaśnił, że koszty pośrednie stanowią wyłącznie dodatkowe koszty administracyjne związane z jego własnym funkcjonowaniem, natomiast możliwość ograniczenia wskaźnika narzutu kosztów pośrednich do wartości 10 % wynika z faktu, iż co do kwoty 1 789 667,62 zł netto zamówienie zostało powierzone do wykonania podwykonawcy. Zatem wykonawca ADBUD wykonuje umowę jedynie co do kwoty 501 181,38 zł netto, w związku z czym nie ponosi aż tak wysokich kosztów pośrednich. Odwołujący uważa zatem, że powierzenie części zamówienia podwykonawcy SOJBUD stanowi koszt bezpośredni wykonawcy ADBUD, który nie może być kalkulowany jako pozycja zmniejszająca koszty pośrednie. Jednocześnie nie jest możliwe, aby oferta podwykonawcy była wyższa od oferty wykonawcy ADBUD, albowiem przy zaoferowanej minimalnej stawce roboczogodziny oraz zysku w wysokości 1 % nie jest możliwe, aby koszty pośrednie u podwykonawcy SOJBUD mogły wynosić 60 %, a oferta podwykonawcy mieściła się w ofercie wykonawcy ADBUD. Zdaniem Odwołującego jest to możliwe jedynie w przypadku złożenia oferty poniżej kosztu wytworzenia, czyli oferta wykonawcy ADBUD powinna zostać odrzucona. Koszty pośrednie wykonawcy ADBUD zostały przerzucone na rzecz podwykonawcy SOJBUD, zatem według Odwołującego oferta wykonawcy ADBUD zawiera rażąco niski koszt i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji albowiem koszty podwykonawstwa przekraczają wartość oferty wykonawcy ADBUD.

Ponadto Odwołujący podniósł, że sposób skonstruowania oferty przez podwykonawcę SOJBUD powoduje, że nie można dokonać jej oceny w świetle danych żądanych przez Zamawiającego. Podwykonawca ten bowiem nie przygotował oferty w oparciu o 3 wskaźniki i dane wymagane przez Zamawiającego, tylko wyłącznie w oparciu o własne dane. Na skutek tego zaniechania wyjaśnienia wykonawcy ADBUD są nierzetelne i nie tworzą możliwości oceny ustalenia stawki godzinowej robocizny, kosztów pośrednich oraz w końcu planowanego zysku. Poza tym jako wystarczającą dla realizacji kontraktu wykonawca ADBUD wskazał kwotę 35 657,97 zł, jednakże w żadnym zakresie wykonawca ten nie wykazał w jaki sposób obliczył tę kwotę i jakie wartości się na nią składają. Ani nie stanowi ona sumy 10 % wartości oferty i łącznego wynagrodzenia, nawet tego realizowanego przez wykonawcę ADBUD, ani nie wynika ona z zestawienia kosztów ponoszonych przez tego przedsiębiorcę. Wykonawca ADBUD w żaden sposób nie wyjaśnił jak obliczył kwotę 10 % wartości kosztów pośrednich, albowiem z żadnej części jego wyjaśnień, jak również z treści załączników nie wynika sposób dokonywania obliczeń. Wykonawca ADBUD nie wskazał też wartości przychodów, na podstawie których dokonał swoich obliczeń, jak również czasookresu w jakim operował wskazanymi wartościami. W jego wyjaśnieniach nie zatem słowa na temat tego, jest jego ogólny przychód z całej działalności gospodarczej.

Na koniec uzasadnienia zarzutu zawartego w punkcie pierwszym petitum odwołania Odwołujący wskazał, że wykonawca ADBUD w sposób nieuprawniony dokonał rozliczenia kosztów tego kontraktu w innym kontrakcie, albowiem w swoich wyjaśnieniach podał, że zarówno pobór wody / ścieki i energię elektryczną rozliczył w innym kontrakcie. Takie działanie wykonawcy ADBUD według Odwołującego sprawia, że złożona przez tego wykonawcę oferta nie jest porównywalna z ofertami pozostałych wykonawców, ponieważ nie zostały uwzględnione koszty, które powinny być poniesione przy realizacji tej umowy. Z tego też powodu oferta wykonawcy ADBUD winna podlegać odrzuceniu, ponieważ wprost wskazuje ona na czynniki, których wykonawca ten nie wycenił pomimo takiego obowiązku. Odwołujący skonstatował, że wykonawca ADBUD pomimo obowiązku wynikającego z art. 224 ust. 5 ustawy PZP nie podołał ciężarowi dowodzenia, który spoczywa na wykonawcy obowiązanemu złożyć kompletne wyjaśnienia wraz z dowodami.

Uzasadniając drugi z zarzutów odwołania Odwołujący powołał się na postępowanie prowadzone przez Zamawiającego w 2020 r. pod znakiem 55/2020/PN/INFR, którego zakres zamówienia był tożsamy i identyczny z zakresem przedmiotowego postępowania. W tamtym postępowaniu Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdzie wskaźnik kosztów pośrednich Odwołujący ustalił na poziomie 15 %. Zamawiający wskazał wtedy, że wskaźnik narzutu kosztów pośrednich w wysokości nawet 15% wydaje się być zbyt niski dla realizacji zamówienia, zatem zdaniem Odwołującego niezrozumiałe jest w jaki sposób w tym postępowaniu Zamawiający przyjmuje bezspornie wartość 10% kosztów pośrednich uznając, iż będą one wystarczające do realizacji tego zamówienia. Zamawiający nie ma wątpliwości nawet pomimo tego, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ADBUD są niepełne, a także nie zawierają wszystkich pozycji wymaganych przez Zamawiającego, tj. konieczności zapewnienia zaplecza socjalnego i świadczeń dla pracowników, zaplecza budowy, ochrony i zabezpieczenia budowy.

W uzasadnieniu trzeciego z zarzutów Odwołujący podał, że w swoich wyjaśnieniach z dnia 11 maja 2022 r. wykonawca ADBUD zastrzegł nieskutecznie dwa dokumenty, tj. umowę o obsługę księgową oraz kosztorysy podwykonawcy. W tym zakresie zabrakło wyjaśnień z jakiego powodu dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy ADBUD oraz jakie kroki podjął on ku jej ochronie. Przyczyn utajnienia kosztorysów podwykonawcy SOJBUD Odwołujący upatruje w niezgodności z kosztorysami Zamawiającego. Choć wykonawca ADBUD wskazał, że pragnie zastrzec kosztorysy tajemnicą, albowiem szczegółowo opisują elementy cenotwórcze takie jak wysokość wynagrodzenia czy kosztów poniesionych w związku z realizacją zamówienia, to nie udowodnił on jaką wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy stanowią te informacja, a także w jaki sposób dokonuje ochrony tych informacji i jakie środki służą temu celowi. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu kosztorysy nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na przedmiot oferty. Wskazuje przy tym, że przedmiotem oferty były jedynie 3 elementy: stawka roboczogodziny, wskaźnik kosztów pośrednich i zysk. Pozostałe elementy kosztorysów zostały narzucone przez Zamawiającego i oferenci nie mogli w żaden sposób ingerować w przedmiot wyceny. Z uwagi na konieczność dokonania kontroli w kontekście rażąco niskiej ceny lub kosztu powyższe elementy nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodał, że oferta wykonawcy ADBUD w tym kształcie nie może być porównywana z pozostałymi ofertami, albowiem nie wiadomo w jaki dokładnie sposób została skalkulowana. Wskazał, że skoro 75% przedmiotu umowy zostało powierzone podwykonawcy SOJBUD, to sposób skonstruowania oferty podwykonawcy SOJBUD (w szczególności w zakresie wartości wskaźnika narzutów kosztów pośrednich i zysku) musi pozwalać na ustalenie podstawowych wartości decydujących o prawidłowości i konkurencyjności oferty

wykonawcy ADBUD. Ponadto Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady jawności obowiązującej na gruncie prawa zamówień publicznych, a tym samym powinny zostać wykazane wszystkie ustawowe przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a co więcej twierdzenia wykonawcy powinny zostać poparte dowodami, których tutaj ewidentnie zabrakło.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności postanowienia SWZ wraz z załącznikami, oferty złożone przez wykonawców oraz wyjaśnienia wykonawcy ADBUD z dnia 11 maja 2022 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że spełnione zostały ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Izba stwierdziła również skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy ADBUD do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, albowiem jego przystąpienie zostało zgłoszone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony i Uczestnika postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Odwołującego w piśmie procesowym złożonym na rozprawie w dniu 22 czerwca 2022 r., stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym stanowiącym odpowiedź na odwołanie, które zostało złożone w dniu 14 czerwca 2022 r., modyfikację stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 czerwca 2022 r. oraz zawiadomienie o odtajnieniu wyjaśnień, które zostały złożone w dniu rozprawy 22 czerwca 2022 r., a także stanowisko prezentowane przez Uczestnika postępowania odwoławczego w jego piśmie procesowym z dnia 14 czerwca 2022 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz dokumentów złożonych przez Strony na rozprawie:

- Dwóch wydruków z informacji za II kwartał 2022 r. z bazy cenowej Sekocenbud,

- Odpowiedzi Odwołującego z dnia 15.10.2020 r. na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w postępowaniu w sprawie nr 55/2020/PN/INFR,

- Zawiadomienia o odtajnieniu informacji z dnia 04.02.2021 r. skierowanego przez

Zamawiającego do Odwołującego postępowaniu w w sprawie nr 55/2020/PN/INFR,

- Zawiadomienia o odrzuceniu ofert z dnia 05.02.2021 r. skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego i innych wykonawców w postępowaniu w sprawie nr 55/2020/PN/INFR.

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej oraz dokumentów złożonych przez Strony na rozprawie.

Dopiero przed samym posiedzeniem, pismem z dnia 22 czerwca 2022 r. Zamawiający

uwzględnił trzeci z zarzutów odwołania dotyczący naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy PZP. Uczestnik postępowania odwoławczego - wykonawca ADBUD nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tego zarzutu odwołania przez Zamawiającego, wobec czego Izba nie rozpoznała merytorycznie tego zarzutu, zaś postępowanie odwoławcze w jego zakresie zostało umorzone.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający - Jednostka Wojskowa nr 6021 z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie

na „Roboty konserwacyjne i naprawcze obiektów administrowanych przez Jednostkę Wojskową

Nr 6021 - umowa ramowa". Numer referencyjny zamówienia to 14/2022/TP/INFR.

Ogłoszenie o przetargu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 marca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00085175/01.

Zgodnie z wymogiem określonym w ust. 1 pkt 5 lit. a) rozdziału X SWZ Wykonawcy biorący udział w przetargu zostali zobowiązani do złożenia ofert na Formularzu Ofertowym stanowiący Załącznik nr 2 do SWZ.

Formularz Ofertowy został częściowo uzupełniony przez Zamawiającego w zakresie:

- poz. 3: „An" - liczba roboczogodzin (7960,1086)

- poz. 8: „Bn" - wartość materiałów z kosztami zakupu (1 971 956,52 zł)

- poz. 9: „Cn" - wartość pracy sprzętu wraz jego transportem (85 402,38 zł).

Oferenci natomiast byli zobowiązani byli do uzupełnienia wyłącznie następujących wartości:

- poz. 4: stawka roboczogodziny kosztorysowej netto „R"

- poz. 6: wskaźnik narzutu kosztów pośrednich „Kp”

- poz. 7: wskaźnik narzutu zysku „Z”.

Ze sposobu zredagowania Formularza Ofertowego wynikało zatem, że oferenci mieli możliwość ustalenia końcowej wartości oferty wyłącznie poprzez odpowiednie skalkulowanie następujących pozycji: poz. 4 (Robocizna), poz. 6 (Koszty pośrednie) oraz poz. 7 (Zysk) i tylko te 3 parametry miały wpływ na ostateczną wysokość składanej przez wykonawców oferty.

Wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. S. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ADBUD z siedzibą w Nizinach w dniu 1 kwietnia 2022 r. złożył ofertę z ceną 2 290 849,00 zł netto (poz. 10), 2 817 744,27 zł brutto (poz. 12), gdzie jako części składowe oferty podał:

- w poz. 4 stawkę roboczogodziny kosztorysowej netto „R” - 25,33 zł,

- w poz. 6 wskaźnik narzutu kosztów pośrednich „Kp” - 10 % (kwota 229 084,90 zł),

- w poz. 7 wskaźnik narzutu zysku „Z” - 1 % (kwota 22 908,49 zł).

Z kolei wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą G. K. P.R.B. REMBUD z siedzibą w Legionowie w dniu 4 kwietnia 2022 r. złożył ofertę z ceną 2 382 412,18 zł netto (poz. 10), 2 930 366,98 zł brutto (poz. 12), gdzie jako części składowe oferty podał:

- w poz. 4 stawkę roboczogodziny kosztorysowej netto „R” - 25,33 zł,

- w poz. 6 wskaźnik narzutu kosztów pośrednich „Kp” - 30 % (kwota 60 488,87 zł),

- w poz. 7 wskaźnik narzutu zysku „Z” - 10 % (kwota 26 211,84 zł).

Pismem z dnia 14 kwietnia 2022 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o wezwanie wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. S. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ADBUD z siedzibą w Nizinach do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny lub kosztów w zakresie: stawki roboczogodziny kosztorysowej netto „R” w wysokości 25,33 zł, wskaźnika narzutu kosztów pośrednich „Kp” w wysokości 10 % oraz wskaźnika narzutu zysku „Z” w wysokości 1 %, albowiem jego zdaniem zaoferowane przez wykonawcę ADBUD wartości są rażąco niskie i nie uwzględniają wszystkich ryzyk jakie winny być uwzględniane w toku realizacji umowy. Wskazał też, że złożenie oferty z zaoferowaniem kosztów pośrednich na poziomie 10% oraz zysku na poziomie 1% może również stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Dalszym pismem z dnia 15 kwietnia 2022 r. Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty wykonawcy ADBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3, 7 i 8 ustawy PZP jako niezgodnej z ustawą PZP i zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, co zarazem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP jako że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w części odnoszącej się do sposobu wypełnienia

Formularza Ofertowego.

W dniu 5 maja 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ADBUD do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowania przez tego wykonawcę przy sporządzeniu oferty w Formularzu Ofertowym: 1) wskaźnika narzutów kosztów pośrednich Kp (kolumna 6: 10%), 2) wskaźnika narzutu zysku Z (kolumna 7: 1%), przy uwzględnieniu realności kalkulacji kosztów zamówienia dających rękojmię gwarancji jego prawidłowej realizacji. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia powinny być możliwie szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy. Powinny opierać się na dowodach na ich potwierdzenie, jeżeli okoliczności obiektywnie są możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy. Nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyliczyć, ale także udowodnić wysokość kosztów skalkulowanych w stawce roboczogodziny w złożonej ofercie. W przypadku, nieudzielenia wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy PZP odrzuci ofertę wykonawcy.

W dniu 11 maja 2022 r. wykonawca ADBUD złożył wyjaśnienia. Wskazał w nich, że wskaźnik narzutu kosztów pośrednich na poziomie 10 % jest w przypadku jego oferty jak najbardziej realny. Koszty pośrednie są rozumiane jako dodatkowe koszty administracyjne związane z funkcjonowaniem wykonawcy. Wykonawca ADBUD będzie realizował zakres 25 % zamówienia, natomiast podwykonawca SOJBUD zakres ok. 75 % zamówienia. Koszty pośrednie wykonawcy ADBUD realnie odzwierciedlają ponoszone przez niego nakłady, a kwota 35 657,97 zł w zupełności pokrywa koszty pośrednie, tj. tusze do drukarki, materiały biurowe, abonament telefonu, łącze internetowe (razem nie więcej jak 100 zł miesięcznie), koszty poboru wody (ok. 300 zł miesięcznie), koszty paliwa (ok. 2500 zł miesięcznie), koszty księgowe, ubezpieczenie OC w ramach prowadzonej działalności oraz opłaty wadialne. Wskazuje też na brak kosztów leasingu samochodów wykonawcy (samochody przeznaczone do realizacji zamówienia stanowią własność wykonawcy), brak kosztów wynajmu powierzchni biurowych (wykonawca pracuje we własnym domu, samodzielnie dokonuje kosztorysowań, prac biurowych), a także brak kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postaci opłat gwarancyjnych z uwagi na możliwość wniesienie rzeczonego zabezpieczenia w formie pieniężnej. Dodał też, że koszty takie jak polisa OC od prowadzonej działalności, jak również biura rachunkowego mają zastosowanie nie tylko do przedmiotowego kontraktu, ale również współpracy zawodowej z innymi kontrahentami, przy realizacji innych zamówień.

Wykonawca ADBUD wyjaśnił również, że na jego koszty pośrednie zasadniczy wpływ ma także forma prowadzenia działalności, albowiem jest on osobą fizyczną prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą. Dodatkowo jego działalność gospodarcza jest tzw. firmą rodzinną, co w konsekwencji implikuje dodatkową możliwość redukcji tych kosztów w powiązaniu z faktem, iż znaczna część zamówienia będzie realizowana przy udziale podwykonawcy. W związku z tym jego koszty ogólnego zarządu są znikome. To samo należy odnieść do obsługi biurowej oraz księgowej, która jest realizowana przez członków jego rodziny. W przypadku jego branży (przedsiębiorstwo remontowo-budowlane) nie ma też kosztów sprzedaży, ponieważ prace w tej branży realizuje się przy wykorzystaniu gotowych wyrobów budowlanych wykonanych przez zewnętrzne podmioty.

Wykonawca ADBUD podał również, że ustalając w ramach wyceny określonego zadania wydatki pośrednie, trzeba zastosować proporcję, w jakiej przychód ze sprzedaży danych usług, dostaw czy też robót budowlanych pozostaje do całkowitego przychodu z działalności gospodarczej danego przedsiębiorstwa. Wynika to z ogólnych zasad księgowości, jak również m. in. z interpretacji Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. Oznacza to, że ewentualny przychód z realizacji robót remontowo-budowlanych na rzecz Zamawiającego został przez niego określony na poziomie 10 % do ogólnego przychodu z całej działalności gospodarczej, co jego zdaniem jest założeniem ze wszech miar prawidłowym i wynika z bieżących danych księgowych oraz jego wieloletniego doświadczenia w kalkulacji tego typu robót. Jednocześnie wskazał, że decydujące znaczenie dla takiego sposobu przyjęcia poszczególnych wskaźników wynagrodzenia ma również fakt, iż wykonawca w realizacji umowy ramowej na rzecz Zamawiającego będzie korzystał z podwykonawcy, co pozwoli mu zminimalizować koszty własne, zarówno pośrednie, jak również bezpośrednie. Znaczny zakres tego zadania (stanowiący 78 % jego zakresu wartościowego) zostanie zlecony na rzecz podwykonawcy SOJBUD o wartości 1 789 667,62 zł netto. Z kosztorysu podwykonawcy SOJBUD wynika, że koszty pośrednie wykonawcy ADBUD zostały przerzucone na rzecz podwykonawcy SOJBUD, który ustalił je na poziomie 60 %.

W kwestii zakładanego zysku wykonawca ADBUD wyjaśnił, że zysk na poziomie 1 % w zupełności go satysfakcjonuje, bowiem nadrzędnym celem dla niego jest kontynuacja dotychczasowej współpracy z Zamawiającym o wysokim standardzie jakościowym, jak również uzyskanie kontraktu dla pracowników. Wysokość zysku jest w tym wypadku kwestią drugorzędną, utrzymaną na minimalnym poziomie. Przedsiębiorstwo wykonawcy ADBUD jest przedsiębiorstwem rodzinnym, zatem już samo wynagrodzenie członków rodziny zatrudnionych u wykonawcy, jak również wynagrodzenie samego wykonawcy (jako koszt stały przedsiębiorstwa) stanowi wystarczający dochód z realizowanej działalności. Wskazał, że podstawową kwestią dla niego jest zapewnienie ciągłości pracy doświadczonym pracownikom. Podkreślił, że jego wieloletnia współpraca z Zamawiającym przebiegała bez zastrzeżeń, przy zachowaniu należytej staranności dla wysokiej jakości realizacji, na co niebagatelny wpływ ma posiadane doświadczenie zatrudnianych przez niego pracowników. Gdyby kierował się potrzebą uzyskania wyższego zysku, to wówczas realizowałby samodzielnie większą część zamówienia niż 25 %. Ponadto wyjaśnił, że wykorzystanie podwykonawcy nie tylko wpłynęło na redukcję kosztów pośrednich, lecz również umożliwiło mu niejako "uzupełnienie" zysku wskazanego formalnie na poziomie 1 % o możliwość odliczenia naliczonego podatku VAT, co jego zdaniem jest okolicznością obiektywną wynikającą z konstrukcji podatku od towarów i usług.

Ponadto wyjaśnił, że w przypadku robót remontowo-budowlanych, jak również innych usług, których znaczny ciężar kosztowy obejmuje koszty pracownicze, podatek od towarów i usług stanowi koszt nie dający się odzyskać w bliższej perspektywie czasowej. Oznacza to, że podatek ten jest kosztem dla przedsiębiorcy, nie ma więc charakteru neutralnego, zaś faktycznym podatnikiem tego podatku nie jest ostateczny nabywca usługi, lecz realizujący roboty budowlane przy wykorzystaniu własnego personelu. Wynika to z faktu, iż koszty pracownicze nie powodują powstania prawa do odliczenia podatku należnego o podatek naliczony, gdyż koszty pracownicze jako takie nie są objęte opodatkowaniem podatkiem od towarów i usług. Aby zminimalizować tą okoliczność wykonawca w znacznej części zleca wykonanie robót budowlanych podmiotom zewnętrznym (podwykonawcom), którzy posiadają status czynnego podatnika podatku VAT - a zatem taka realizacja przedmiotu zamówienia pozwala na odliczenie podatku należnego o podatek naliczony wynikający z faktur wystawianych przez te podmioty. Tym samym wykonawca stosując powyższą optymalizację podatkową odzyskuje część podatku należnego, co umożliwia mu zaoferowanie realizacji robót budowlanych na bardziej korzystnych warunkach niż wykonawcy, którzy realizują takie prace w całości samodzielnie z wykorzystaniem zatrudnionego przez nich personelu. Powyższa metoda obejmuje modyfikację zasad współpracy pomiędzy przedsiębiorcami. Zamiast zatrudniać zespół pracowników obsługi technicznej, robotników budowlanych, operatorów sprzętu na podstawie umowy o pracę członkowie tego zespołu działają w ramach własnej zorganizowanej odrębnie od wykonawcy działalności gospodarczej ponosząc w ten sposób samodzielnie ciężar części kosztów (kosztów podatkowych, składek na ubezpieczenie społeczne, funduszy pracowniczych, kosztów związanych z wyposażeniem biura, BHP, energii elektrycznej oraz materiałów koniecznych do należytego spełnienia świadczenia). Zdaniem wykonawcy ADBUD stanowi to dopuszczalną prawnie optymalizację kosztów opierającą się na zasadzie swobody umów, tj. zastąpienia zorganizowanego stosunku pracowniczego stosunkiem zobowiązaniowym pomiędzy równorzędnymi podmiotami obrotu gospodarczego (na zasadzie B2B).

Jednocześnie wykonawca ADBUD zastrzegł informacje ujęte w kosztorysach ofertowych podwykonawcy SOJBUD (tj. koszty nakładów, koszty pracy sprzętu i roboczogodziny, koszty materiałów i inne wskaźniki cenotwórcze oprócz ogólnej wartości robót wraz z poziomem kosztów pośrednich) oraz umowę na obsługę księgową wykonawcy ADBUD jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ostatecznie oferta Uczestnika postępowania odwoławczego - wykonawcy ADBUD została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, o czym Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców pismem datowanym na dzień 23 maja 2022 r., które zostało zamieszczone na Platformie zakupowej.

W dniu rozprawy przed Izbą, tj. w dniu 22 czerwca 2022 r. Zamawiający odtajnił wyjaśnienia wykonawcy ADBUD w zakresie obejmującym kosztorysy podwykonawcy SOJBUD.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Ze względu na uwzględnienie przez Zamawiającego w dniu 22 czerwca 2022 r. w godzinach porannych, tj. przed samym posiedzeniem i rozprawą zarzutu zawartego w punkcie 3 petitum odwołania złożonego w dniu 30 maja 2022 r. przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. K. P.R.B. REMBUD z siedzibą w Legionowie Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych w punktach 1 i 2 petitum odwołania, natomiast w zakresie zarzutu z punktu 3 petitum odwołania postępowanie odwoławcze zostało umorzone.

Izba uznała odwołanie za uzasadnione w części, tj. w zakresie części zarzutu sformułowanego w punkcie 1 petitum odwołania odnoszącego się do uznania, że oferta wykonawcy ADBUD powinna zostać odrzucona jako, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy ADBUD oraz naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 16 ustawy PZP Izba nie

stwierdziła naruszenia przepisów prawa, wobec tego zarzuty te zostały oddalone.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera

wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W art. 3 ust. 2 tej ustawy zostały przykładowo wymienione niektóre rodzaje czynów nieuczciwej konkurencji, tj. w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z kolei art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że nie stwierdziła w ofercie wykonawcy ADBUD kwalifikowanych znamion świadczących o rażąco niskiej cenie.

O rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku oferty zawierającej cenę nierealistyczną, wręcz niewiarygodną, jeśli odniesie się taką cenę do cen rynkowych w podobnego rodzaju zamówieniach. Rażąco niska jest cena znacząco odbiegająca od cen ogólnie przyjętych, która wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty

budowlanej, a co zagraża niewykonaniu zamówienia publicznego w przyszłości lub co najmniej jego nienależytemu wykonaniu.

Przede wszystkim w okolicznościach niniejszej sprawy ceny zawarte w ofertach złożonych przez wykonawcę ADBUD i Odwołującego były na zbliżonym poziomie. Jednocześnie cena całkowita oferty wykonawcy ADBUD nie była niższa o co najmniej 30 % ani od wartości zamówienia powiększonego o należny podatek VAT ustalonego przed wszczęciem postępowania, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, które nie podlegały odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy PZP.

Zdaniem Izby wskaźnik kosztów pośrednich ustalony przez wykonawcę ADBUD na poziomie 10 % i wskaźnik zysku ustalony na poziomie 1 % choć były niskie, to nie były na rażąco niskim poziomie. Krajowa Izba Odwoławcza podziela przy tym poglądy prawne wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r. w sprawach połączonych KIO 3730/21 i KIO 3732/21 i przyjmuje je za własne. Na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP niezbędne jest wykazanie, że cała oferta, a nie tylko jej poszczególne elementy, jest rażąco niska. Zdaniem Izby skoncentrowanie się tylko na jednej czy dwóch pozycjach kosztorysowych i wykazywanie, że oferta została zaniżona w stopniu rażącym, jest niewystarczające. Decydująca jest zależność pomiędzy jednostkowymi zaniżeniami a ceną całej oferty. Jeśli pomimo niskiej wyceny jednego czy dwóch elementów całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w takim przypadku nie może być mowy o rażąco niskiej cenie.

Mając powyższe na względzie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP Izba uznała za nieuzasadniony.

W dalszej kolejności Izba przeszła do rozpoznania pozostałej części zarzutu sformułowanego w punkcie pierwszym petitum odwołania, tj. w odniesieniu do zaskarżonych przepisów prawnych wskazujących na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie zarzuty odwołania okazały się uzasadnione. W ocenie Izby Odwołujący wskazując w swoim odwołaniu, w piśmie procesowym z dnia 22 czerwca 2022 r. oraz ustnym stanowisku złożonym na rozprawie na zastrzeżenie przez wykonawcę ABDUD w jego ofercie kosztów pośrednich i zysku na dosyć niskim, mało realnym poziomie (odpowiednio 10 % i 1 %) przy jednoczesnym przerzuceniu większej części kosztów pośrednich na powiązanego z nim rodzinnie i biznesowo podwykonawcę SOJBUD, który zarówno wskaźnik kosztów pośrednich jak i zysku ustalił na zdecydowanie wyższym, rynkowym poziomie (odpowiednio 60 % i 11 %), dostatecznie wykazał, że złożenie oferty w takim kształcie przez wykonawcę ADBUD nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) lub dobre obyczaje, przez co zagraża interesowi przedsiębiorcy lub klienta bądź go narusza (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 lutego 2008 r. w sprawie I ACa 93/08). Sprzeczność z przepisami prawa to sprzeczność z przepisami powszechnie obowiązującego prawa - zarówno z zakresu prawa karnego, prawa administracyjnego, jak i prawa cywilnego, jak również normami pozasystemowymi (np. normami wynikającymi z zasad współżycia społecznego lub normami kształtującymi dobre obyczaje), do których przepisy prawa odsyłają bezpośrednio lub pośrednio. Z kolei w wyroku z dnia 9 października 2019 r. wydanym w sprawie I NSK 61/18 Sąd Najwyższy przyjął, że sprzeczne z dobrymi obyczajami jest takie działanie, które potocznie określone jest jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania. O tym, czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje przy tym całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsiębranych działań.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że złożenie oferty, zawierającej np. fikcyjne ceny jednostkowe stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podobnie czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której następuje przerzucenie faktycznych kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi składnikami ceny stanowiącymi podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tj. gdy koszty realne ponoszone faktycznie w jednej pozycji są przenoszone do innej pozycji (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2019 r. w sprawie KIO 509/19). W innym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale

wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2017 r. w sprawie KIO 473/17). Za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami (a w konsekwencji za czyn nieuczciwej konkurencji) Krajowa Izba Odwoławcza uznała również działanie wykonawcy - profesjonalisty obowiązanego do należytego działania - polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2015 r. w sprawie KIO 2553/15). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pojawił się również pogląd, że o ile oferowanie ceny rażąco niskiej - tj. poniżej kosztów w celu eliminacji innych przedsiębiorców, stanowi czyn określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o tyle manipulacja cenowa polegająca na rażącym zawyżeniu części kosztów, pozwalającym na obniżeniu kosztów pozostałych oraz uzyskanie nienależnego zysku poprzez optymalizację podatkową niewątpliwie wypełnia znamiona określone w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Argumentacja przeciwna - że niedozwoloną manipulację cenową można stwierdzić jedynie w powiązaniu z ceną rażąco niską, pozostawałaby w sprzeczności z celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a pośrednio również z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP (obecnie art. 226 ust. 1 pkt 8 nowej ustawy PZP) - uniemożliwiałoby bowiem eliminowanie ofert ze zmanipulowanymi - ale nie rażąco niskimi - cenami (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2020 r. w sprawie KIO 2680/20).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba analizując materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy odwoławczej, w tym w szczególności ofertę wykonawcy ADBUD, złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia z dnia 11 maja 2022 r. oraz kosztorys podwykonawcy SOJBUD, stwierdziła, że wykonawca ADBUD w swojej ofercie w całkowitym oderwaniu od realiów i stawek rynkowych nie tylko zaniżył własne koszty pośrednie oraz zysk, ale przede wszystkim w sposób nieuprawniony manipulował tymi częściami składowymi zaoferowanej przez siebie ceny wyłącznie po to, żeby uzyskać zwiększone korzyści o charakterze publicznoprawnym.

Izba wskazuje, że już zwykła interpretacja treści wyjaśnień wykonawcy ADBUD z dnia 11 maja 2022 r. prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wykonawca ADBUD własne wskaźniki kosztów pośrednich i zysku ustalił w sposób bardzo dowolny, na zaniżonym (choć nie rażąco) poziomie, a przy tym w całkowitym oderwaniu od rynkowych metod kształtowania cen produktów i usług oraz uczciwego konkurowania na wolnym rynku. Wykonawca ten wprost stwierdził na stronie 6 swoich wyjaśnień z dnia 11 maja 2022 r., że „koszty pośrednie wykonawcy A. S. zostały przerzucone na rzecz podwykonawcy Sławomira Sojkę, który to ostatni ustalił je na poziomie 60 %", co zdaniem Izby oznacza, że rzeczywiste koszty pośrednie wykonawcy ADBUD są jednak na zdecydowanie wyższym poziomie aniżeli zaoferowane 10 %, lecz tylko na potrzeby złożenia oferty w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego koszty te zostały wykazane na niskim (choć nie rażąco niskim) poziomie. W kontekście przerzucenia kosztów pośrednich na podwykonawcę SOJBUD uzasadnione wątpliwości budzą wyjaśnienia tego wykonawcy mówiące o przyczynach redukcji kosztów pośrednich, że wynikają one z realizacji obsługi biurowej oraz księgowej firmy przez członków rodziny wykonawcy.

Jednocześnie wykonawca ADBUD założył, że jego wymiernym zyskiem będzie kwota, którą będzie mógł odzyskać od Urzędu Skarbowego tytułem zwrotu podatku VAT z faktury kosztowej wystawionej mu przez podwykonawcę SOJBUD. Według Izby z powyższego jednoznacznie wynika, że wykonawca ADBUD kształtując swoją ofertę w tym postępowaniu nie kierował się strategiami rynkowymi, tylko traktował podanie wskaźników wymaganych przez Zamawiającego w Formularzu Ofertowym bardzo umownie, niewiążąco, albowiem chodziło mu o skalkulowanie części składowych zaoferowanej ceny w taki sposób, aby móc uzyskać jak największe korzyści finansowe z tytułu niedozwolonej optymalizacji podatkowej. W okolicznościach niniejszej sprawy wysokość wynagrodzenia za usługi podwykonawcy SOJBUD (tj. kwota 1 789 667,62 zł netto), a tym samym wysokość podatku VAT do odprowadzenia przez tego podwykonawcę na rachunek bankowy Urzędu Skarbowego, nie została zatem uzależniona od rynkowej stawki cen usług obowiązujących w branży budowlanej lecz od wewnętrznych porozumień pomiędzy powiązanym rodzinnie i biznesowo wykonawcą i podwykonawcą oraz całkowicie dowolnie uzgodnionych przez nich w ich ofertach wskaźnikach narzutu kosztów pośrednich i zysku.

W ocenie Izby doszło zatem do nieuczciwego, sprzecznego z dobrymi obyczajami skalkulowania elementów zaoferowanej ceny w celu uzyskania zamówienia publicznego, przez co zagrożone zostały interesy pozostałych przedsiębiorców biorących udział w postępowaniu, a którzy zgodnie z regułami rynkowymi oraz warunkami zamówienia skalkulowali swoje oferty. Koszty pośrednie wykonawcy ADBUD zostały „przerzucone" do oferty podwykonawcy SOJBUD, co oznacza, że koszty pośrednie wykonawcy ADBUD zostały wykazane w jego ofercie na fikcyjnym, nierealnym poziomie. To samo należy również odnieść do zadeklarowanego przez tego wykonawcę w jego

Formularzu Ofertowym zysku, gdzie różnica pomiędzy ofertą wykonawcy a podwykonawcy jest jeszcze większa, bo aż jedenastokrotna. Zdaniem Izby takie rażące dysproporcje w elementach składających się na cenę całkowitą oferty, co wynika z oferty złożonej przez wykonawcę ADBUD i kosztorysu podwykonawcy SOJBUD, są przejawem manipulacji cenowej, natomiast ich celem było wyeliminowanie konkurencji w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze zarzut dotyczący naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP okazał się być uzasadniony.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP poprzez naruszenie zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Treść odwołania wskazuje na to, że Odwołujący ściśle wiązał naruszenie przywołanego powyżej przepisu ustawy UZP z zarzutem rażąco niskiej ceny. Wobec tego, że Izba nie stwierdziła, aby oferta wykonawcy ADBUD zawierała rażąco niską ceną, siłą rzeczy również zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP jako immanentnie związany z zarzutem rażąco niskiej ceny nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony. W ocenie Izby również samo powoływanie się na nieco odmienną praktykę tego samego Zamawiającego z prowadzonego 2 lata wcześniej innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest wystarczające dla stwierdzenia naruszenia zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zatem za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, art. 574, art. 575 i art. 576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 3 pkt 3 w zw. z § 7 ust. 5 i 6 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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).

§ 9 ust. 3 pkt 3 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 stanowi, że w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę uwzględnione w części - do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3, 5 i 6.

§ 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 stanowi, że Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z "uzasadnionym przypadkiem", o którym mowa w § 7 ust. 5 przywołanego powyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, zezwalającym na odstąpienie od ogólnych reguł rozdzielania kosztów postępowania.

Izba przyjęła, że Odwołujący wygrał sprawę odwoławczą w 5/9 części, natomiast Zamawiający w 4/9 części i w takim też stosunku koszty postępowania zostaną poniesione przez Strony. Izba uznała za zasadne 2/3 części zarzutu zawartego w punkcie 1 petitum odwołania w zakresie, w jakim zarzut ten odnosił się do odrzucenia oferty wykonawcy ADBUD z powodu złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Izba postanowiła obciążyć Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego także za zarzut zawarty w punkcie 3 petitum odwołania w całości, choć postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu odwołania zostało formalnie umorzone. Wskazać należy, że Zamawiający uwzględnił zarzut trzeci odwołania praktycznie w ostatniej chwili w godzinach porannych w dniu wyznaczonego posiedzenia i rozprawy, choć zgodnie z zarządzeniem Izby z dnia 6 czerwca 2022 r. - celem przyspieszenia rozpoznania

sprawy i uzgodnienia stanowiska Stron jeszcze przed zaplanowanym terminem rozprawy - został zobowiązany do zaprezentowania swojego merytorycznego stanowiska w sprawie do dnia 14 czerwca 2022 r. Na marginesie należy zauważyć, że Izba również uwzględniłaby ten zarzut odwołania, gdyby właśnie przed samym posiedzeniem i rozprawą nie uczynił tego Zamawiający. Uwzględnienie natomiast zarzutu trzeciego odwołania Zamawiający połączył tylko z czynnością odtajnienia kosztorysu podwykonawcy SOJBUD, gdzie Odwołujący dopiero w trakcie trwania posiedzenia przed Izbą mógł zapoznać się z treścią kosztorysu podwykonawcy i odnieść się do tego dokumentu. W związku z uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy PZP żadne inne dalsze czynności w przedmiotowym postępowaniu nie zostały przez Zamawiającego podjęte.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba w sposób naganny ocenia postawę Zamawiającego polegającą na uwzględnieniu oczywistego zarzutu odwołania dopiero w dniu zaplanowanego posiedzenia i rozprawy połączoną z okazaniem Odwołującemu odtajnionego kosztorysu podwykonawcy SOJBUD dopiero na posiedzeniu. W ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy tego rodzaju zachowanie Zamawiającego było ukierunkowane na utrudnienie odwołującemu się Wykonawcy skutecznego skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej, co Izba uznaje za "uzasadniony przypadek" w rozumieniu § 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 znajdujący przełożenie na sposób rozliczenia kosztów tego postępowania odwoławczego i uzasadniający odstąpienie przez Izbę od rozliczenia kosztów postępowania na podstawie norm ogólnych.

Po pierwsze w okolicznościach tej sprawy opisany w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy PZP był uzasadniony w stopniu oczywistym, co niespodziewanie swoim w piśmie z dnia 22 czerwca 2022 r. przyznał pośrednio również sam Zamawiający powołując się na publicznie dostępne informacje zamieszczone na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (). Dostęp do repozytorium wiedzy znajdującego się
na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, w tym opinii na temat stosowania przepisów ustawy PZP jest stosunkowo łatwy, można wręcz powiedzieć, że intuicyjny i powszechny - mają go wszyscy uczestnicy systemu zamówień publicznych w Polsce. Nie sposób zatem uznać, aby doświadczony Zamawiający prowadzący wiele postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nie dysponował podstawową wiedzą z zakresu tak powszechnie stosowanego w praktyce zagadnienia jak "tajemnica przedsiębiorstwa". Po drugie pomimo tej kwalifikowanej oczywistości stan faktyczny sprawy i zarzuty odwołania wraz z ich uzasadnieniem Zamawiający poznał i przeanalizował już przed dniem 14 czerwca 2022 r. i wówczas w swoim merytorycznym stanowisku w sprawie nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy PZP. Po trzecie za uwzględnieniem tego zarzutu odwołania - poza samym odtajnieniem kosztorysu podwykonawcy tuż przed rozprawą - nie poszły dalej idące czynności Zamawiającego w postępowaniu. Po czwarte wreszcie na skutek spóźnionego uwzględnienia oczywistego zarzutu odwołania przez Zamawiającego Odwołujący dopiero na posiedzeniu mógł zapoznać się z treścią odtajnionego kosztorysu podwykonawcy i na tej podstawie uściślić swoje stanowisko procesowe w sprawie w związku ze złożonym środkiem ochrony prawnej.

Reasumując, naganną postawę Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym przejawiającą się szeregiem działań i zaniechań, których celem jest rzeczywiste utrudnienie odwołującemu się wykonawcy skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP, Izba uznaje za szczególny przypadek uzasadniający odstąpienie od ogólnych zasad rozliczania kosztów postępowania odwoławczego.

W tych okolicznościach - zgodnie z ustalonym przez Izbę podziałem stopnia odpowiedzialności za wynik sprawy - Odwołującemu przysługuje od Zamawiającego zwrot kwoty 5 556 zł 00 gr (w zaokrągleniu w górę do pełnego złotego) z tytułu części wpisu od odwołania oraz zwrot kwoty 400 zł 00 zł z tytułu części wydatku poniesionego na honorarium pełnomocnika procesowego.

Odwołujący złożył fakturę VAT opiewającą na kwotę 4428 zł 00 gr brutto, wobec czego Izba zgodnie z regulacją art. 576 pkt 2 ustawy PZP i § 5 pkt 2 lit. b 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) ustaliła, że przy rozliczaniu kosztów zastępstwa procesowego zgłoszonych przez Odwołującego nie ma podstaw do uwzględnienia wyższej kwoty niż 3600 zł 00 gr.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....