

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 11 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 listopada 2024 r. przez odwołującego – wykonawcę **Orlikon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Zielona 8, 61-851 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Spółeczna Inicjatywa Mieszkaniowa „KZN-Wielkopolska” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Sarnowska 2 lok. 219, 63-900 Rawicz

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego – uczestnika **Mprojekt Plus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Kosmonautów 2A/1, 64-100 Leszno

orzeka:

1 Umarza na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

2 Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – Orlikon Sp. z o.o. z/s w Poznaniu i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 10.000 zł 00 gr. (dziesięć tysięcy złotych) wpisu oraz 4 036 zł 00 gr (cztery tysiące trzydzieści sześć złotych) kosztów zamawiającego;

3.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 4 036 zł 00 gr (cztery tysiące trzydzieści sześć złotych) stanowiącej koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz dojazdu na posiedzenie.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

KIO 4242/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Spółeczna Inicjatywa Mieszkaniowa „KZN-Wielkopolska” Sp. z o.o. z/s w Rawiczu, w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na *budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu w miejscowości Kaczory, przy ul. Górnej, dz. ew. 925/5 – etap I* (nr postępowania: ZP/01/2024), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 24.06.2024 r., 2024/BZP 00380583, wobec czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało 13.11.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Orlikon sp. z o.o. z/s w Poznaniu (sygn. akt KIO 4242/24).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej (Mprojekt Plus Sp. z o.o.) 08.11.2024 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania MProjekt do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do przedstawionej przez tego wykonawcę ceny za zakres prac związanych z zagospodarowaniem terenu wraz z uzbrojeniem i przyłączami,
ewentualnie
art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty MProjekt jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie przedstawionej przez tego wykonawcę wartości prac za zagospodarowanie terenu wraz z uzbrojeniem i przyłączami,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty MProjekt jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji - ze względu na niedopuszczalne manipulowanie ceną, przejawiające się w nieuprawnionym przeniesieniu kosztu prac związanych z zagospodarowaniem terenu wraz z uzbrojeniem i przyłączami – do innych pozycji cenowych (składowych ceny) opodatkowanych niższą stawką podatku VAT 8%,
- 3) art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania MProjekt do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci dowodu potwierdzającego należyte wykonanie inwestycji referencyjnych wskazanych w wykazie robót.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, wezwanie MProjekt do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny za zakres prac związanych z zagospodarowaniem terenu wraz z uzbrojeniem i przyłączami, ewentualnie nakazanie odrzucenia oferty MProjekt jako zawierającej rażąco niską cenę oraz nakazanie odrzucenia oferty MProjekt, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, jak również o nakazanie wezwania MProjekt do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wskazał na zakres zadań, który wymagał zastosowania przy wycenie oferty dwóch stawek podatku VAT, tj. 8% oraz 23%. Zamawiający miał wątpliwości, co do prawidłowości przyjętych stawek i prowadził w tym zakresie postępowanie wyjaśniające, w celu ustalenia zakresów prac, dla których przyjęto różne stawki, ze szczególnym uwzględnieniem prac związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej, kierowaniem budową, robotami dotyczącymi budynku oraz pracami dotyczącymi zagospodarowania i uzbrojenia terenu. Ostatecznie zamawiający odrzucił pięć ofert i dokonał wyboru oferty MProjekt.

Na podstawie wyjaśnień i podanych wycen dla dwóch pozycji, które objęte są stawką 23% (dokumentacja projektowa oraz zagospodarowanie terenu wraz z uzbrojeniem i przyłączami – wskazane w formularzu przygotowanym przez zamawiającego na potrzeby składanych wyjaśnień), w szczególności prace dotyczące zagospodarowania terenu wraz z uzbrojeniem i przyłączami, zostały znacząco zaniżone dla wyceny oferty, w stosunku do pozostałych ofert. W ofercie MProjekt wysokość naliczonego podatku od całości ceny stanowi zaledwie 8,7% wartości brutto, co oznacza, że pozycje wyceniane ze stawką 23% musiały zostać skrajnie zaniżone. Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do rynkowości wyceny prac dot. zagospodarowania terenu wraz z uzbrojeniem i możliwości wykonania zakresu prac za zaoferowaną cenę. Zaniechanie wezwania wykonawcy do przedstawienia stosownych wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp stanowić ma o wadliwym prowadzeniu przez zamawiającego postępowania. Odwołujący wskazał przy tym na rozbieżności jakie wyniknęły w ramach prowadzonych negocjacji, co do ustalenia, czy w ofercie przewidziano udział podwykonawców. W ofercie wykonawca nie wskazał na udział podwykonawców, na których oferty wykonawca powoływał się w ramach negocjacji. W ocenie odwołującego wszelkie zmiany w stosunku do oferty dotyczące udziału podwykonawców prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

Na wypadek braku uwzględnienia zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny kluczowego elementu prac związanych z zagospodarowaniem terenu wraz z uzbrojeniem, odwołujący wskazał, że cena w tym elemencie nosi znamiona rażąco niskiej.

Ponadto, zachowanie wykonawcy miałoby wyczerpywać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na celowym przerzucaniu kosztów prac objętych wyższą stawką podatku VAT (23%), do kosztów prac objętych niższą stawką podatku VAT (8%). Skutkiem tego zabiegu miało być uzyskanie konkurencyjnej pozycji wobec innych wykonawców i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tego rodzaju manipulacja cenowa, skutkująca uszczupleniem należności publicznoprawnych jest niedopuszczalna na gruncie przepisów karnoskarbowych, co może stanowić dodatkową przesłankę odrzucenia oferty zawartą w art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp – tj. jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów.

Ponadto, w odniesieniu do podmiotowego środka dowodowego złożonego w postaci pozwolenia na użytkowanie, odwołujący kwestionuje jego prawidłowość jako dokumentu, który nie potwierdza aby zadania referencyjne przedstawione w wykazie zostały wykonane należycie. Uzasadniała to wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca MProjekt Plus Sp. z o.o. (dalej jako MProjekt).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 10.12.2024 r.).

Odwolujący na posiedzeniu cofnął zarzut nr 3 dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 Ustawy przez zaniechanie wezwania MProjekt do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci dowodu potwierdzającego należyte wykonanie inwestycji referencyjnych wskazanych w wykazie robót. W tym zakresie odwołanie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 Ustawy. Odwołanie skierowane zostało do rozpoznania w pozostałym zakresie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) – dalej jako Ustawa.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną

do akt sprawy, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego prezentowane ustnie na rozprawie.

W poczet materiału dowodowego włączona została dokumentacja postępowania przekazana w wersji elektronicznej przez Zamawiającego, jak również składane na rozprawie dowody.

Ustalenia Izby.

Okoliczności sprawy sprowadzały się do oceny wyjaśnień MProjekt złożonych na wezwanie zamawiającego, których treść miała w ocenie odwołującego uzasadniać podniesione zarzuty związane z kalkulacją ceny oferty, która wymagać miałaby dalszych wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy, jak również stanowić miała podstawę do odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Ustawy.

Zamawiający prowadzi postępowanie stanowiące etap I inwestycji budowlanej obejmującej budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu w miejscowości Kaczory, przy ul. Górnej, dz. ew. 925/5. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie kompleksowej dokumentacji wielobranżowej, wybudowanie budynku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz sposób realizacji określają dokumenty: PFU, decyzja pozwolenie na budowę wraz z projektem budowlanym, opinie, uzgodnienia, warunki przyłączenia (stanowiące załącznik nr 4 do swz), a także projektowane postanowienia umowy (załącznika nr 5 do swz). W formularzu ofertowym wykonawcy podawali cenę brutto i cenę netto za całość zamówienia. Cena ta służyć miała porównaniu złożonych ofert (rozdział XVIII swz).

Zgodnie z § 2 ust. 3 wzoru umowy:

Wykonawca zobowiązany jest w terminie 7 dni od dnia zawarcia Umowy opracować i uzgodnić z Zamawiającym Harmonogram, w którym będą uszczegółowione etapy realizacji Przedmiotu Umowy oraz terminy rozpoczęcia i zakończenia tych etapów. Harmonogram będzie zawierał podział robót, których realizacja jest planowana do odbiorów częściowych, zgodnie z § 5 Umowy, wraz ze wskazaniem ich wartości.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 11 067 000,00 zł. netto.

W postępowaniu złożonych zostało 7 ofert:

- 1.Przedsiębiorstwo Budowlane PEBEROL Sp. z o.o. - cena 11 775 609,81 zł brutto;
- 2.MProjekt Plus Sp. z o.o. - cena 9 900 727,00 zł. brutto;
- 3.Quatra Forms Sp. z o.o. - cena 10 867 763,52 zł. brutto;
- 4.ORLIKON Sp. z o.o. - cena 12 160 656,00 zł. brutt;
- 5.Zakład Ogólnobudowlany MARK M.K. - cena 14 883 000,00 zł. brutto;
- 6.RybkaBud Budownictwo Sp. z o.o. - cena 11 197 662,46 zł. brutto;
- 7.Konsorcjum firm: EL Budownictwo Sp. z o.o., ZAKŁAD PRODUKCYJNO HANDLOWO- USŁUGOWY SŁAWC LISIEWICZ - cena 9 577 433,00 zł. brutto.

Zamawiający pismem z 4.09.2024 r. wezwał wykonawców na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy do wyjaśnienia treści ofert w zakresie przyjętej do wyliczenia ceny oferty stawki VAT. Zamawiający stwierdził daleko idące różnice w cenie brutto ofert, podczas gdy ceny netto pozostawały na zbliżonym poziomie. Mając na uwadze konieczność przyjęcia dwóch stawek, tj. 23% i 8 % dla zakresu zamówienia zamawiający wezwał do wyjaśnień:

– dla jakiego zakresu prac Wykonawca zastosował przy szacowaniu ceny ofertowej stawkę VAT 8%, a dla jakiego zakresu prac zastosował stawkę 23%, ze szczególnym uwzględnieniem prac związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej, kierowaniem budową, robotami dotyczącymi budynku oraz pracami dot. zagospodarowania i uzbrojenia terenu,

– jak Wykonawca wycenił poszczególne zakresy realizacyjne wchodzące w zakres niniejszego zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem prac związanych z wykonaniem dokumentacji projektowej, kierowaniem budową, robotami dotyczącymi budynku oraz pracami dot. zagospodarowania i uzbrojenia terenu.

Zamawiający zaleca przedstawienie (w odpowiedzi na niniejsze wezwanie) wyceny w ujęciu kosztorysowym na podstawie załączonej tabeli, która to wycena stanowić będzie najbardziej klarowne i wyczerpujące ustosunkowanie się wykonawcy do przedstawionych przez Zamawiającego wątpliwości.

Zamawiający ujął w tabeli przedmiot zamówienia w dziewięciu pozycjach: dokumentacja projektowa, stan zerowy, stan surowy zamknięty, stan wykończeniowy wewnętrzny, stan wykończeniowy zewnętrzny, instalacje wewnętrzne, zagospodarowanie terenu wraz z uzbrojeniem i przyłączami, zaplecze budowy, zakończenie budowy. Dla tych pozycji

wykonawcy wskazać mieli wartość netto, stawkę VAT i wartość brutto.

Wykonawcy złożyli wyjaśnienia przyjmując formułę wskazaną w tabeli, tj. wskazując wartości pozycji.

Zamawiający wezwał ponownie na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy MProjekt pismem z 12.09.2024 r. do wskazania, w której pozycji złożonego kosztorysu zostały ujęte pompy ciepła i jaka jest ich wartość netto i brutto.

MProjekt w wyjaśnieniach z 14.10.2024 r. dodatkowo załączył ofertę na realizację prac obejmujących zagospodarowanie terenu wraz z jego uzbrojeniem oraz wykonaniem przyłącza na kwotę 250 000,00 zł netto. Wartość tej części robót wskazana wcześniej w tabeli określona została na kwotę 270 000,00 zł netto (przy stawce 23% VAT). Stawką 23% wykonawca objął również wycenę prac z pozycji I, VIII i IX tabeli.

Pismem z 12.09.2024 r. zamawiający wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertami do 16.10.2024 r.

Zamawiający odrzucił 5 ofert i dokonał wyboru oferty MProjekt po negocjacjach, w których uczestniczyło dwóch wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu. W ramach negocjacji zamawiający wskazał budżet na realizację zamówienia wynoszący 10 500 000,00 zł brutto. W trakcie negocjacji z MProjekt zwrócono uwagę m.in., że *cena oferty w zakresie prac objętym 23% podatkiem VAT znacząco odbiega od cen ofertowych wskazanych przez innych wykonawców. Pan M.R. wskazał, że jego firma zamierza realizować większość prac przy wykorzystaniu zasobów własnych, a na pozostały zakres posiada oferty podwykonawców. Wykonawca potwierdził, że jego oferta uwzględnia dostawę i montaż indywidualnych pomp ciepła. Pompy te będą dedykowane do mieszkań zgodnie z wymogiem Zamawiającego* (protokół z negocjacji z 7.10.2024 r.).

Oferty dodatkowe złożone zostały 15.10.2024 r.: MProjekt – cena brutto 9 880 727,00 zł, Orlikon – cena brutto 12 160 656,00 zł.

Izba oddaliła odwołanie.

Rozstrzygającą dla wyniku odwołania była ocena wyjaśnień treści oferty MProjekt w zakresie sposobu kalkulacji ceny ofertowej za całość zamówienia. Formułując zarzut podstawowy zaniechania wezwania MProjekt do wyjaśnienia ceny, odwołujący wywodził podstawę dla takiego wezwania z art. 224 ust. 1 Ustawy z porównania wyceny dotyczącej poz. VII zestawienia kosztów (objętej stawką 23% VAT), która istotnie odbiegała od wyceny pozostałych wykonawców zaprezentowanej w wyjaśnieniach treści ofert. Zarzuty podniesione w odwołaniu miały mieć uzasadnienie w okolicznościach, które w ocenie odwołującego potwierdzać miały potrzebę wyjaśnienia ceny, jako skrajnie zaniżonej w poz. VII dotyczącej zagospodarowania terenu, wraz z uzbrojeniem i przyłączami, określonej na poziomie 270 000,00 zł netto (332 100,00 zł brutto). Odwołujący zasadniczo opierał to uzasadnienie na stwierdzeniu, że wykonawca zaniżył koszt tych prac, jako opodatkowanych wyższą stawką podatku VAT, tj. 23%. Na tą okoliczność przedstawił dowód w postaci wyceny prac uzyskanej od podmiotów zakładających możliwość współpracy, opiewające na kwoty powyżej 2 mln zł. Rozbieżność w tej części kalkulacji kosztów miała, w ocenie odwołującego, uzasadniać wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy dotyczących sposobu skalkulowania kluczowego dla niniejszego zamówienia elementu składowego ceny.

Odnosząc się do argumentów mających uzasadniać stwierdzenie, że zamawiający zobowiązany był do wszczęcia procedury z art. 224 ust. 1 Ustawy, skład orzekający wskazuje, że odwołujący nie podolał ciężarowi dowodowemu wykazania uzasadnienia podejrzenia o konieczności wyjaśnienia składowej ceny, jako istotnej dla wyceny całej oferty. To na wykonawcy, który kwestionuje wybór oferty, która jego zdaniem zawiera rażąco niską cenę, spoczywa ciężar wykazania w jakim zakresie i w stosunku do jakich kwot oferta zawiera rażąco niską cenę (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 11.01.2023 r., sygn. akt XXIII Zs 132/22). Ponieważ w postępowaniu przetargowym zamawiający nie prowadził postępowania wyjaśniającego w trybie art. 224 Ustawy, to odwołujący podnosząc zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień zobowiązany był wykazać podstawy dla stwierdzenia, że wybrany element kalkulacji ceny uzasadniać miał podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty.

Skład orzekający podziela stanowisko prezentowane w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 05.05.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 36/22, w którym wskazuje się na możliwość badania pod kątem rażąco niskiej wyceny elementu składowego ceny, co oznacza potrzebę wykazania w ramach wniesionego środka ochrony prawnej, że znaczenie tego elementu jest tak duże, że jego zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całkowitej oferty. Z orzeczenia tego wynika wskazanie na możliwość brania pod uwagę nie tylko całkowitej ceny lub całkowitego kosztu, ale także ich istotnych części składowych. Należy to interpretować w ten sposób, że nawet jeżeli cena całkowita nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać stosownych wyjaśnień. W

sytuacji, w której istotne części składowe ceny okazały się niskie, podstawą odrzucenia oferty powinien stać się art. 89 ust. 1 pkt 4 (obecnie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy). Powoduje ona, że całość oferty zawiera cenę rażąco niską, bowiem przerzucanie finansowania między częściami zamówienia w ten sposób, że część cen jest wysoka, a część rażąco niska jest niedopuszczalne. Dopuszczalne jest uznanie ceny za rażąco niską z powodu zakwestionowania jednego elementu składającego się na tę cenę, jeśli zostało wykazane, że jego znaczenie jest tak duże, że jego zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty.

Przenosząc powyższe na stan sprawy należy wskazać, że odwołujący poza stwierdzeniem, że prace wskazane w poz. VII kalkulacji kosztów opodatkowane są stawką 23% nie przedstawił żadnej argumentacji, która uzasadniałaby przyjęcie, że jest to istotny element składowy ceny, mający takie znaczenie dla ceny oferty, że jego zaniżenie miałoby świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty. Jednocześnie skład orzekający nie podziela prezentowanych wniosków o zaniżeniu tego elementu prac, opartych na suchym porównaniu rozbitcia kosztów w innych ofertach, jak również na ofercie przygotowanej dla odwołującego, której cena istotnie odbiegała od wyceny oferty wybranej, nie tylko w tym jednym elemencie kalkulacyjnym. Prezentuje to zestawienie kosztów przygotowane przez zamawiającego na podstawie wyjaśnień treści ofert, z którego wynika jedyny uprawniony wniosek, że wykonawcy różnie podeszli do kalkulacji kosztów poszczególnych elementów składowych ceny, co jednocześnie nie miało rozstrzygającego znaczenia dla możliwości uznania potrzeby wyjaśnienia kalkulacji cen. Istotnym w ocenie izby byłoby natomiast wykazanie takich okoliczności, które pozwoliłyby przypisać wskazanym w odwołaniu elementom prac znaczenie rzutujące dla całości oferty, pozwalające traktować zagospodarowanie terenu wraz z uzbrojeniem i przyłączami, jako istotnej składowej, która miałaby przesądzać o cenie oferty, jako rażąco niskiej i wymagającej wyjaśnienia. W tym zakresie odwołujący nie podjął żadnego wysiłku, a argumenty podnoszone w odwołaniu wyłącznie sprowadzały się do stwierdzenia o możliwości zaniżenia tej części prac z uwagi na wyższą stawkę podatku VAT. Jednocześnie odwołujący pominął w swoich wywodach istotną okoliczność wynikającą z oferty przedstawionej w ramach wyjaśnień i potwierdzającej rynkowy charakter kosztów przyjętych do wyceny oferty. Wykonawca przedstawił bowiem ofertę, której wysokość uwzględniona została w wycenie pozycji VII kosztów.

Ponadto, należy wskazać, że wykonawcy nie mieli obowiązku prezentowania w ofercie rozbitcia kosztów według prac objętych zamówieniem, a cena oferty obejmowała całość prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem robót budowlanych. Złożenie wyjaśnień w zakresie o jaki wystąpił zamawiający nie mogło prowadzić do wprowadzenia nowego obowiązku rozbitcia ceny na elementy stanowiącej treść oferty i podlegającej porównaniu w ramach badania ofert. Zamawiający wyraźnie w swz wskazał, że do porównania ofert służyć będzie cena z formularza ofertowego, a ta prezentowana była za całość prac stanowiących przedmiot zamówienia. Tym samym wybiórcze porównanie elementów kosztowych prezentowanych w wyjaśnieniach treści oferty nie mogło być rozstrzygające dla uznania, że zachodziła potrzeba wyjaśnienia ceny oferty, której wysokość jak wskazał zamawiający w wezwaniu z 04.09.2024 r. pozostawała na zbliżonym poziomie. Izba podziela argumentację z odpowiedzi zamawiającego o braku uzasadnienia przypisania samym różnicom stwierdzonym w rozbitciu kosztów znaczenia dla badania oferty pod kątem podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. W okolicznościach tego postępowania nie było bowiem podstaw na jakich można byłoby w sposób ostateczny stwierdzić, jakie elementy prac zostały ujęte w poszczególnych zbiorczych pozycjach, które nie zostały w żaden sposób przez zamawiającego zdefiniowane na potrzebę kalkulacji ceny oferty. Wskazuje na to również wezwanie o dodatkowe wyjaśnienia skierowane do MProjekt, w których zamawiający dopytywał się o pozycję, która miałaby uwzględniać koszt pomp ciepła. Przedstawione wyjaśnienia miały wyłącznie walor poznawczy co do wewnętrznego sposobu kalkulacji ceny, który mógł istotnie różnić się u wykonawców z uwagi na brak szczegółowych wytycznych w swz, co do ujęcia poszczególnych kosztów w cenie oferty. Złożone wyjaśnienia nie były również elementem treści oferty w tym ujęciu, że prezentować miały wycenę poszczególnych prac, co wykonawca zobowiązany będzie przedstawić i uzgodnić z zamawiającym na etapie realizacji umowy, zgodnie z § 2 ust. 3 wzoru umowy. Argument odwołującego o wiążącym charakterze informacji zawartych w wyjaśnieniach jako element przyszłego harmonogramu, nie miała zatem umocowania w treści dokumentacji postępowania. Wyjaśnienia złożone zostały wyłącznie w odpowiedzi na wątpliwość zamawiającego dotyczącą przyjętych stawek VAT i do tego zasadniczo się sprowadzały.

Również zarzut ewentualny zaniechania odrzucenia oferty MProjekt na podstawie art. 226 ust. pkt 8 Ustawy, jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie przedstawionej wartości prac za zagospodarowanie terenu wraz z uzbrojeniem i przyłączami, podlegał oddaleniu. Uzasadnienie dla tego zarzutu w odwołaniu sprowadza się do jednego akapitu, w którym odwołujący wskazuje: *Na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podstawowego, dot. zaniechania wezwania Wykonawcy MProjekt do złożenia wyjaśnień rnc, Odwołujący podnosi, że dokonana przez MProjekt wycena prac dot. zagospodarowania terenu wraz z uzbrojeniem i przyłączami – nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Nie jest obiektywnie możliwe – przy uwzględnieniu rynkowych cen niezbędnych materiałów, czasochłonności prac i obowiązujących stawek rbn – wykonać ten zakres, mieszcząc się w kosztach oszacowanych przez MProjekt. Na potwierdzenie powyższego*

Odwołujący do wyznaczonego terminu rozprawy przedłoży stosowne dowody w tym zakresie.

Dowodami tymi były dwie oferty podmiotów, które stanowiły jednocześnie podstawę wyceny kosztów w ofercie odwołującego, a ta nie tylko w tym elemencie, ale również co do pozostałych składowych ceny znacząco odbiegała od wyceny MProjekt. Dowody te nie miały zatem żadnego znaczenia z punktu widzenia oceny oferty wykonawcy, która z założenia zakładała niższe koszty prac, których wysokość była uzasadniona, m.in. złożoną w ramach wyjaśnień ofertą podwykonawcy. Odwołujący nie odnosił się również co ceny oferty za całość prac, jako rażąco niskiej, co dodatkowo prowadziło do uznania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty MProjekt za bezzasadnego.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty MProjekt na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty MProjekt, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji - ze względu na niedopuszczalne manipulowanie ceną, przejawiające się w nieuprawnionym przeniesieniu kosztu prac związanych z zagospodarowaniem terenu wraz z uzbrojeniem i przyłączami – do innych pozycji cenowych (składowych ceny) opodatkowanych niższą stawką podatku VAT 8%, skład orzekający zarzut oddalił, jako bezpodstawny. Już w odwołaniu wykonawca podnosił ten zarzut jako wynikowy i oparty na uznaniu zasadności twierdzeń prezentowanych w zarzutach wcześniejszych, w szczególności zarzucie nr 1, który izba oddaliła.

W ślad za motywami prezentowanymi w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 24.05.2024, sygn. akt XXIII Zs 43/24, należy wskazać, że celem zakazu nieuczciwej konkurencji sformułowanego w klauzuli generalnej (art. 3.1 uznk) jest eliminacja wszelkich zachowań sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażających interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź naruszających go. Podmiot odwołujący się do klauzuli generalnej musi wykazać, jaki przepis prawa bądź dobry obyczaj został naruszony oraz że nieprzestrzeganie tej normy prawnej czy tego obyczaju zagrażało lub naruszyło jego interes (por. SN II CSK 363/07). Manipulacja cenowa przejawia się tym, że wykonawca ustala cenę oferty w taki sposób że jej część zostaje określona na rażąco niskim poziomie, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia, natomiast część ceny – bez uzasadnienia, zostaje zawyżona po to, żeby rekompensować zaniżenie innych części składowych ceny. Działanie takie ma na celu uzyskanie jak najkorzystniejszej punktacji w rankingu ofert. Samo zawyżenie jednej składowej nie mogło stanowić o manipulacji cenowej.

Przenosząc powyższe na treść zarzutu, odwołujący dopiero na rozprawie uzupełnił jego uzasadnienie wskazaniem na zawyżoną, w jego ocenie wycenę pozycji kosztów prezentowaną w poz. III stan surowy zamknięty, określoną na poziomie 4 656 711,99 zł netto (5 029 248,95 zł brutto). Uzupełnienie w tym zakresie uzasadnienia, w ocenie składu orzekającego prowadziło faktycznie do uzupełnienia podstawy faktycznej zarzutu, co oznaczało modyfikację zarzutu po terminie wniesienia odwołania. Nie można w ocenie składu orzekającego przyjąć, jako dozwolonej w ramach uzupełnienia argumentacji prezentowanej w odwołaniu, modyfikacji podstawy faktycznej zarzutu, do czego prowadziło wskazanie na zawyżenie pozycji III zestawienia kosztów. Wyłączną podstawą zarzutu podniesionego w odwołaniu było wskazanie na rzekome zaniżenie pozycji objętych stawką VAT 23%, bez wskazania na element wyceny, w którym rzeczywiste koszty tych prac miały być ujęte. Pełne uzasadnienie zarzutu zawarte zostało na str. 8 odwołania w jednym akapicie, w którym wykonawca wyłącznie podnosi:

Na gruncie niniejszej sprawy Odwołujący zarzuca również dopuszczenie się przez MProjekt czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na celowym przerzucaniu kosztów prac, objętych wyższą stawką podatku VAT (23%), do kosztów prac objętych niższą stawką podatku VAT (8%). Skutkiem tego rodzaju zabiegów, bazujących na konieczności zastosowania w niniejszym postępowaniu różnych stawek podatku VAT i wykorzystujących mechanizm sztucznego przerzucania kosztów w zakresie tych stawek, jest uzyskanie konkurencyjnej pozycji wobec innych wykonawców dzięki tak „zbudowanej” cenie ofertowej. Powyższe stanowi jednak czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia jest również to, że tego rodzaju manipulacja cenowa, skutkująca uszczupleniem należności publicznoprawnych, jest niedopuszczalna na gruncie przepisów karnoskarbowych, co może stanowić dodatkową przesłankę odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp – tj. jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów.

Na tej podstawie zarzut nie mógł zostać uwzględniony. Kwestia dotycząca zaniżenia wyceny pozycji kosztowych została szczegółowo omówiona we wcześniejszej części uzasadnienia, dla odparcia zarzutu z pkt 1 i 2 odwołania.

Podsumowując, izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutów podtrzymanych uznając, że przedstawiona argumentacja, jak i podstawy faktyczne na jakich odwołujący wywodził twierdzenia o naruszeniu przepisów Ustawy, nie była wystarczająca dla stwierdzenia naruszeń wskazanych w odwołaniu. Zasadniczym błędem argumentacji wynikającym z odmiennej oceny znaczenia wyjaśnień składanych na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy, było stwierdzenie że sposób

rozbicia kosztów na etapie wyjaśnienia treści oferty miał uzasadniać podejrzenie rażąco niskiej ceny, chociaż nie można ustalić na jakiej podstawie należało traktować wybraną pozycję, jako istotną dla oceny oferty pod kątem zaoferowanej ceny. Odwołujący jednocześnie nie kwestionując ceny całkowitej, nie mógł skutecznie podważyć oceny oferty wybranej, żądając jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i 7 Ustawy. Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu błędnej oceny wyjaśnień przez zamawiającego, która miał uzasadniać dopiero wszczęcie procedury z art. 224 Ustawy. W badanej sprawie ocenie zamawiającego podlegały wyjaśnienia dla, których punktem odniesienia była cena ryczałtowa obejmująca całość zamówienia i to w odniesieniu do tej ceny na odwołującym spoczywał ciężar przedstawienia takich argumentów, które pozwoliłyby uznać, że okoliczności wskazane w odwołaniu prowadzić muszą do uznania, iż cena całkowita nie pokryje wszystkich kosztów świadczenia (jest rażąco niska), co miało uzasadniać podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Należy podkreślić, że dla stwierdzenia podstawy do odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę, odwołujący powinien był wykazać w jaki sposób okoliczności przez niego wywodzone miały znaczenie dla ceny całkowitej oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 10.000 zł oraz uzasadnione koszty pełnomocnika zamawiającego wykazane rachunkami złożonymi przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi w całości odwołującego.

Przewodnicząca:.....