

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Emil Kuriata

Rafał Malinowski

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę: **Gdańskie Wodociągi S.A., ul. Wałowa 46, 80-858 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A., ul. Zamknięta 18, 80-955 Gdańsk**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum w składzie: „Ecol-Unicon” sp. z o.o., Terlan sp. z o.o., ul. Równa 2, 80-067 Gdańsk**,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **Gdańskie Wodociągi S.A., ul. Wałowa 46, 80-858 Gdańsk**, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Gdańskie Wodociągi S.A., ul. Wałowa 46, 80-858 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1369/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) w przedmiocie: „Eksploracja, obsługa, konserwacja oraz utrzymanie sprawności eksploatacyjnej infrastruktury portowej w zakresie gospodarki wodno-kanalizacyjnej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2023 roku, nr wydania Dz.U. S: 238/2023 pod numerem: 00749828-2023.

Zamawiający w dniu 12 kwietnia 2024 roku przesłał wykonawcom oraz opublikował na stronie prowadzonego postępowania zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum w składzie: Ecol-Unicon Sp. z o.o., TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Gdańsku (zwanego dalej: „Konsorcjum Ecol-Unicon”).

Wykonawca, Gdańskie Wodociągi S.A. z siedzibą w Gdańsku, wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Ecol-Unicon, zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Ecol-Unicon zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: SAUR HORYZONT S.A., GESTION Y TÉCNICAS DEL AGUA S.A. (dalej zwane „Konsorcjum SAUR”) oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Veolia Industry Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwanego dalej „Veolia”); zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych:

1.1) Konsorcjum Ecol-Unicon - w zakresie pozycji kosztorysowych nr: 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 46, 50, 50.1., 50.2.,

50.3., 50.4., 50.5., 51, 51.1., 52, 52.1., 52.2., 52.3., 52.4., 52.5., 53, 53.1., 54, 55, 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 139, 142, 144, 145, 147, 148, 166;

1.2)Konsorcjum SAUR - w zakresie pozycji kosztorysowych nr: 5, 6, 13, 46, 51.1., 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 114, 138, 139, 141, 142, 144, 145, 147, 148, 166.

1.3)wykonawcy Veolia - w zakresie pozycji kosztorysowych nr: 50, 50.1., 50.2., 50.3., 50.4., 50.5., 51, 51.1., 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 166.

2)art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ecol-Unicon, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w wyniku zaniżenia pozycji kosztorysowych nr: 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 46, 50, 50.1., 50.2., 50.3., 50.4., 50.5., 51, 51.1., 52, 52.1., 52.2., 52.3., 52.4., 52.5., 53, 53.1., 54, 55, 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 139, 142, 144, 145, 147, 148, 166, co ma wpływ na globalną cenę oferty;

3)art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SAUR jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w wyniku zaniżenia następujących pozycji kosztorysowych: 5, 6, 13, 46, 51.1., 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 114, 138, 139, 141, 142, 144, 145, 147, 148, 166 co ma wpływ na globalną cenę oferty;

4)art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Veolia, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w wyniku zaniżenia pozycji kosztorysowych nr: 50, 50.1., 50.2., 50.3., 50.4., 50.5., 51, 51.1., 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 166, co ma wpływ na globalną cenę oferty;

5)art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR, wykonawcy Veolia, jako ofert złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegającego na przeniesieniu kosztów wykonania usług wchodzących w ZAKRES ROZLICZANY KOSZTORYSOWO (wskazanych w części II Formularzu Cenowym) do kosztów wykonania usług wchodzących w ZAKRES ROZLICZANY RYCZAŁTOWO - EKSPLOATACJA I KONSERWACJA POSZCZEGÓLNYCH CZĘŚCI SKŁADOWYCH INFRASTRUKTURY (wskazanych w części I Formularzu Cenowym) w zakresie pozycji wskazanych odpowiednio w zarzucie nr 1, w celu zapewnienia sobie wyższego wynagrodzenia ryczałtowego, a w konsekwencji obniżenia wysokości ceny ofertowej za część II rozliczaną kosztorysowo, co stanowi tzw. inżynierię cenową / manipulację cenową);

ewentualnie (w stosunku do zarzutu nr 5) naruszenia:

6)art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR, wykonawcy Veolia, celem ustalenia, czy wykonawcy nie dokonali przeniesienia kosztów wykonania usług wchodzących w ZAKRES ROZLICZANY KOSZTORYSOWO (wskazanych w części II Formularzu Cenowym) do kosztów wykonania usług wchodzących w ZAKRES ROZLICZANY RYCZAŁTOWO - EKSPLOATACJA I KONSERWACJA POSZCZEGÓLNYCH CZĘŚCI SKŁADOWYCH INFRASTRUKTURY (wskazanych w części I w Formularzu Cenowym) w zakresie pozycji wskazanych odpowiednio w zarzucie nr 1, w celu zapewnienia sobie wyższego wynagrodzenia ryczałtowego, a w konsekwencji obniżenia wysokości ceny ofertowej za część II rozliczaną kosztorysowo, co w przypadku potwierdzenia tych okoliczności stanowiłoby tzw. inżynierię cenową / manipulację cenową), co jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK.

7)art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ecol-Unicon do poprawienia podmiotowego środka dowodowego - zaświadczenia Naczelnika Pomorskiego Urzędu Skarbowego w Gdańsku z dnia 25 marca 2024 r. dla Lidera Konsorcjum - ECOL-UNICON Sp. z o.o., podczas gdy zostało złożone Zamawiającemu zaświadczenie w nieprawidłowej formie, tj. jako kopia zaświadczenia, a nie oryginał, mimo iż zostało wystawione przez upoważniony podmiot jako dokument elektroniczny.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania do poprawienia podmiotowego środka dowodowego Konsorcjum Ecol-Unicon;

3)odrzucenia ofert: Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR, wykonawcy Veolia na podstawie art. 573 Pzp,

4)w zakresie zarzutu ewentualnego (zarzut nr 6) - nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR, wykonawcy Veoliado złożenia wyjaśnień celem ustalenia sposobu kalkulacji ceny ryczałtowej pod kątem przerzucenia kosztów realizacji czynności wskazanych w części II formularza cenowego do pozycji z części I kosztorysu cenowego.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która zaklasyfikowała się na trzecim miejscu w rankingu ofert. Jednakże, gdyby nie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR, wykonawcy Veolia, jako zawierających rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji kosztorysowych wskazanych w zarzutach nr 2) , 3) i 4) odwołania oraz jako ofert złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji zgodnie z zarzutem nr 5) odwołania, oferta Odwołującego uplasowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu. Mimo złożenia najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, w wyniku bezprawnie podjętej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Ecol-Unicon, która powinna zostać odrzucona oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Veolia, który uplasował się na drugim miejscu w rankingu oraz Konsorcjum SAUR, który uplasował się na czwartym miejscu w rankingu, Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia oraz zysku związanego z jego realizacją. Pozbawienie Odwołującego zysku z realizacji przedmiotowego zamówienia stanowi wymierną szkodę w jego majątku. Uniemożliwienie Odwołującemu realizacji zamówienia prowadzi również do pozbawienia go pozyskania stosownego doświadczenia, którym mógłby legitymować się w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, wyłącznie oferta Odwołującego jest ofertą prawidłową, nie podlegającą odrzuceniu. Odwołujący również nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu, w związku z czym jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Aby możliwe było ponowne badanie i ocena ofert i dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego konieczne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 12 kwietnia 2024 r. oraz odrzucenie ofert wskazanych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że jego oferta, co prawda przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jednak Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. W przypadku, gdyby Zamawiający podnosił, że nie może zwiększyć tej kwoty do ceny oferty Odwołującego, to w interesie Odwołującego jest unieważnienie postępowania, gdyż Odwołujący będzie mógł ponownie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Ad. 1) - 4)

Oferta złożona przez Konsorcjum Ecol-Unicon powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226ust. 1 pkt 8 Pzp, z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie następujących cen jednostkowych wskazanych w części II formularza cenowego: 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 46, 50, 50.1., 50.2., 50.3., 50.4., 50.5., 51, 51.1., 52, 52.1., 52.2., 52.3., 52.4., 52.5., 53, 53.1., 54, 55, 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 139, 142, 144, 145, 147, 148, 166.

Oferta złożona przez Konsorcjum SAUR powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie następujących cen jednostkowych wskazanych w części II formularza cenowego: 5, 6, 13, 46, 51.1., 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 114, 138, 139, 141, 142, 144, 145, 147, 148, 166.

Oferta złożona przez wykonawcę Veolia podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie następujących cen jednostkowych wskazanych w części II formularza cenowego: 50, 50.1., 50.2., 50.3., 50.4., 50.5., 51, 51.1., 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 166.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ramach niniejszego zamówienia przewidział rozliczenie ryczałtowe oraz kosztorysowe w zależności od realizowanego przez wykonawcę zakresu zamówienia.

Wynagrodzenie ryczałtowe należne jest wykonawcy za czynności wskazane w części I formularza cenowego, zaś w oparciu o wynagrodzenie kosztorysowe Zamawiający będzie rozliczał faktycznie zlecone i wykonane czynności, wskazane w części II formularza cenowego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału 21 SWZ pkt 21.2 i 21.3 wykonawcy mieli obowiązek skalkulowania poszczególnych cen jednostkowych z uwzględnieniem wszystkich kosztów związanych z ich realizacją, w tym całkowity koszt materiałów oraz całkowity koszt urządzeń wraz z obsługą. Wykonawcy mieli przyjąć do wyceny pozycji wyłącznie nowe materiały. Z powyższego wprost wynika zakaz przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysowymi, a także pomiędzy pozycjami kosztorysowymi, a czynnościami realizowanymi w ramach ryczałtu.

Tymczasem Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR oraz wykonawca Veolia zaoferowali wykonanie poszczególnych czynności zawartych w części II formularza cenowego za ceny jednostkowe, które nie pokrywają kosztów ich wykonania.

Odwołujący w tabeli przedstawił porównanie cen ofert złożonych w postępowaniu w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, powiększonej o podatek VAT. Z przedstawionej tabeli wynika rażąca dysproporcja pomiędzy cenami zaoferowanymi przez wykonawców i Odwołującego za czynności wskazane w części II formularza cenowego, realizowane za wynagrodzeniem kosztorysowym, a także pomiędzy ofertami wykonawców Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR i Veolia, a szacunkową wartością zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Odwołujący podkreślił także rażąca dysproporcję pomiędzy cenami zaoferowanymi przez wykonawców w ramach wynagrodzenia ryczałtowego oraz kosztorysowego polegającą na tym, że wszyscy trzej wykonawcy (Konsorcjum SAUR; Konsorcjum ECOL oraz Veolia) zaoferowali nieporównywalnie wysokie ceny za usługi realizowane w ramach wynagrodzenia ryczałtowego w stosunku do czynności realizowanych w ramach wynagrodzenia kosztorysowego, jednocześnie całkowita cena brutto wszystkich złożonych w postępowaniu ofert jest zbliżona do siebie. Dysproporcja ta jest widoczna przy porównaniu zaoferowanych cen ryczałtowych i kosztorysowych ww. wykonawców zarówno z ofertą Odwołującego, jak i w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT.

Wszyscy trzej wykonawcy zaoferowali wynagrodzenie za czynności wykonywane w ramach ryczałtu na poziomie znacznie wyższym od szacunkowej wartości zamówienia, którą Zamawiający ustalił z należytą starannością. Z kolei, wynagrodzenie zaoferowane za czynności rozliczane kosztorysowo u wszystkich ww. trzech wykonawców jest istotnie niższe niż szacowana wartość zamówienia powiększona o VAT.

Konsorcjum Ecol-Unicon złożyło ofertę na całkowitą kwotę 26 560 042,08 zł brutto, przy czym zaoferowane wynagrodzenie ryczałtowe wynosi aż 20 653 815,60 zł brutto, co stanowi 78,00 % całkowitej ceny oferty.

Zamawiający usługi z części I oszacował na kwotę aż o 4 412 914,68 zł niższą niż wynika z oferty Konsorcjum Ecol-Unicon. Szacowana wartość zamówienia za czynności z części I formularza cenowego stanowi około 54% całkowitego szacunku zamówienia.

Analogiczny sposób obliczenia ceny oferty zaprezentowali pozostali. dwaj wykonawcy, którzy zaoferowali niższe wynagrodzenie za czynności z części II formularza cenowego.

Porównując sumę cen zaoferowanych w ramach wynagrodzenia kosztorysowego przez Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR i wykonawcę Veolia z sumą cen kosztorysowych Odwołującego i szacunkiem Zamawiającego, a także porównując poszczególne ceny jednostkowe wskazane w części II formularza cenowego przez Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR i wykonawcę Veolia z cenami jednostkowymi wskazanymi w części II formularza cenowego Odwołującego, a także ustalonymi przez Zamawiającego w ramach szacowania wartości zamówienia, można zauważyć ogromne różnice w wielu cenach jednostkowych w części II formularza cenowego. Tak duże różnice w cenach jednostkowych wskazanych w części II formularza cenowego zaoferowane przez Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR i wykonawcę Veolia w stosunku do cen jednostkowych wskazanych w ofercie Odwołującego, a także zestawiając te ceny z szacunkową wartością zamówienia, po stronie Zamawiającego powinny pojawić się uzasadnione wątpliwości dotyczące możliwości realizacji zamówienia za ceny zaoferowane przez Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR i wykonawcę Veolia w ramach wynagrodzenia kosztorysowego - części II formularza cenowego, w szczególności w zakresie co najmniej następujących pozycji:

Konsorcjum Ecol-Unicon - pozycje: 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 46, 50, 50.1., 50.2., 50.3., 50.4., 50.5., 51, 51.1., 52, 52.1., 52.2., 52.3., 52.4., 52.5., 53, 53.1., 54, 55, 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 139, 142, 144, 145, 147, 148, 166.

Konsorcjum SAUR - pozycje: 5, 6, 13, 46, 51.1., 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 114, 138, 139, 141, 142, 144, 145, 147, 148, 166.

Veolia - pozycje: 50, 50.1., 50.2., 50.3., 50.4., 50.5., 51, 51.1., 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 166.

Odwołujący wskazał, że w myśl art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień. w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. lub ich istotnych części składowych.

Mając na uwadze, iż ceny jednostkowe wskazane w części II formularza cenowego są nieadekwatnie niskie w porównaniu do cen wskazanych przez Odwołującego w ofercie, a także w porównaniu do szacunku Zamawiającego, obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny do Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR oraz wykonawcy Veolia i wezwanie ich do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie co najmniej wskazanych wyżej pozycji kosztorysowych.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający prowadził już postępowanie, którego przedmiotem była „Eksplotacja,

obsługa, konserwacja oraz utrzymanie sprawności infrastruktury portowej w zakresie gospodarki elektroenergetycznej Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A." (numer postępowania: NPR/IUE/2018/053), więc posiada niezbędne doświadczenie, które umożliwia mu weryfikację cen pod kątem ich realności i faktycznej możliwości wykonania danych czynności za ceny wskazane przez Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR oraz wykonawcy Veolia.

Odwolujący wskazał, iż Zamawiający jasno określił w SWZ zasady obliczenia ceny oferty, jak również sposób rozliczeń z wykonawcą za realizację zamówienia, który w zakresie części II formularza cenowego ma charakter kosztorysowy, wobec czego cena jednostkowa za każdą pozycję pokrywać ma w całości koszty realizacji pozycji, której odpowiada. W takim przypadku ceny jednostkowe nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które naliczane jest wynagrodzenie. Wobec powyższego, kalkulacja cen jednostkowych ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny całości oferty wykonawcy, jako obarczonej zarzutem rażąco niskiej ceny. Niemająca uzasadnienia kalkulacja ceny jednostkowej danej pozycji przekłada się na całą cenę oferty, albowiem pochodną zaniżonych cen jednostkowych zawartych w części II formularza cenowego jest rażąco niska cena całej oferty.

Odwolujący podniósł, że rażąco niska cena występuje w stosunku do wielu pozycji kosztorysowych w każdej z ww. ofert - dla każdej z ofert z łatwością wymienić można co najmniej kilkadziesiąt pozycji, których ceny nie umożliwiają nawet zakupu niezbędnych materiałów do realizacji danych czynności. Ponadto, Odwołujący wskazał na szacowane ilości danych pozycji kosztorysowych, które często stanowią po kilkadziesiąt sztuk, a ponadto czynności te są istotne z punktu widzenia zamówienia (utrzymanie infrastruktury w przypadku awarii), co stanowi istotny zakres merytoryczny zamówienia, a tym samym stanowią one istotne części składowe ofert. Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby (wyrok KIO z dnia 2 listopada 2023 r. sygn. akt KIO 3095/23, wyrok KIO z dnia 9 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 185/23, wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 69/220 na poparcie swojego stanowiska).

Zdaniem Odwołującego, w dalszej kolejności Zamawiający, działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, powinien odrzucić oferty ww. wykonawców z uwagi na fakt, że oferty zawierają rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wskazał, że obecnie realizuje na rzecz Zamawiającego zamówienie, którego przedmiotem jest eksploatacja i konserwacja infrastruktury wodno-kanalizacyjnej będącej własnością Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A., a ponadto posiada doświadczenie, które umożliwia mu dokładne oszacowanie realnych kosztów realizacji całego zamówienia, jak i jego poszczególnych elementów (w tym pozycji wskazanych w części II formularza cenowego). Odwołujący przedstawił w tabeli własne kalkulacje cen jednostkowych, które są rażąco niskie w ofertach konkurencji oraz ogólne założenia dla wyliczeń kosztów realizacji poszczególnych pozycji kosztorysowych.

- Wynagrodzenie pracowników

Odwolujący wskazał, że do kalkulacji kosztów pracowniczych przyjął minimalną stawkę godzinową w wysokości 27,70 zł za każdą godzinę wykonanego zlecenia lub świadczonych usług, obowiązującą od dnia 1 stycznia 2024 roku. Stawka ta jest zgodna z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1893). Zgodnie z § 4 ww. rozporządzenia, od dnia 1 lipca 2024 r. stawka ta wzrośnie i wynosić będzie 28,10 zł za godzinę. Wzrost tego wynagrodzenia od dnia 1 lipca br. wykonawcy powinni uwzględnić w swoich ofertach, gdyż zgodnie z § 4 ust. 1 lit. b) oraz ust. 2 projektowanych postanowień umownych, Zamawiający przewidział zmianę wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 lub 2 Umowy, należnego wykonawcy, w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jeżeli wykonawca wykaże, że sytuacja taka będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, w terminie 21 dni od wejścia w życie zmiany przepisów, o których mowa w ust. 1 lit. a)-d).

Mając na uwadze, iż minimalna godzinowa stawka została określona w przepisach obowiązujących od dnia 1 stycznia 2024 roku, nie będzie ona mogła stanowić podstawy do ubiegania się o waloryzację wynagrodzenia wykonawcy na podstawie postanowień § 4 projektowanych postanowień umownych.

Kwota ta nie wyczerpuje wszystkich kosztów pracowniczych, które wykonawcy powinni uwzględnić w cenach - należy pamiętać również o kosztach urlopów, zastępstw czy chociażby ekwiwalentów za odzież.

Należy pamiętać, że prace wskazane w części II formularza cenowego stanowią roboty interwencyjno-naprawcze wykonywane przez pracowników fizycznych, którzy wykonują te roboty w ramach stosunku pracy. Aktualnie koszty pracodawcy związane z zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę za minimalnym wynagrodzeniem wynoszą 5 110,76 zł netto, co daje około 30,42 zł netto za godzinę. Mając na uwadze, że przedmiot robót stanowią specyficzne prace, do których realizacji wymagana jest odpowiednia wiedza i doświadczenie, będą one realizowane przez wykwalifikowany do tego personel, który otrzymuje wynagrodzenie wyższe niż minimalne. Zgodnie z danymi opublikowanymi przez Główny Urząd Statystyczny (link: <https://gdansk.stat.gov.pl/zakladkal/>) dla województwa

pomorskiego w lutym 2024 roku, przeciętne miesięczne wynagrodzenie brutto w sektorze przedsiębiorstw wynosiło 8 082,71 zł i przedstawia tendencję wzrostową. Odwołujący podkreślił, że przyjęta przez niego stawka w wysokości 27,70 zł netto za godzinę pracy jest dopuszczalną prawnie minimalną stawką za pracę, natomiast pozyskanie pracownika posiadającego odpowiednie umiejętności, aby świadczyć roboty interwencyjno-naprawcze za tę stawkę jest nierealne z uwagi na obecną sytuację gospodarczą. Nawet, gdyby przyjąć, że koszty pracownicze będą na minimalnym dopuszczalnym poziomie, wykonanie danych pozycji wskazanych w części II formularza cenowego za zaoferowaną przez poszczególnych wykonawców cenę jest nierealne.

Odwołujący wyjaśnił, że w przedstawionej tabeli uwzględnił jedynie koszty pracownicze pracowników fizycznych, którzy faktycznie realizować będą dane prace. Natomiast Zamawiający w ramach zamówienia wyłącznie zleca wykonanie prac, a wykonawca jest odpowiedzialny za ich kompleksowe wykonanie rozumiane nie tylko jako wykonanie robót przez pracowników, ale także za nadzór nad tymi robotami, co wynika z postanowień § 7 ust. 1 PPU. Ponadto, wykonawca będzie zobowiązany do skierowania do realizacji umowy kierownika kontraktu - co najmniej jednej osoby, która zarządzać będzie realizacją zamówienia. Wykonawcy powinni również te koszty uwzględnić w swoich ofertach.

Odwołujący w tabeli wskazał szacowany czas realizacji poszczególnych prac, mając na uwadze zakres i złożoność poszczególnych robót oraz ich specyfikę. Odwołujący wyjaśnił, że roboty wskazane w pozycjach nr 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 części II formularza cenowego realizowane być powinny przez co najmniej 2 osoby. W ramach ww. pozycji wykonawca będzie zobowiązany do wymiany wodomierza. Zasadne jest, aby prace te realizowane były przez co najmniej 2 pracowników z uwagi na zlokalizowanie części wodomierzy w studniach wodomierzowych ze względów bezpieczeństwa, co wynika z art. 225 Kodeksu Pracy (Dz.U. z 2023 r. poz. 1465 t.j. z dnia 2023.07.31)

- Koszty transportu

Odwołujący wskazał, że w celu dojazdu na teren robót oraz przemieszczania się po terenie Portu Gdańskiego niezbędne jest wykorzystywanie pojazdu. Pojazd ten, oprócz pełnienia funkcji środka transportu dla pracowników wykonawcy, pełnić będzie także funkcję magazynową, ponieważ wykonawca będzie przewoził w nim materiały i sprzęty niezbędne do realizacji robót oraz inne niezbędne funkcje (np. zaplecze do odpowiedniego przechowywania narzędzi w czasie wykonywania prac oraz oznakowania i wygrodzenia miejsca pracy).

Teren Portu Gdańskiego jest bardzo rozległy, powierzchnia portu obejmuje 3248 ha lądu/ 679 ha terenów, a łączna długość nabrzeży wynosi 23,7 łan i znajduje się na dwóch brzegach Martwej Wisły, wobec czego przemieszczanie się pracowników po tym terenie pieszo byłoby zbyt czasochłonne. Dodatkowo, wskazane jest korzystanie ze środka transportu ze względów bezpieczeństwa, gdyż Port Gdański pracuje 24h/7. Brak skoordynowania osób przebywających na terenie Portu i ich swobodne, piesze przemieszczanie się po terenie Portu niesłoby ze sobą ryzyko narażenia zdrowia lub życia tych osób. Na terenie Portu znajdują się: terminal kontenerowy, terminal promowo-pasażerski i RO-RO, nabrzeża do przeładunku samochodów osobowych, owoców cytrusowych, siarki, nawozów. Port wewnętrzny przystosowany jest do przeładunku drobnicy konwencjonalnej i towarów masowych (wyróbów hutniczych, sztuk ciężkich, ponadgabarytowych, zbóż, nawozów sztucznych, rudy czy węgla). Port zewnętrzny tworzą 4 pirsy: paliwowy, węglowy, LPG i rudowy oraz terminal kontenerowy DCT (Deepwater Container Terminal), znajdujące się bezpośrednio na wodach Zatoki Gdańskiej. Tam przeładowywane są surowce energetyczne takie jak paliwa płynne, węgiel oraz gaz płynny. Na terenie Portu permanentnie trwają różne prace np. odbiory ze statków. Z tego powodu bezzasadna obecność osób trzecich przemieszczających się pieszo po terenie Portu jest niewskazana m. in. z uwagi na kwestie bezpieczeństwa. Nie trudno sobie wyobrazić, że taka osoba znalazłaby się w niewłaściwym miejscu i mogłaby zostać poszkodowana w wyniku prac przeładunkowych. Na terenie Naftoportu ograniczono do niezbędnego minimum ruch pieszcy ze względów bezpieczeństwa.

Odwołujący wyjaśnił, że na potrzeby wykazania kosztów pojazdu przyjął najtańszy samochód opisany przez SEKOCENBUD (samochód dostawczy do 0,9 t: cena najmu: 92,6 zł/m-g), mając świadomość, że rzeczywiste koszty pojazdów wykorzystywanych dla części prac są wyższe (np. pojazd wykorzystywany przy wykonywaniu czyszczeń).

Odwołujący zwrócił uwagę na skalę „niedoszacowania” cen jednostkowych w części II formularza ofertowego Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR oraz wykonawcy Veolia. Aż kilkadziesiąt cen jednostkowych w ofertach ww. wykonawców jest rażąco niska i nie zapewnia realizacji robót za ceny tam wskazane. Odwołujący wskazał na efekt skali i podkreślił, że zakres pozycji niedoszacowanych stanowią istotne części składowe oferty. Tym samym zarzuty wskazane w odwołaniu zasługują na uwzględnienie.

Ad 5) Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp (zaniechanie odrzucenia oferty pomimo zastosowania przez ww. wykonawców tzw. inżynierii cenowej/manipulacji cenowej)

Zastosowany przez Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR oraz wykonawcę Veolia sposób kalkulacji cen przedstawiony w formularzu cenowym w zakresie dotyczącym wynagrodzenia kosztorysowego wskazuje na dopuszczenie się przez tych wykonawców tzw. inżynierii cenowej/manipulacji cenowej. Inżynieria cenowa/manipulacja cenowa jest nieuczciwym działaniem wykonawcy, który we własnym interesie, celem uzyskania większego zysku z

realizacji zamówienia zawyża cenę gwarantowanej części zamówienia jednocześnie zaniżając cenę części zamówienia, której zapłata uzależniona jest od okoliczności przyszłych i niepewnych. W konsekwencji powyższego dochodzi do sytuacji, w której wobec zawyżenia ceny zakresu gwarantowanego zamawiający zapłaci takiemu wykonawcy więcej, niż wynika to z faktycznie poniesionych kosztów. Tego rodzaju działania najczęściej występują w przypadkach, gdy Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji lub gdy realizacja pewnego zakresu zamówienia jest uzależniona od zdarzeń, które mogą nie wystąpić (np. wykonywanie napraw, usuwanie usterek).

Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział system rozliczeń, w którym:

- 1) za część zakresu zamówienia (§ 3 ust. 1 załącznika nr 8 do SWZ „Projektowane Postanowienia Umowy dalej jako: „PPU”) przewidział wynagrodzenie ryczałtowe;
- 2) za część zakresu zamówienia (§ 3 ust. 2 PPU) przewidział wynagrodzenie kosztorysowe.

Zgodnie § 3 ust. 2 PPU, „niezależnie od wynagrodzenia ryczałtowego z ust. 1 powyżej, każdorazowo w razie zlecenia przez Zamawiającego (Przedstawiciela Zamawiającego) i prawidłowego wykonania przez Wykonawcę czynności rozliczanych kosztorysowo z pkt 4 OPZ zgodnie z § 9 ust. 13 Umowy, Wykonawca, na podstawie formularza cenowego Wykonawcy, który stanowi załącznik nr 3 do Umowy, otrzyma od Zamawiającego wynagrodzenie kosztorysowe obliczone jako iloczyn wykonanych czynności i stawek za ich wykonanie wskazanych w części II formularza cenowego Wykonawcy, który stanowi załącznik nr 3 do Umowy”. Projektowane postanowienia umowy w przytoczonym brzmieniu, jako stwarzające ryzyko dopuszczenia się przez wykonawców biorących udział w postępowaniu nieuczciwości w wycenie, powinny skłonić Zamawiającego do przyjrzenia się sposobie kalkulacji ceny ofertowej i ustalenia, czy wykonawcy nie dokonali „przerzucenia kosztów” do części zamówienia gwarantowanego (rozliczanego ryczałtowo), czym naraziliby Zamawiającego na zawyżoną zapłatę ze szkodą dla Zamawiającego i finansów publicznych w wymiarze ogólnym.

Skoro Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR, wykonawcy Veolia, to znaczy, że zaniechał zbadania ofert w powyższym zakresie lub badając oferty nie dopatrzył się tego rodzaju podstaw ich odrzucenia.

Zamawiający skrupulatnie dokonywał szacowania wartości zamówienia i w zakresie, który rozliczany jest kosztorysowo ustalił wartość szacunkową każdej najdrobniejszej pozycji formularza cenowego. Dysponując tego rodzaju wiedzą i widząc znaczne dysproporcje pomiędzy wynikiem szacowania poszczególnych pozycji, a ceną jednostkową netto przedstawioną przez wykonawców, Zamawiający mógł ustalić, że niektóre z cen wynagrodzenia kosztorysowego zostały znacznie zaniżone. Tego rodzaju ustalenia Zamawiający mógł poczynić nie tylko na podstawie wyniku szacowania wartości zamówienia lecz również na podstawie odniesienia wyceny zakresu zamówienia do cen zastosowanych przez konkurencyjnych wykonawców, w tym Odwołującego.

Odwołujący w tabeli zamieszczonej w odwołaniu przedstawił pozycje, które poszczególni wykonawcy znacznie zaniżyli względem szacunkowej wartości zamówienia oraz względem sposobu wyceny zastosowanym przez Odwołującego. Zarzut dotyczy wszystkich zaznaczonych w załączniku do odwołania pozycji, niemniej Odwołujący przedstawił niektóre z pozycji, wskazując przykładowe dysproporcje świadczące o manipulacji cenowej:

- w zakresie dot. poz. 13 - wodomierz wskazanej klasy z nadajnikiem kontaktronowym kosztuje 2097,80 zł netto. Koszty, które należy uwzględnić w wycenie to m. in. materiały, uszczelki, śruby, koszty pracy, transportu. Powyższe ewidentnie wskazuje, że nie jest możliwe wykonanie wymiany wodomierza za cenę netto wynoszącą 2 000,00 zł netto, a tym bardziej za cenę 1632,00 zł netto.

- w zakresie poz. nr 46 - Zamawiający zawarł w dokumentacji wymaganie co do konkretnego typu zaprawy, której użycie w ilości 15 kg przekłada się na kwotę 258 zł netto (cena ta jest ceną hurtową). Do tej ceny należy doliczyć pozostałe koszty, tj. co najmniej koszt pracy uwzględniając min. 2 osoby przy wykonywaniu tych czynności (BHP), transport, igłofiltry. Powyższe dowodzi, że nie jest możliwe uszczelnienie studni zgodnie z wymaganiami Zamawiającego za cenę 300,00 zł netto.

- w zakresie poz. 51 - cena netto 1 mb odwodnienia 300, F900 (korpus + ruszt) wynosi 1749,78 zł netto, w konsekwencji: cena zaoferowana przez Konsorcjum Ecol-Unicon (359,00 zł netto) nie pokrywa nawet kosztów materiałów objętych specyfikacją, tym bardziej więc kosztów robocizny i sprzętu, cena zaoferowana przez wykonawcę Veolia (1 759,50 zł netto) nie obejmuje kosztów robocizny i sprzętu niezbędnych do realizacji robót. W konsekwencji nie jest możliwe wykonanie zamówienia we wskazanym powyżej zakresie za ceny zaproponowane przez tych wykonawców.

Wobec zaniżenia stawek wskazanych w kosztorysie, przy jednoczesnym złożeniu oświadczenia w ust. 2 Formularza oferty, zgodnie z którym, wszyscy wykonawcy oferują „wykonanie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia zgodnie z zakresem, wymaganiami i warunkami określonymi w SWZ za ustaloną, na podstawie załączonych do oferty Formularzy cenowych ŁĄCZNĄ CENĘ BRUTTO, stanowiącą sumę Ryczałtowego wynagrodzenia całkowitego brutto (

Formularza cenowego I) i Kosztorysowego wynagrodzenia całkowitego brutto (z Formularza cenowego II)“ należy stwierdzić, że koszty realizacji zamówienia we wszystkich pozycjach kosztorysowych, które zostały zaniżone, musiały zostać ujęte w wynagrodzeniu ryczałtowym. Skoro, zgodnie z oświadczeniem Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR i wykonawcy Veolia, zobowiązali się oni wykonać zarówno zakres rozliczany ryczałtowo, jak również zakres rozliczany kosztorysowo, to koszty, których brakuje w pozycjach kosztorysowych musiały zostać ulokowane w wynagrodzeniu ryczałtowym. Skoro wysokość kosztów uniemożliwia wykonanie zamówienia za wskazane ceny świadczy, to o „przerzuceniu kosztów” do wynagrodzenia ryczałtowego, którego zakres jest pewny i gwarantowany w zamówieniu, niezależnie od okoliczności towarzyszących jego realizacji.

Zamawiający w ust. 21.3 SWZ wprost wskazał, że w przypadku rozliczenia kosztorysowego „poszczególne ceny jednostkowe muszą uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją, w tym całkowity koszt materiałów oraz całkowity koszt urządzeń wraz obsługą”. Niedopuszczalny byłby zatem sposób wyceny, który nie ujmowałby wszystkich niezbędnych kosztów realizacji w poszczególnych pozycjach (w tym kosztów materiału czy obsługi). Skoro, wymienione w załączniku do odwołania pozycje zawierają braki w wycenie i nie jest możliwe zrealizowanie tego zakresu za wskazaną cenę, a jednocześnie Wykonawcy deklarują realizację zamówienia za wskazane w ofercie ceny świadczy to o dopuszczeniu się przez nich czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Bez wątpienia ulokowanie kosztów w cenie gwarantowanego zakresu zamówienia rozliczanego ryczałtowo, jak wskazano powyżej narusza interes Zamawiającego jako klienta. Zamawiający w przypadku zawarcia umowy z wykonawcą, rozliczając ryczałtowy zakres zamówienia, w istocie wobec przerwania kosztów, będzie płacił wykonawcy wynagrodzenie również w zakresie zamówienia, który nie został zlecony do wykonania. Tym samym, odnosząc się do przedstawionych wcześniej przykładów, Zamawiający, nie odrzucając oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, w cenie ryczałtowej zapłaci wykonawcy m.in.:

- 1)za materiały, uszczelki, śruby, koszty pracy, transportu w zakresie dot. poz. 13 (wymiana wodomierzy),
- 2)koszty pracy, transportu, igłofiltrów - w zakresie dot. poz. 46 (uszczelnienie studni),
- 3)koszty materiałów, robocizny i sprzętu - w zakresie poz. 51 (montaż odwodnienia liniowego 300, F900 z prefabrykowaną opaską betonową), nawet wówczas gdy potrzeba wykonania zakresu zamówienia dot. wymienionych pozycji nie wystąpi.

Tego rodzaju rozliczenie w sposób oczywisty zagraża lub narusza interes Zamawiającego, co świadczy o spełnieniu przesłanki wyrażonej w art. 3 ust. 1 UZNK.

Odwolujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie negatywnie oceniała praktyki związane z „przerzucaniem kosztów” do pozycji pewnych i gwarantowanych, stwierdzając popełnienie przez wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przedstawił przykładowe wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące na niedopuszczalność tego rodzaju działań, potwierdzając powinność odrzucenia ofert wykonawców stosujących tego rodzaju metody wyceny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2022 r. sygnatura akt KIO 3120/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2014 r. sygnatura akt KIO 2046/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2024 r. sygnatura akt KIO 107 /24, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2016 r. sygnatura akt: KIO 2225/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2016 roku sygnatura akt: KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2014 roku Sygnatura akt: KIO 1844/14).

Podsumowując powyższe, zdaniem Odwołującego, wobec zastosowanej praktyki obniżenia cen pozycji kosztorysowych, której konsekwencją jest odpowiednio wyższa cena ryczałtowa należy stwierdzić, że spełniona została przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK. Wobec dopuszczenia się przez ww. wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 UZNK zaniechanie odrzucenia ofert stanowi zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp. Utrzymanie decyzji Zamawiającego w mocy będzie oznaczało, że odstąpił on od wyrażonych w SWZ reguł wyceny zamówienia i akceptuje działania wykonawców, które narażają finanse publiczne na szkodę polegającą na poniesieniu wydatków, które nigdy nie wystąpiły.

Odwolujący podkreślił, że w wyniku zastosowanej inżynierii cenowej, wykonawcy zapewniłi sobie wyższe stałe wynagrodzenie ryczałtowe niż w przypadku, gdyby dokonali obliczenia ceny oferty i uzupełnili formularz cenowy w sposób zgodny z dokumentacją przetargową, co niewątpliwie stanowi zysk po stronie wykonawców, gdyż do ceny za część I doliczyli sobie koszty realizacji czynności z części II, których realizacja nie jest pewna i zależy od zapotrzebowania Zamawiającego. Tym samym, implikuje to szkodę po stronie Zamawiającego, który w wyniku zastosowanej inżynierii cenowej zmuszony będzie do ponoszenia znacznie wyższych kosztów realizacji zamówienia niż

w przypadku, gdyby wykonawcy zastosowali się do postanowień SWZ.

Ad 6) Zarzut ewentualny - naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień.

W przypadku nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający, obserwując znaczne dysproporcje pomiędzy własnym wynikiem szacowania wartości zamówienia, a znacząco zaniżonymi wycenami pozycji kosztorysowych Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR, wykonawcy Veolia, zobowiązany był do wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym sposobu kalkulacji cen w zaznaczonych w tabeli zamieszczonej w odwołaniu pozycjach. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zobowiązany jest każdorazowo do zbadania oferty w zakresie wszystkich przesłanek jej odrzucenia, a przewidzenie w zakresie zamówienia pozycji rozliczanych kosztorysowo powinno w sposób szczególny skłonić Zamawiającego do weryfikacji prawidłowości obliczenia ceny. Zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnień, w jaki sposób skalkulowali pozycje formularza z wynagrodzeniem kosztorysowym, które wydają się nierealnie niskie, skutkowało ryzykiem wyboru oferty wykonawcy, który dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający tego rodzaju wątpliwości powinien wyjaśnić, stosując wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp.

Ad 7)

Odwołujący wskazał na nieprawidłową formę złożenia przez wykonawcę Ecol-Unicon Sp. z o.o. zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości. Zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.) stanowi podmiotowy środek dowodowy, którego celem jest wykazanie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z § 15 ww. rozporządzenia, podmiotowe środki dowodowe (w tym zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości) winny być składane w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, w formie pisemnej lub w formie dokumentowej, w zakresie i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 70 Pzp. Zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 70 Pzp, rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. 2020 poz. 2452), zgodnie z § 6 ust. 1, w przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Ecol-Unicon Sp. z o.o., na wezwanie Zamawiającego, złożył wystawione dnia 25 marca 2024 r. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości. Z treści zawartego dokumentu w pliku pdf można wyczytać, że z upoważnienia Naczelnika Pomorskiego Urzędu Skarbowego w Gdańsku omawiane zaświadczenie zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wykonawca, w ramach tego samego pliku pdf, dołączył również raport z weryfikacji wyżej wskazanego podpisu potwierdzający jakoby, że podpis pod omawianym dokumentem został poprawnie zweryfikowany certyfikatem elektronicznym. Całość pliku pdf, tj. zaświadczenie o niezaleganiu, jak i raport z weryfikacji podpisu, zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione przez wykonawcę do przedstawienia Zamawiającego tegoż zaświadczenia.

Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wystawione w dniu 25 marca 2024 r. roku przez pracownika Urzędu Skarbowego działającego z upoważnienia Naczelnika Pomorskiego Urzędu Skarbowego w Gdańsku zostało wystawione w formie dokumentu elektronicznego. Wykonawca, kierując się dyspozycją ww. przepisów, winien przedłożyć na wezwanie Zamawiającego dokument elektroniczny wraz z podpisem kwalifikowanym złożonym przez pracownika Urzędu Skarbowego (innymi słowy powinien przekazać Zamawiającemu taki dokument- elektroniczny, jaki został wystawiony przez Urząd Skarbowy). Wykonawca tymczasem przedłożył zaświadczenie, które nie zawiera dającego się zweryfikować podpisu pracownika Urzędu, de facto przedstawiając zatem jedynie skan tegoż zaświadczenia, a także załączył wygenerowany raport z weryfikacji podpisu, który, nie będąc wymagany przepisami, nie zastępuje w żaden sposób obowiązku przedłożenia wystawionego dokumentu elektronicznego.

Zdaniem Odwołującego, złożenie powyższego podmiotowego środka dowodowego w wyżej wymieniony sposób i postaci zostało złożone z naruszeniem § 15 ww. rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych w zw. z § 6 ust. 1 ww. rozporządzenia w sprawie sporządzania i przekazywania informacji. Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2022 r. KIO 362/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2022 r., KIO 1802/22).

Wykonawca uchybił wymaganiom zawartym w aktach wykonawczych do ustawy Pzp i nie wykazał w sposób

skuteczny, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie jako Konsorcjum: SAUR Horyzont S.A. z siedzibą w Warszawie, Gestion y Tecnicas del Agua S.A. (Gestagua) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wnosząc o uwzględnienie odwołania i wskazując że zarzuty, oprócz zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum SAUR, są uzasadnione.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie jako Konsorcjum: „Ecol-Unicon” sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, Terlan sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Ecol-Unicon. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie – pismem z dnia 10 maja 2024 r. – podtrzymując wniosek o oddalenie odwołania.

II[zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp]

Zdaniem Przystępującego, zarzut jest oczywiście niezasadny, ponieważ odrzucenie oferty ze względu na rażąco niską cenę musi być poprzedzone odpowiednią procedurą wyjaśniającą, której w niniejszym postępowaniu nie było. Jednoznacznie na ten temat wypowiada się doktryna - *Przed odrzuceniem oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu konieczne jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, w którym wykonawca udzieli wyjaśnień odnoszących się do elementów oferty, które mają wpływ na wysokość ceny* (M. Sieradzka(red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022). Stanowisko to jest również ugruntowane w orzecznictwie - *Ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu poprzedzone musi zostać przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 Pzp* (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.03.2023 r., XXIII Zs 13/23).

Wobec oferty Przystępującego nie była prowadzona procedura wyjaśniająca w trybie art. 224 Pzp, a więc niemożliwym jest jej odrzucenie ze względu na rażąco niską cenę. Przystępujący wyjaśnił, że Zamawiający skierował do Przystępującego dnia 19.03.2024 r. wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp zmierzające do wyjaśnienia treści oferty. Przystępujący udzielił wyjaśnień, jednak w żaden sposób nie można ich traktować jako wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przystępujący potwierdził w tych wyjaśnieniach ujęcie wszystkich kosztów w wycenie oferty.

II[zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp]

Zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty jest niezasadny, a jego uzasadnienie Odwołujący buduje na wybiórczym posługiwaniem się cenami jednostkowymi z poszczególnych ofert.

Przystępujący wskazał, że kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwotę 29.704.375,70 zł brutto.

Oferta Przystępującego opiewająca na kwotę 26.560.042,08 zł brutto, co stanowi blisko 90% tej kwoty. Jest więc bardzo zbliżona do szacunków Zamawiającego. Najpełniej wartość prac są w stanie określić podmioty operujące na danym rynku. W niniejszym postępowaniu zostały złożone cztery, bardzo zbliżone do siebie cenowo. Każda ze złożonych ofert odbiegała maksymalnie o 7% od średniej wartości cen, a oferta Przystępującego – o 6,8%. Brak było zatem przesłanek do kierowania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 Pzp.

Nie sposób uznać kwestionowanych przez Odwołującego pozycji formularza cenowego za istotne części składowe (albowiem całościowo cena nie odbiega od innych ofert czy szacunków Zamawiającego), co jest warunkiem koniecznym do skierowania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny w trybie art. 224 ust. 1 Pzp.

Przystępujący podkreślił, że sama konstrukcja wynagrodzenia za realizację zamówienia wskazuje, że dla Zamawiającego istotniejszy charakter ma zakres zamówienia rozliczany w sposób ryczałtowy, a nie kosztorysowy. Wynika to z zawartego w pkt 22 SWZ opisu kryteriów oceny ofert. Zamawiający przewidział dwa kryteria - cenę brutto – ryczałt oraz cenę brutto – kosztorys. Pierwsze kryterium ma wagę 65%, natomiast drugie – 35%. Jeżeli więc którakolwiek z części wynagrodzenia miała być badana ze względu na jej istotny charakter pod kątem rażąco niskiej ceny to właśnie część rozliczana ryczałtowo. Tymczasem cena ryczałtowa Przystępującego jest najwyższa.

Co więcej, wartość zakwestionowanych przez Odwołującego pozycji cenowych w formularzu Przystępującego stanowi ledwie 3,1% całej ceny jego oferty. Nie sposób więc uznać, że jest to istotna wartość, która winna zmuszać Zamawiającego do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, czy, idąc jeszcze dalej, do odrzucenia oferty ze względu na jej rażąco niską cenę.

Ponadto, część formularza cenowego dotycząca zamówienia rozliczanego wynagrodzeniem kosztorysowym składała się z ponad 240 pozycji, które wykonawcy musieli wycenić. W takiej sytuacji oczywiste są różnice między wycenami poszczególnych pozycji pośród różnych wykonawców. Wynikają one z szeregu różnych czynników takich jak źródła dostaw, doświadczenie, uzyskiwane upusty i rabaty, podwykonawcy, posiadany sprzęt i know-how itd. Przystępujący wskazał, że stanowi konsorcjum dwóch dużych spółek, z potężnych grup kapitałowych, o wieloletnim doświadczeniu w branży, cieszących się renomą wśród dostawców i podwykonawców, co pozwala mu na obniżenie kosztów w sposób niedostępny dla innych podmiotów na tym rynku, o czym wie Zamawiający.

Przystępujący podkreślił, że również w formularzu cenowym Odwołującego znalazły się pozycje, które ten wycenił znacznie poniżej szacunków Zamawiającego i wskazał te pozycje w tabeli. W kilkunastu pozycjach Odwołujący dokonał wyceny na zdecydowanie zaniżonym, wobec szacunków Zamawiającego, poziomie. W niektórych przypadkach te zaniżenia wynoszą ponad 120.000,00 zł.

Zdaniem Przystępującego, przyjmując przedstawianą przez Odwołującego logikę winno to skutkować odrzuceniem jego oferty ze względu na rażąco niską cenę. Tymczasem Zamawiający w prawidłowy sposób dokonał badania ofert, mając świadomość różnego podejścia do wyceny poszczególnych pozycji, różnych możliwości wykonawców, możliwego przeszacowania swojej wyceny, a przede wszystkim tego, że pozycje, w których jednostkowe ceny Przystępującego są niższe od jego szacunków nie są istotnymi częściami składowymi ceny.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że kwestionowane pozycje są istotną częścią składową pod względem kosztowym czy zakresu merytorycznego zamówienia, co jest koniecznym warunkiem do rozpoczęcia procedury wyjaśniającej przy braku kwestionowania całościowej ceny oferty.

Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania dlaczego akurat pozycje, które wskazał w formularzu cenowym Przystępującego oraz pozostałych dwóch oferentów miałyby być istotne ze względu na zakres, który obejmują, a te, w którym jego cena wobec szacunków Zamawiającego jest mocno zaniżona już tak istotna nie jest.

Przystępujący wskazał na szereg błędów w założeniach i obliczeniach Odwołującego, którymi posłużył się w tabeli mającej wykazać rzekomo rażąco niską cenę Przystępującego. Podkreślił niekonsekwencję w kalkulacji stawek przez Odwołującego. Przykładowo w pozycjach dotyczących wymian odwodnień liniowych dla pierwszego metra wymiany (pozycje 50, 50.2, 50.4, 51, 52, 52.2, 52.4) Odwołujący kalkuluje koszt brygad trzyosobowych z uwagi na masę elementów oraz konieczność zachowania zasad bezpieczeństwa mając na względzie prace w terenie o dużym nasileniu ruchu. Natomiast te same prace wymian odwodnień liniowych dla kolejnych metrów wymiany (pozycje 50.1, 50.3, 50.5, 51.1, 52.1, 52.3, 52.5) zawierają kalkulacje już tylko dla 2 pracowników, pomimo tej samej masy elementów oraz pracy w tych samych warunkach terenowych.

Błędy pojawiają się także w założeniach. Przykładowo w pozycji 166 Odwołujący przyjmuje konieczność dwuosobowego zespołu ze względu na masę elementu. Tymczasem masa typowego czyszczaka określonego dla tej pozycji wynosi nieco ponad 6 kg. Jest to masa, z której udźwigniem poradzi sobie pojedynczy człowiek.

W przypadku kilku pozycji Odwołujący zdecydowanie zawyża ceny niektórych kosztów. W przypadku wyceny utylizacji odpadów przedstawił jedną, bardzo drogą ofertę, tymczasem już same przeglądnięcie cenników punktów utylizacji w okolicach Gdańska pokazuje, że może to wynosić o kilkadziesiąt procent mniej (nie mówiąc o ofertach, które mogą otrzymać profesjonalne podmioty). Koszt ten stanowi główny element kosztowy dla 10 pozycji z listy. Z łatwością można również uzyskać dużo niższe koszty zaprawy wodoszczelnej.

Wyraźnie więc widać, że kalkulacje Odwołującego są błędne i oparte na mylnych założeniach.

Przystępujący wskazał, że przez ponad 8 ostatnich lat realizacja zadań będących przedmiotem niniejszego zamówienia należała do Odwołującego. Był on quasi-monopolistą, a Zamawiający znał i płacił od lat tylko ceny kalkulowane przez Odwołującego. Z pewnością na tych cenach bazował Zamawiający szacując wartość niniejszego zamówienia.

Przystępujący wskazał na fakt, że Zamawiający przeprowadza po raz drugi w ostatnim czasie postępowanie (pierwsze zostało unieważnione). W pierwszym, gdzie termin składania ofert mijał 14.07.2023 r., a zakres zamówienia był ten sam, Odwołujący złożył ofertę opiewającą na 35 mln zł. Oczywistym są pewne różnice w kalkulacji przy drugim podejściu ze względu na zmianę cen, wynagrodzeń, wiedzę na temat cen zaoferowanych przez konkurencję. Druga oferta Odwołującego, złożona w niniejszym postępowaniu, była jednak o ponad 30% niższa.

Oczywistym jest, że widząc obniżenie ceny przez Odwołującego między tymi dwoma postępowaniami, Zamawiający musiał wiedzieć, że jego szacunki opierały na zawyżonych cenach, cenach z wysoką marżą. W takim stanie rzeczy musiał podjąć do swoich wycen z większą rezerwą i mając świadomość możliwości ich przeszacowania. Również z tego względu ceny jednostkowe odbiegające od szacunków Zamawiającego nie stanowiły przesłanek wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyższego Przystępujący potwierdził, że jest w stanie zrealizować każdą pozycję za zaoferowaną cenę.

III. [zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp]

Niezasadny jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na przeniesieniu kosztów wykonania usług rozliczanych kosztorysowo do kosztów wykonywania usług wchodzących w zakres rozliczany ryczałtowo. Wszystkie koszty dla poszczególnych pozycji zostały wyliczone przez Przystępującego i przypisane do nich, a w każdym przypadku zaoferowana cena jest wyższa niż wszystkie koszty niezbędne do realizacji danej pozycji. Skoro więc koszty każdej z pozycji wynagradzanych kosztorysowo jest „pokryta” wskazaną tam przez Przystępującego ceną to nie może być mowy o jakimkolwiek

przerzucaniu kosztów. Brak przerzucania kosztów powoduje, że nie mamy do czynienia z zarzutem czynu nieuczciwej konkurencji.

Obie części –rozliczana wynagrodzeniem kosztorysowym, jak i ryczałtowym, różnią się swoim zakresem. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje eksploatacja i konserwację sieci, przyłączy i instalacji, urządzeń oraz obiektów wraz z usługami pogotowia awaryjnego, z kolei kosztorysowe – odbiór ścieków ze statków, wywóz ścieków z osadników bezodpływowych oraz wykonywanie robót interwencyjno-naprawczych. Każda z części zamówienia ma charakterystyczne dla siebie czynności, a co za tym idzie koszty i niemożliwym jest ich przerzucenie do drugiej.

Ewidentnie Zamawiający lepiej (prawie dwukrotnie) punktuje w niniejszym postępowaniu cenę zaoferowaną za część rozliczaną wynagrodzeniem ryczałtowym. Przy takiej samej cenie ogólnej zamówienie uzyskałby wykonawca z niższą ceną ryczałtową. Przy takich samych cenach za części kosztorysowe i ryczałtowe przerzucenie złotych wiążałoby się z utratą zamówienia.

Absurdalnym więc jest uznawanie, że wykonawcy ryzykowaliby niepozyskanie zamówienia przez przerzucenie znikomej części kosztów z części rozliczanej kosztorysowo do części ryczałtowej. Odwołujący w przypadku oferty Przystępującego kwestionuje ledwie kilkadziesiąt pozycji, których wartość stanowi 3,1 % wartości całej oferty.

Brak manipulacji cenowej potwierdzają pośrednio także ceny ofert wykonawców z pierwszego, unieważnionego postępowania. Trzej wykonawcy złożyli w niniejszym postępowaniu oferty zbliżone do ofert, które złożyli w poprzednim postępowaniu – zarówno pod względem całościowej ceny, jak i wyceny obu części zamówienia. Kilkuprocentowe różnice są naturalne i z pewnością nie wynikają z manipulacji cenowej, skoro wykonawcy ci wycenili zamówienie podobnie jak w postępowaniu, gdy było tylko jedno kryterium oceny ofert – całościowa cena. Najbardziej jaskrawo widać to na przykładzie wykonawcy Saur, którego oferta została oceniona gorzej niż oferta Odwołującego, a który przy zachowaniu ceny ryczałtowej na praktycznie identycznym poziomie co przy pierwszym postępowaniu, zwiększył cenę kosztorysową, chociaż rzekomo jego czyn nieuczciwej konkurencji miał polegać na przerzuceniu kosztów z tej właśnie części do części ryczałtowej.

Z kolei największe różnice w ofertach w obu postępowaniach widać u Odwołującego, który obniżył całościową cenę oferty o 30%, a co istotne - cena ryczałtowa w pierwszym postępowaniu (gdzie jedynym kryterium była cena ogólna) była najwyższa spośród wszystkich ofert, natomiast w obecnym (gdzie jest punktowana blisko 2 razy lepiej niż kosztorysowa) – najniższa.

Jak więc widać największe zmiany zaszły w kalkulacji i cenie oferty Odwołującego, co przy zmianie sposobu punktowania ofert mogło wzbudzać podejrzenia manipulacji cenowej. Natomiast w przypadku oferty Przystępującego i dwóch pozostałych wykonawców doszło do drobnych zmian, ale są one na marginalnym poziomie i nie zaburzają ogólnych proporcji wycen wykonawców, bez względu na to jakie są kryteria oceny ofert.

IV.[zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp – zarzut ewentualny]

Brak było podstaw do wzywania Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz nie doszło do przerzucania kosztów między dwiema częściami zamówienia. Brak jest więc jakichkolwiek podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnień oferty pod kątem manipulacji cenowej w jego ofercie.

Przystępujący wyjaśnił, że Zamawiający skierował wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do Przystępującego, by ten potwierdził, że w ramach poszczególnych pozycji formularza cenowego dotyczącego prac rozliczanych kosztorysowo (w tym także tych skarżonych przez Odwołującego) nie zapomniał o żadnych istotnych kosztach. Przystępujący pismem z dnia 21.03.2024 r., potwierdził ujęcie wszystkich kosztów w poszczególnych pozycjach. Odwołujący przerzucenie kosztów przez Przystępującego opiera jedynie na swoich gołosłownych twierdzeniach.

V.[zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z §6 ust. 1 Rozporządzenia]

Rację ma Odwołujący wskazując, że zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, podmiotowe środki dowodowe takie jak zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w opłaceniu podatków i opłat, zostały wydane przez podmioty inne niż wykonawca jako dokument elektroniczny, to w postępowaniu przekazuje się ten dokument.

Natomiast zaświadczenie przedłożone przez Przystępującego nie zostało wydane mu jako dokument elektroniczny, ale w postaci papierowej. Tym samym, przepisem regulującym sposób złożenia tego podmiotowego środka dowodowego określa §6 ust. 2 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku, gdy m.in. podmiotowe środki dowodowe zostały wydane jako dokument w formie papierowej to w przypadku zamówień o wartości wyżej lub równej progom unijnym - *przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym*. W §6 ust. 5 Rww. rozporządzenia wskazano jeszcze jak należy rozumieć pojęcie cyfrowego odwzorowania - *należy rozumieć dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiający zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do*

oryginału.

W konsekwencji Przystępujący, przekazując Zamawiającemu elektroniczną kopię wydanego mu w postaci papierowej zaświadczenia i opatrząc go kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi, zgodnie z zasadami reprezentacji, postąpił zgodnie z przepisami, a zarzut jest bezpodstawny.

Zamawiający, pismem z dnia 9 maja 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zarzuty 1-6 odwołania

Zamawiający zwrócił uwagę na treść art. 244 ust. 1 Pzp i wyjaśnił, że dokonał szczegółowej analizy otrzymanych ofert i ich wyjaśnień oraz w konsekwencji podjętych działań doszedł do wniosku, że żadna ze złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera ceny lub kosztu lub istotnych części składowych tej ceny lub kosztu, które byłyby rażąco niskie. Zamawiający podkreślił, że łącznie w formularzu cenowym znajduje się 230 pozycji rozliczanych kosztorysowo. W takim wypadku:

1. 46 pozycji z oferty Konsorcjum Ecol-Unicon stanowi łącznie zaledwie:
 - 20 % całego wynagrodzenia kosztorysowego (ilościowo),
 - 14 % całego wynagrodzenia kosztorysowego (kwotowo),
 - 4 % całego wynagrodzenia ryczałtowego (kwotowo),
 - 3,1 % całego wynagrodzenia całkowitego,
2. 23 pozycje z oferty Konsorcjum SAUR stanowi łącznie zaledwie:
 - 10 % całego wynagrodzenia kosztorysowego (ilościowo),
 - 8 % całego wynagrodzenia kosztorysowego (kwotowo),
 - 4,9% całego wynagrodzenia ryczałtowego (kwotowo),
 - 3,1% całego wynagrodzenia całkowitego,
3. 19 pozycji z oferty Veolia stanowi łącznie zaledwie:
 - 8,3% całego wynagrodzenia kosztorysowego (ilościowo),
 - 8,9% całego wynagrodzenia kosztorysowego (kwotowo),
 - 4,8 % całego wynagrodzenia ryczałtowego (kwotowo),
 - 3,1% całego wynagrodzenia całkowitego.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący pominął fakt, że również jego oferta zawiera pozycje, które zawierają ceny o wiele niższe niż ceny wskazane przez innych wykonawców lub niższe w stosunku do szacunku Zamawiającego:

W ocenie Zamawiającego, jako gospodarza postępowania i podmiotu doświadczonego w udzielaniu tego typu zamówień, wszystkie wskazane przez Odwołującego pozycje w ogóle nie stanowią merytorycznie istotnych elementów ceny lub kosztu wykonania przedmiotowego zamówienia, bo są to czynności marginalne i incydentalne, mające charakter sporadyczny i poboczny względem głównego zakresu, przede wszystkim rozliczanego ryczałtowo, ale również względem tych pozycji rozliczanych kosztorysowo, które stanowią istotny element z uwagi na ich ważność oraz częstotliwość występowania.

Zamawiający wskazał, że istotne znaczenie merytoryczne dla przedmiotu zamówienia z zakresu rozliczanego kosztorysowo posiadają pozycje od 1 do 2.3 , od 16-27, od 54 do 60.1 oraz od 75 do 76.1, albowiem czynności opisane w tych pozycjach formularza cenowego mają kluczowe znaczenie dla możliwości i prawidłowości wykonywania zamówienia publicznego, którego głównym i podstawowym przedmiotem jest zapewnienie ciągłości dostaw wody oraz odbioru ścieków.

Zamawiający wyjaśnił, że nie znajduje jakichkolwiek podstaw, a Odwołujący także ich nie przedstawił, które budziłyby jakiegokolwiek wątpliwości w cenach zaproponowanych przez wybranego wykonawcę w tych pozycjach.

Zamawiający przywołał stanowisko ugruntowane w orzecznictwie KIO, wskazując wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie KIO 1458/22, wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 820/21, wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3540/23, w wyrok KIO z dnia 15 lutego 2023 r. w sprawie KIO 237/23, wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1543/22.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w żadnym zakresie nawet nie próbuje wykazać, jakoby wskazane pozycje były pozycjami istotnymi merytorycznie lub kosztowo, w świetle przedmiotu i wynagrodzenia za całość zamówienia, które miałyby istotnie wpływać na koszt lub możliwość realizacji umowy. Odwołujący w tym zakresie ograniczył swoje zarzuty tylko do gołosłownych twierdzeń niepopartych żadnymi dowodami, jakoby danej czynności z konkretnej pozycji nie dało się wykonać za tam wskazaną kwotę.

Odwołujący nawet nie podnosi kwestii „istotności” kwestionowanych części składowych, a ogranicza się do wskazania kilku pozycji kosztorysu z ofert konkurujących wykonawców, których nie sposób potraktować jako istotne części składowe.

Z kolei, brak istotności danej pozycji, już na wstępie świadczy o niezasadności zarzutu rzekomego naruszenia art.

224 ust. 1 Pzp. Brak podjęcia przez Odwołującego jakiegokolwiek inicjatywy w tym zakresie skutkuje koniecznością stwierdzenia, że Odwołujący nie objął odwołaniem tej immanentnej dla sformułowanego przez siebie zarzutu części. W takim wypadku argumentacja Odwołującego zmierza do kolejnego nieuprawnionego zabiegu, którego celem jest wskazanie, jakoby niektóre zaniżone ceny podane w wybranych przez Odwołującego pozycjach formularza cenowego konkurencyjnych ofert są istotne w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp i stanowią o rażąco niskiej cenie tych ofert, a jednocześnie inne, także zaniżone pozycje formularza cenowego Odwołującego nie świadczą o ich istotności i o rażąco niskiej cenie oferty Odwołującego.

Zamawiający wskazał, że niektóre pozycje formularzy cenowych ofert konkurencyjnych względem oferty Odwołującego posiadają wyższe kwoty.

Zamawiający podniósł, że wielokrotnie spotykał się z analogicznymi zarzutami wykonawców w innych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, które przed KIO ostatecznie się nie ostawały (wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2023 r. w sprawie KIO 3546/23).

Zamawiający podniósł, że Odwołujący pomija fakt, że inni wykonawcy mogą przecież posiadać niektóre materiały na stanie albo inne zniżki lub upusty – różne od Odwołującego – wynikające przykładowo choćby z odrębnej od Odwołującego skali, obszaru lub doświadczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej w tym zakresie. Powyższe nie może stanowić usprawiedliwienia zarzutów stawianych przez Odwołującego i tym samym nie może obciążać Zamawiającego.

Zdaniem Zamawiającego, powyższe dodatkowo potwierdza także sama konstrukcja wynagrodzenia za wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego, gdzie Zamawiający wprost w postanowieniach Specyfikacji Warunków Zamówienia wskazał sposób oceny ofert z podaniem kryteriów i ich wag, a którego to kryteria dotyczyły oferowanego przez wykonawców wynagrodzenia, co więcej – w sposób jednoznaczny wskazywały, że o wiele bardziej istotny charakter ma zakres zamówienia rozliczany wynagrodzeniem ryczałtowym. Zgodnie z pkt 22 SWZ: „*OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT*”, wskazane przez Odwołującego pozycje rozliczne kosztorysowo, biorąc pod uwagę charakter planowanej inwestycji oraz udział ilościowy i wartościowy w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, nie stanowią elementów istotnych merytorycznie i istotnych składników ceny za realizację zamówienia, a Odwołujący w ogóle - poza jednym zdaniem - nie podjął tego zagadnienia w odwołaniu i nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, wynagrodzenie kosztorysowe posiada kryterium 35% wagi oceny oferty, a ryczałtowe 65% wagi oceny oferty, to nie doszło do spełnienia przesłanek z art. 244 ust. 1 Pzp i w konsekwencji nie było konieczności wzywania wykonawców przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub wyjaśnień oferty (w zakresie potencjalnego czynu nieuczciwej konkurencji) i ostatecznie nie sposób stwierdzić, co w sposób nieuprawniony czyni Odwołujący, jakoby oferty wykonawców zostały złożone w czynie nieuczciwej konkurencji polegającym na rzekomej inżynierii cenowej.

W świetle powyższego, zarzuty nr 1-6 odwołania należy uznać za całkowicie bezzasadne.

Odnosnie zarzutu nr 6, Zamawiający wskazał, że biorąc pod uwagę argumentację podaną w pkt I odpowiedzi na odwołanie, z uwagi na to, że w analizowanej sprawie w ogóle nie ziściły się przesłanki z art. 224 ust. 1 Pzp,

Zamawiający nie wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub koszty, lub ich istotnych części składowych. Z tego samego powodu Zamawiający nie wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień ofert wykonawców w zakresie potencjalnego czynu nieuczciwej konkurencji, co Odwołujący podnosi w alternatywnym zarzucie nr 6 odwołania z dnia 22 kwietnia 2024 r.

Zamawiający jednak, celem rzetelnej analizy i równego traktowania wszystkich wykonawców, w tym także Odwołującego, pismami z dnia 19 marca 2024 r. wezwał wszystkich wykonawców do potwierdzenia zgodności ich ofert z wymaganiami dokumentacji przetargowej, w tym także do potwierdzenia, że zaoferowane w danych pozycjach formularza cenowego kwoty uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania czynności opisanych w tych pozycjach. Co istotne, pozycje te pokrywają się z pozycjami wskazanymi przez Odwołującego.

W odpowiedzi, Odwołujący pismem z dnia 22 marca 2024 r., Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR - pismem z dnia 21 marca 2024 r., wykonawca Veolia - pismem z dnia 22 marca 2024 r., potwierdzili, że wskazane przez nich w określonych pozycjach formularza cenowego kwoty obejmują wszystkie materiały i koszty niezbędne do prawidłowego wykonania czynności opisanych w tych pozycjach. Żaden z wykonawców nie stwierdził w w/w odpowiedzi ani w żadnym innym dokumencie złożonym w trakcie postępowania przetargowego, jakoby przeniósł część wynagrodzenia z zakresu rozliczanego kosztorysowo do zakresu rozliczanego ryczałtowo. W żadnym dokumencie złożonym w ramach przedmiotowego postępowania nie widnieje także żadna informacja, która uprawniałaby choćby do takiego przypuszczenia, a Odwołujący – poza gołosłownymi twierdzeniami – nie przedstawia żadnych dowodów na poparcie swoich przeciwnych zarzutów postawionych w odwołaniu z dnia 22 kwietnia 2024 r.

Nie sposób Zamawiającemu zarzucić braku docieklivosti, należytego i skrupulatnego zbadania ofert oraz naruszenia przepisów Pzp w postaci niezyskania stosownych wyjaśnień, a wykonawcom nie sposób zarzucać

składania ofert w ramach czynu nieuczciwej konkurencji.

Podsumowując, należy stwierdzić, niezależnie od aktualności argumentacji z pkt I powyżej, że zarzut nr 6 odwołania z dnia 22 kwietnia 2024 r. również i z powyższych względów jest bezzasadny.

Zarzut nr 7

W ocenie Zamawiającego, zarzut ten jest chybiony. Zamawiający przywołał § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie oraz treść art. 144b Ordynacji podatkowej.

Zamawiający podniósł, że analizowany dokument stanowiący podmiotowy środek dowodowy Ecol Unicon Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku został wystawiony przez upoważniony podmiot w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a wydruk pisma odzwierciedlający jego treść został doręczony wykonawcy. Wykonawca przekazał Zamawiającemu cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu, zawierające poświadczenie przez wykonawcę przy użyciu podpisu kwalifikowanego, zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem papierowym. Przesądzą o tym przede wszystkim takie elementy jak opatrzenie zaświadczenia oznaczeniem „TAJEMNICA SKARBOWA”, wniesienie opłaty skarbowej w wysokości 21 zł oraz dokonanie weryfikacji podpisu kwalifikowanego 54 sekundy po jego złożeniu.

W takim wypadku należy stwierdzić, że „Ecol-Unicon” sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przedłożył podmiotowy środek dowodowy w prawidłowy sposób, w terminie i w prawidłowej formie, co czyni zarzut bezpodstawnym.

Odwolujący złożył na posiedzeniu oświadczenie, że cofa zarzut nr 7 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum Ecol-Unicon do poprawienia podmiotowego środka dowodowego - zaświadczenia Naczelnika Pomorskiego Urzędu Skarbowego w Gdańsku z dnia 25 marca 2024 r. dla Lidera Konsorcjum - ECOL-UNICON Sp. z o.o., podczas gdy zostało złożone Zamawiającemu zaświadczenie w nieprawidłowej formie, tj. jako kopia zaświadczenia, a nie oryginał, mimo iż zostało wystawione przez upoważniony podmiot jako dokument elektroniczny.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, a w przypadku potwierdzenia się, że dotychczasowe działania i zaniechania Zamawiającego naruszają rzepisy ustawy Pzp, może on ponieść szkodę w swoim majątku z tytułu nieuzyskania zamówienia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach Konsorcjum: SAUR Horyzont S.A., Gestion y Tecnicas del Agua S.A. (Gestagua) z siedzibą lidera w Warszawie nie wykazali interesu, o którym mowa w art. 525 ust. 1 Pzp, tj. interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego. Wykonawcy zgłosili przystąpienie po stronie Odwołującego, wskazując, że Odwołujący wniósł odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zarzucając liczne naruszenia ustawy Pzp, żądania Odwołującego i zarzuty wobec czynności i zaniechań Zamawiającego (z wyłączeniem tych dotyczących Przystępującego) są zasadne i mogą skutkować unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty lub ogłoszeniem nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto, Przystępujący upatruje swój interes w przystąpieniu po stronie Odwołującego w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. W ocenie Izby, Konsorcjum SAUR, zgłaszając przystąpienie po stronie Odwołującego, prezentuje stanowisko w części sprzeczne ze stanowiskiem Odwołującego, tj. w zakresie zarzutów odwołania dotyczących jego oferty, co jest niezgodne z art. 525 ust. 4 Pzp. Ponadto, zważywszy, że Konsorcjum SAUR nie występuje w obronie własnej oferty, zgłaszając przystąpienie wykonawcy nie wykazali, że w przypadku odrzucenia ich oferty mogą oni uzyskać jakiegokolwiek korzyści z punktu widzenia własnego interesu, w wyniku unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie jako Konsorcjum: „Ecol-Unicon” sp. z o.o., Terlan sp. z o.o. z siedzibą lidera w Gdańsku, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i

zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Ecol-Unicon. W świetle art. 525 ust. 1-3 Pzp Konsorcjum Ecol-Unicon uzyskało status uczestnika postępowania odwoławczego.

Nie podlegał rozpoznaniu na rozprawie zarzut nr 7 odwołania wycofany przez Odwołującego przed otwarciem rozprawy, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie.

Izba dopuściła i dokonała oceny dowodów przedłożonych przez Odwołującego w załączeniu do odwołania oraz złożonych do akt sprawy w toku rozprawy:

- oferty hurtowni, dostawców produktów i materiałów koniecznych do realizacji zamówienia, na okoliczność wyceny kosztów poszczególnych pozycji,
- zestawienie własne odwołującego w zakresie stawek godzinowych za wynajem pojazdów na okoliczność kosztów wynajmu pojazdów,
- zestawienie własne przygotowane przez odwołującego odnośnie transportu odpadów do instalacji na okoliczność wykazania kosztów ponoszonych na transport odpadów do określonych instalacji w dalszej odległości od portu,
- oświadczenie pana Marcina Lis na okoliczność proponowania przez firmę Ecol-Unicol możliwości zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w kwocie powyżej określonej płacy minimalnej,
- wyliczenia własne odnośnie płacy minimalnej w 2024 r. oraz na podstawie umowy zlecenia,
- wydruki ze stron internetowych ogłoszeń ze strony wykonawców w tym Przystępującego Ecol-Unicol, poszukujących pracowników fizycznych z propozycją zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę.

Izba dopuściła i dokonała oceny dowodów złożonych przez Konsorcjum Ecol-Unicon, które wykonawca złożył do akt sprawy, które jednocześnie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa - plik dokumentów zawierający 18 dowodów, zestawienie dowodów oraz analizę zawierającą kalkulację poszczególnych pozycji.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych w ofertach złożonych przez:

1. Konsorcjum Ecol w zakresie następujących pozycji kosztorysowych: 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 46, 50, 50.1., 50.2., 50.3., 50.4., 50.5., 51, 51.1., 52, 52.1., 52.2., 52.3., 52.4., 52.5., 53, 53.1., 54, 55, 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 139, 142, 144, 145, 147, 148, 166.
2. Konsorcjum SAUR w zakresie następujących pozycji kosztorysowych: 5, 6, 13, 46, 51.1., 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 114, 138, 139, 141, 142, 144, 145, 147, 148, 166.
3. Wykonawcy Veolia Industry Polska Sp. z o.o., w zakresie następujących pozycji kosztorysowych: 50, 50.1., 50.2., 50.3., 50.4., 50.5., 51, 51.1., 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 91, 166.

W wyniku rozpoznania zarzutu Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Pojęcie „ceny” zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 1 Pzp, poprzez odesłanie do art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług z zastrzeżeniem, że jest to również cena płacona na rzecz osoby niebędącej przedsiębiorcą. Z kolei, o koszcie jest mowa w art. 245 Pzp, który wskazuje, że kryterium kosztu może być oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia. Z wykładni językowej pojęcia „rażący” wynika, że w przepisie jest mowa o zaniżeniu ceny lub kosztu, które jest oczywiste, wyraźne, bezsporne, niewątpliwe, a tym samym „rzucające się w oczy”. W świetle orzecznictwa, rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealna, odbiegająca od cen rynkowych, skalkulowana poniżej kosztów świadczenia.

W świetle art. 224 ust. 1 Pzp, wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. Pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu” w świetle orzecznictwa należy rozumieć jako taką część ceny lub kosztu, która w znacznym stopniu i bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy przy realizacji danego zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, na zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie, w przypadku spełnienia warunków do rozpoczęcia procedury badania ceny oferty.

Do uruchomienia trybu wyjaśnień dotyczących ceny na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp wystarczające jest samo podejrzenie rażącego zaniżenia ceny lub kosztu, którego konsekwencją może być zagrożenie prawidłowego wykonania zamówienia.

Nie budzi wątpliwości i nie był sporny w tej sprawie fakt, że w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z postanowieniami SWZ, w ramach części objętej rozliczeniem kosztorysowym wykonawcy mieli obowiązek skalkulowania cen jednostkowych z uwzględnieniem wszystkich kosztów związanych z realizacją danych prac.

Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciąża, na zasadach ogólnych, Odwołującego. Tymczasem, Odwołujący nie wykazał, dlaczego różnice w cenach jednostkowych wskazanych w części II formularza cenowego zaoferowane przez Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR i wykonawcę Veolia w stosunku do cen jednostkowych wskazanych w ofercie Odwołującego, a także zestawiając te ceny z szacunkową wartością zamówienia Zamawiającego, powinny wywołać podejrzenie i uzasadnione wątpliwości Zamawiającego dotyczące możliwości wykonania zamówienia za ceny zaoferowane przez Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR oraz wykonawcę Veolia w ramach wynagrodzenia kosztorysowego – w części II formularza cenowego w zakresie wskazanych w odwołaniu pozycji.

Z dokumentacji postępowania wynika, że oferta Odwołującego zawiera w podobny sposób wiele pozycji wycenionych przez Odwołującego znacznie poniżej cen jednostkowych wskazanych w pozostałych ofertach, jak i w ramach szacunków Zamawiającego, co podnosił Przystępujący i Zamawiający. Podkreślić należy przy tym, że Odwołujący w ogóle nie odniósł się do przedstawionej w tym zakresie argumentacji przeciwników procesowych.

Wbrew podnoszonym twierdzeniom, Odwołujący nie wykazał także, że Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR oraz wykonawca Veolia w złożonych ofertach zaoferowali wykonanie poszczególnych czynności zawartych w części II formularza cenowego za ceny jednostkowe, które nie pokrywają kosztów ich wykonania przez ww. wykonawców. Argumentacja przedstawiona w tym zakresie przez Odwołującego wobec oferty Konsorcjum Ecol-Unicon została skutecznie podważona przez Konsorcjum Ecol-Unicon, poprzez przedłożenie do akt sprawy przez ww. wykonawcę dowodów, które potwierdzają właściwą kalkulację poszczególnych elementów oferty, podlegających rozliczeniu kosztorysowemu. Dowody powyższe zawierają treści zastrzeżone przez ww. wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wobec czego Izba ograniczyła dostęp Odwołującemu do tych dokumentów. Oceniając natomiast materiał dowodowy zgromadzony w tej sprawie, w tym oferty i informacje przedłożone przez Odwołującego w załączeniu do odwołania, jak i przedłożone na rozprawie, Izba uznała, że ogólne informacje i oferty pozyskane przez Odwołującego i przedstawione jako „rynkowe” nie potwierdzają istotnego zaniżenia cen jednostkowych wybranych pozycji w przypadku, gdy dany wykonawca przedstawił szczegółową kalkulację popartą dowodami uzasadniającymi zaoferowane w postępowaniu ceny. Sam fakt wystąpienia różnic wynikających z porównania cen jednostkowych w części II formularza cenowego wskazanych przez Odwołującego w ramach podnoszonych zarzutów z cenami zaoferowanymi przez Odwołującego i z szacunkową wartością zamówienia w danym zakresie powiększoną o podatek VAT, nie dowodzi rażącego zaniżenia przez trzech wykonawców cen jednostkowych we wskazanych pozycjach. Podobnie, sam fakt, że wszyscy trzej wykonawcy zaoferowali wynagrodzenie za czynności wykonywane w ramach ryczałtu na poziomie znacznie wyższym od szacunkowej wartości zamówienia oraz oferty Odwołującego nie stanowi samo w sobie o nieprawidłowości kalkulacji cen jednostkowych w ofertach złożonych przez ww. wykonawców w części kosztorysowej.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że niemająca uzasadnienia kalkulacja ceny jednostkowej danej pozycji przekłada się na całą cenę oferty, ponieważ wynikiem zaniżonych cen jednostkowych zawartych w części II formularza cenowego, jest rażąco niska cena całej oferty. Odwołujący nie wykazał jednak tej okoliczności w żaden sposób: ani sumarycznie, ani dla poszczególnych pozycji jednostkowo. Odwołujący nie wykazał w szczególności, że poszczególne kwestionowane w odwołaniu pozycje formularza cenowego w części kosztorysowej stanowią istotne elementy oferty z punktu widzenia kosztów koniecznych do poniesienia na realizację przedmiotu zamówienia w rozumieniu art.224 ust.1 Pzp. Podkreślić należy, że nie chodzi tu o samo znaczenie techniczne danej czynności, bo oczywistym jest, że każda czynność wymagana przez Zamawiającego ma określone znaczenie dla realizacji zamówienia, ale o takie elementy, które mają istotny wpływ na koszty całego zamówienia i w konsekwencji - osiągnięcie celu w postaci realizacji przedmiotu zamówienia. Z przepisów ustawy Pzp wynika jednoznacznie uprawnienie i zarazem obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny m.in. w przypadku, gdy istotne części składowe ceny lub kosztu wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W przypadku zarzucanego wykonawcy rażącego zaniżenia niektórych części składowych ceny konieczne było wykazanie, że dokonana w ten sposób kalkulacja ceny skutkuje rażącym zaniżeniem ceny całkowitej oferty, co nie gwarantuje należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem wykazanie takich okoliczności jak np. istotny udział wartościowy lub merytoryczny odpowiadających danym cenom poszczególnych elementów w całym przedmiocie zamówienia, który mógłby zaważyć na realizacji zamówienia, jako całości. W świetle art. 224 ust. 1 Pzp, dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to wyłącznie elementów istotnych.

Twierdzenia Odwołującego, że danej czynności z konkretnej pozycji nie da się wykonać za wskazaną kwotę okazały się bezpodstawne w świetle dowodów przedłożonych przez Konsorcjum Ecol-Unicon, przy czym zauważyć też należy, że sam Odwołujący przyznał w swoim stanowisku w odwołaniu, że przedstawił ogólne założenia dla wyliczeń kosztów realizacji poszczególnych pozycji kosztorysowych w zakresie kosztów pracowników oraz kosztów transportu. Odwołujący bazował przy tym na własnych kalkulacjach cen, nie uwzględniając żadnych okoliczności o charakterze indywidualnym w odniesieniu do poszczególnych ofert wykonawców konkurencyjnych.

W ocenie Izby, Odwołujący w żadnym zakresie nie wykazał, jakoby kwestionowane pozycje były pozycjami istotnymi merytorycznie lub kosztowo, które miałyby w sposób znaczący wpływać na koszty całkowite lub możliwość realizacji umowy. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał szczegółowej analizy otrzymanych ofert, i w konsekwencji przyjął, że żadna ze złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera ceny lub kosztu lub istotnych części składowych ceny lub kosztu, które byłyby rażąco niskie. Zamawiający wykazał, że pozycje kwestionowane przez Odwołującego stanowią zarówno ilościowo, jak i kosztowo niewielki zakres zamówienia w odniesieniu do kwestionowanych trzech ofert. Ocena Zamawiającego, że wskazane w odwołaniu pozycje w ogóle nie stanowią merytorycznie istotnych elementów ceny lub kosztu wykonania przedmiotowego zamówienia jest, w ocenie Izby, uzasadniona. Zamawiający wskazał konkretne pozycje mające istotne znaczenie merytoryczne dla przedmiotu zamówienia z zakresu rozliczanego kosztorysowo, tj. pozycje od 1 do 2.3, od 16-27, od 54 do 60.1 oraz od 75 do 76.1, i wyjaśnił, że czynności opisane w tych pozycjach formularza cenowego mają kluczowe znaczenie dla możliwości i prawidłowości wykonywania zamówienia publicznego, którego głównym i podstawowym przedmiotem jest zapewnienie ciągłości dostaw wody oraz odbioru ścieków. Z tego punktu widzenia istotny jest także fakt, że Zamawiający w postanowieniach Specyfikacji Warunków Zamówienia wskazał sposób oceny ofert z określeniem kryteriów i ich wag, który potwierdza, że dla całości zamówienia o wiele bardziej istotny charakter ma zakres zamówienia rozliczany wynagrodzeniem ryczałtowym. Jak wynika z opisu kryteriów oceny ofert, wynagrodzenie kosztorysowe posiada kryterium 35% wagi oceny oferty, a ryczałtowe 65% wagi oceny oferty,

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie przedstawił okoliczności, które w ramach dokonanych czynności badania ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu stanowiłyby podstawę do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji cen zaoferowanych przez wykonawców we wskazanych pozycjach. Za błędne należy uznać przy tym założenie, że niektóre niższe ceny podane w wybranych pozycjach formularza cenowego konkurencyjnych ofert są istotne, w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp i stanowią o rażąco niskiej cenie tych ofert, a jednocześnie zaniżone pozycje formularza cenowego Odwołującego nie są istotne i nie świadczą o rażąco niskiej cenie oferty Odwołującego. Należy przy tym również wziąć pod uwagę, że niektóre pozycje formularzy cenowych konkurencyjnych ofert względem oferty Odwołującego zawierają wyższe ceny niż oferta Odwołującego.

Skoro zatem, wskazane przez Odwołującego pozycje rozliczane kosztorysowo, biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia oraz udział ilościowy i wartościowy w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, nie stanowią elementów istotnych merytorycznie i istotnych składników ceny za realizację zamówienia, a Odwołujący skutecznie nie wykazał w odwołaniu i nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, to nie można uznać, że wystąpiły przesłanki określone w art. 224 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie był zobowiązany do wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zatem nie ma podstaw do stwierdzenia zaniechania przez Zamawiającego tej czynności, skutkującego naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR i wykonawcy Veolia, jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez zaniżenie wskazanych w odwołaniu pozycji kosztorysowych.

W danym stanie faktycznym zarzut powyższy jest całkowicie niezasadny.

Rażąco niska cena została zdefiniowana w orzecznictwie zarówno KIO, jak i sądów okręgowych. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny lub kosztu musi zostać poprzedzone przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego opisanego w art. 224 Pzp. Przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny, przy czym istotny wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska może mieć zaniżenie ceny lub kosztu części oferty.

W ocenie Izby, nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że Zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę, bez umożliwienia danemu wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących uzasadnienia wysokości zaoferowanej ceny.

W powyższym zakresie orzecznictwo jest jednoznaczne i wskazuje, że jeżeli wykonawca nie został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień, to zamawiający nie może odrzucić jego oferty, jako zawierającej rażąco

niską cenę.

Zatem, skoro żaden z wykonawców w przedmiotowym postępowaniu nie był wzywany na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, to Zamawiający nie był uprawniony odrzucić żadnej z tych ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W tym zakresie Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR i wykonawcy Veolia, jako złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pomimo zastosowania przez wykonawców tzw. inżynierii cenowej/manipulacji cenowej w zakresie sposobu kalkulacji cen przedstawionych w formularzu cenowym w zakresie dotyczącym wynagrodzenia kosztorysowego.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Generalną definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawiera przepis art. 3 ust. 1 uznk, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zatem, zachowania wypełniające definicję z art. 3 ust. 1 uznk stanowią czyny nieuczciwej konkurencji, a tym samym, aby uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Sprzeczność z prawem oznacza sprzeczność danego zachowania z obowiązującymi przepisami prawa. Odnosnie pojęcia „naruszenia dobrych obyczajów” na uwagę zasługuje stanowisko wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 371/07, który wskazał, że *„Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo”*. Pojęcie „interesu”, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk rozumiane jest szeroko. Interes przedsiębiorcy lub klienta może być istniejący lub przyszły, oczekiwany. Należy przyjąć, że zamawiający, któremu jest składana oferta, występuje jako klient w stosunku do wykonawcy. Zamawiający natomiast, jako klient wykonawcy, posiada interes w tym, aby przedmiot zamówienia został wykonany rzetelnie za określone wynagrodzenie w określonym w umowie terminie.

Dla uznania danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji, interes o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk musi zostać naruszony danym zachowaniem lub też musi wystąpić zagrożenie tego interesu, tj. sytuacja, która realnie w przyszłości może spowodować powstanie szkody w interesie przedsiębiorcy lub klienta.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy zauważyć, że stwierdzenie, czy złożenie oferty nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji wymaga wszechstronnej oceny zaistniałych okoliczności faktycznych pod kątem spełnienia wszystkich przesłanek do uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Zauważyć też należy, że odrzucenie oferty na tej podstawie, jako decyzja o charakterze eliminacyjnym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinno zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp.

Z materiału sprawy wynika, że zarzucany przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu trzem wykonawcom czyn nieuczciwej konkurencji z pewnością nie polega na stosowaniu przez tych wykonawców „inżynierii cenowej” w postaci manipulowania cenami jednostkowymi mającymi przełożenie na kryteria oceny ofert, mającego na celu uzyskanie wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert. Zawyżenie ceny ryczałtowej, co podnosił Odwołujący, powoduje bowiem uzyskanie mniejszej ilości punktów w ramach kryteriów oceny ofert określonych w przedmiotowym postępowaniu, a tym samym gorszą pozycję oferty w ramach oceny ofert. Odwołujący nie uzasadnił w sposób racjonalny jakie korzyści mogliby uzyskać wykonawcy takim zachowaniem w świetle kryteriów oceny ofert.

Zebrany materiał dowodowy nie pozwala także na uznanie, że konkurencyjni w stosunku do Odwołującego wykonawcy zastosowali w przedmiotowym postępowaniu manipulację cenową, polegającą na tym, że w celu uzyskania większego zysku z realizacji zamówienia zawyżyli cenę w części ryczałtowej jednocześnie zaniżając cenę części zamówienia, rozliczanej kosztorysowo. Odwołujący twierdził, że ilościowo zakres czynności rozliczanych kosztorysowo może być znacznie większy niż szacunki Zamawiającego i z tego wywodził znaczny wzrost niedoszacowanych przy realizacji zamówienia kosztów w tym zakresie w kwestionowanych ofertach, co przeczy z kolei wywiodom

Odwolującego, że zaniżona kosztowo część zamówienia nie jest gwarantowana i może nie zostać udzielona (podobieństwo do prawa opcji). Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że czynności objęte wynagrodzeniem kosztorysowym mogą w ogóle nie wystąpić, a przez to koszty ich wykonania w kalkulowane w wynagrodzeniu ryczałtowym zostaną w sposób nienależny poniesione przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, w powyższym zakresie argumentacja Odwołującego była niespójna. Odwołujący nie wykazał tym samym, na czym miałyby polegać nieuczciwe zachowanie wykonawców, w szczególności, w jakim konkretnie celu zachowanie to miałyby być podjęte aż przez trzech wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę uwarunkowania tego zamówienia.

Odwolujący podnosił, że projektowane postanowienia umowy w zakresie rozliczenia ryczałtowego i kosztorysowego za wykonanie umowy, jako stwarzające ryzyko dopuszczenia się przez wykonawców biorących udział w postępowaniu nieuczciwości w wycenie, powinny skłonić Zamawiającego do przyjrzenia się sposobie kalkulacji ceny ofertowej i ustalenia, czy wykonawcy nie dokonali „przerzucenia kosztów” do części zamówienia gwarantowanego (rozliczanego ryczałtowo), czym naraziliby Zamawiającego na zawyżoną zapłatę ze szkodą dla Zamawiającego i finansów publicznych w wymiarze ogólnym. Ponadto, widząc znaczne dysproporcje pomiędzy wynikiem szacowania poszczególnych pozycji, a ceną jednostkową netto przedstawioną przez wykonawców Zamawiający mógł ustalić, że niektóre z cen wynagrodzenia kosztorysowego zostały znacznie zaniżone.

W ocenie Izby, Zamawiający dokonał należytego badania ofert w powyższym zakresie, kierując się zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Po pierwsze, Zamawiający stwierdził występowanie niższych cen jednostkowych niż szacowane przez Zamawiającego we wszystkich złożonych ofertach. Po drugie, ceny wskazane w poszczególnych pozycjach w złożonych ofertach są zróżnicowane, co wskazuje, że każdy wykonawca wyceniał poszczególne pozycje w sposób indywidualny, odpowiadający jemu dostępnym warunkom, a zatem są to ceny konkurencyjne. Zamawiający uzyskał dodatkowo od wszystkich wykonawców potwierdzenie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp potwierdzenie o skalkulowaniu wszystkich kosztów w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych. Odwołujący natomiast, twierdząc, że w cenie ryczałtowej Zamawiający zapłaci wykonawcy m. in. za materiały, uszczelki, śruby, koszty pracy, transportu w zakresie dot. poz. 13 (wymiana wodomierzy), koszty pracy, transportu, igłofiltrów - w zakresie dot. poz. 46 (uszczelnienie studni), koszty materiałów, robocizny i sprzętu - w zakresie poz. 51 (montaż odwodnienia liniowego 300, F900 z prefabrykowaną opaską betonową) wówczas, gdy potrzeba wykonania zakresu zamówienia dot. wymienionych pozycji nie wystąpi, nie wykazał, że taka sytuacja realnie jest możliwa w ramach realizacji zamówienia, a tym bardziej, że w ramach zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący podnosił argumentację przeciwną, tj. że zakres prac rozliczanych kosztorysowo będzie w rzeczywistości większy, co wynika z doświadczeń Odwołującego, realizującego tożsamy przedmiot zamówienia.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia ofert Konsorcjum ECOL. Konsorcjum SAUR oraz wykonawcy Veolia, jako złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tj. w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zarzut ewentualny - naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Ecol-Unicon, Konsorcjum SAUR, wykonawcy Veoliado wyjaśnień celem ustalenia czy wykonawcy nie dokonali przeniesienia kosztów wykonania usług wchodzących w zakres rozliczany kosztorysowo do kosztów wykonania usług wchodzących w zakres rozliczany ryczałtowo w odniesieniu do pozycji wskazanych odpowiednio w zarzucie nr 1, w celu zapewnienia sobie wyższego wynagrodzenia ryczałtowego, a obniżenia wysokości ceny ofertowej za część II rozliczaną kosztorysowo.

W ocenie Izby, zarzut powyższy nie potwierdził się. Jak wskazano już w odniesieniu do zarzutów powyżej, Odwołujący nie wykazał racjonalności zarzucanego nieuczciwego działania wykonawców w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Wyższa cena za część ryczałtową skutkowała bowiem przyznaniem mniejszej liczby punktów i większym ryzykiem nieuzyskania zamówienia. Ponadto, Odwołujący podnosił, że część kosztów z pozycji kosztorysowych została przeniesiona do części ryczałtowej, nie próbując nawet wykazać, na jakim poziomie są to koszty w przypadku każdego z trzech różnych wykonawców. Nie można pominąć również okoliczności, że Konsorcjum Ecol-Unicon jednoznacznie wykazało w oparciu o przedłożoną dokumentację, której treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, że kwestionowane w odwołaniu koszty w jego ofercie zostały skalkulowane w sposób realny. Dodatkowo, Zamawiający, biorąc pod uwagę dysproporcje pomiędzy własnym szacunkiem wartości zamówienia a wycenami pozycji kosztorysowych dokonany przez wykonawców w dniu 19 marca 2024 r. wezwał wszystkich wykonawców (również Odwołującego) do potwierdzenia zgodności ich ofert z wymaganiami dokumentacji przetargowej, w tym także do potwierdzenia, że zaoferowane w danych pozycjach formularza cenowego kwoty uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do prawidłowego wykonania czynności opisanych w tych pozycjach. Wszyscy wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu potwierdzili, że wskazane przez nich w określonych pozycjach formularza cenowego kwoty obejmują wszystkie materiały i koszty niezbędne do prawidłowego wykonania czynności opisanych w tych pozycjach.

W powyższych okolicznościach nie sposób Zamawiającemu zarzucić braku należytego zbadania ofert oraz naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez nieuzyskanie wyjaśnień w kontekście zarzutu złożenia ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,
jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....