

Sygn. akt: KIO 1079/15

WYROK
z dnia 8 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2015 r. przez **wykonawcę FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kielce – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, ul. Prendowskiej 7,**

przy udziale **wykonawcy SWARCO Traffic Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mineralna 46b** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 1079/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1079/15

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na konserwację i eksploatację oświetlenia ulicznego, iluminacji oraz punktów poboru energii do celów okazjonalnych na terenie miasta Kielce w latach 2015-2018 zostało wszczęte przez Gminę Kielce – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach, ul. Prendowskiej 7 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 marca 2015r. za numerem 2015/S 043-074631.

W dniu 12 maja 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Swarco Traffic Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W dniu 22 maja 2015r. wykonawca FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. stawki 40 – zwany dalej odwołującym wniósł odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty wybranej. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 maja 2015r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną i faksem w dniu 22 maja 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 dalej ustawy):

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Swarco pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż w zakresie części wynagrodzenia rozliczanego metodą kosztorysową wykonawca Swarco zaniżył większość cen jednostkowych w stopniu powodującym drastyczne zaniżenie całości wynagrodzenia rozliczanego metodą

kosztorysową, przy jednoczesnym ustaleniu wynagrodzenia w części rozliczanej ryczałtowo na poziomie nie umożliwiającym pokrycia kosztów prac rozliczanych metodą kosztorysową, co miało istotny wpływ na zaniżenie całości ceny ofertowej, a takie jej zaniżenie nie znajduje racjonalnego uzasadnienia ekonomicznego innego, aniżeli chęć uzyskania zamówienia kosztem poniesienia straty ekonomicznej w związku z jego realizacją, względnie kosztem nieuprawnionego obniżenia jego jakości w stosunku do warunków zadeklarowanych w ofercie;

2) ustawy 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.);

2

dalej: „ustawa ZNK”) - przez zaniechanie odrzucenia oferty Swarco pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzecznym z dobrymi obyczajami, nieuzasadnionym i drastycznym zaniżeniu cen jednostkowych za wykonanie rozliczanych metodą kosztorysową prac związanych z konserwacją i eksploatacją oświetlenia do celów okazjonalnych i tym samym przyjęcie takiej struktury cenowej, która nie odzwierciedla rzeczywistych kosztów wykonywania usługi, a jedynie zapewnia nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną nad innymi oferentami i prowadzi do naruszenia interesu zamawiającego oraz innych wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Swarco jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Swarco,
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił poglądy odnoszące się do pojęcia rażąco niskiej ceny w zamówieniach publicznych

W pierwszej kolejności zauważył, że istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest rywalizowanie (konkurowanie) przez wykonawców w celu uzyskania zamówienia, tj. zawarcia z podmiotem zamawiającym umowy w przedmiocie nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych. Rywalizacja taka polega przede wszystkim na oferowaniu podmiotowi zamawiającemu możliwie korzystnych warunków ofertowych, w szczególności warunków dotyczących ceny albo ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Występowanie tego rodzaju konkurencji nie oznacza jednak, aby wykonawcy dążąc do maksymalizacji szans na uzyskanie zamówienia publicznego byli uprawnieni do kształtowania warunków cenowych na poziomie, który nie znajduje żadnego uzasadnienia ekonomicznego, w szczególności na poziomie nie pozwalającym na pokrycie kosztów związanych z realizacją oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej.

Wyrazem przeciwdziałania praktykom polegającym na nieuczciwym zaniżaniu ceny jest przyjęta na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych regulacja nakazująca instytucjom zamawiającym odrzucenie ofert przewidujących cenę rażąco niską (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy). W orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych definicja pojęcia „rażąco niskiej ceny” nie budzi najmniejszych wątpliwości. Krajowa Izba Odwoławcza jednolicie przyjmuje, że „rażąco niska cena jest ceną nierealistyczna, zaoferowana poniżej kosztów świadczenia

3

usługi, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia” (tak w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 18 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 240/13). Jest ona ceną „nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest cena rynkowa, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji

podmiotów racjonalnie na nim działających" (tak wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 1100/14). Nadto odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok z dnia 25 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 178/15; KIO197/15; KIO 198/15.

Jednocześnie odwołujący podkreślił, że w aktualnym stanie prawnym sytuacja, w której cena złożonej oferty wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności gdy jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz złożenia dowodów w tym zakresie.

Wezwanie takie w ocenie odwołującego popartej orzecznictwem rodzi po stronie wykonawcy obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Jak, zdaniem odwołującego, słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2179/14 „to wykonawca ma dowieść zamawiającemu, iż zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. W obecnym stanie prawnym ten pogląd został usankcjonowany przez art. 90 ustawy. Wskazuje to na ciężar dowodowy istniejący po stronie wykonawcy."

Odwołujący przystępując do uzasadnienia zarzutu dotyczącego zaoferowania przez Swarco ceny rażąco niskiej należy w pierwszej kolejności zauważyć, że zamawiający w postępowaniu przewidział tzw. „mieszany” sposób rozliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy: wynagrodzenie to jest w części wynagrodzeniem ryczałtowym, a w części wynagrodzeniem kosztorysowym (pkt 14.1 specyfikacji Istotnych warunków zamówienia sporządzonej w postępowaniu, dalej: „siwz”).

Przedmiot zamówienia w części rozliczanej metodą kosztorysową obejmuje prace związane z konserwacją i eksploatacją oświetlenia ulicznego, iluminacji oraz punktów odbioru energii do celów okazjonalnych. Prace te mają być rozliczane w oparciu o ceny jednostkowe wskazane przez wykonawcę w formularzach cenowych oraz ilości rzeczywiście wykonanych prac na podstawie obmiaru robót (§ 6 ust. 1 wzoru umowy).

Zamawiający zastrzegł, że ceny jednostkowe wskazane przez wykonawcę w ofercie (formularzu cenowym) są stałe i nie podlegają zmianom ani waloryzacji w toku realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 14.6 siwz), zaś wykonawca nie jest uprawniony do samodzielnego wprowadzania zamian w formularzu cenowym, nie może dopisywać żadnych pozycji ani pominąć jakiejkolwiek pozycji w załączonym formularzu cenowym (pkt 14.4 siwz). Jednocześnie zgodnie z postanowieniem § 6 ust. 5 wzoru umowy, w przypadku niewykorzystania całej kwoty umowy na skutek wystąpienia mniejszego zakresu usług, wykonawca otrzyma wynagrodzenie za rzeczywiste wykonanie usług.

Z powyższego, w ocenie odwołującego, wynika, że ceny jednostkowe wskazywane przez wykonawców w formularzach cenowych mają istotne znaczenie, gdyż kształtują wysokość wynagrodzenia, które realnie zostanie wypłacone wykonawcy w zamian za realizację prac objętych przedmiotem zamówienia. Ceny jednostkowe podawane przez wykonawców powinny być zatem według odwołującego cenami realnymi, nie zaś dowolnie przyjmowanymi kwotami nie mającymi żadnego oparcia w kosztach realizowanych prac.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy wykonawca Swarco zaoferował zamawiającemu wykonanie zamówienia za cenę:

- 79 806,00 zł w części rozliczanej kosztorysowo;
- 2 196 000,00 zł w części rozliczanej ryczałtowo.

Kwota wynagrodzenia zaproponowanego w części kosztorysowej została rażąco zaniżona w stopniu mającym wpływ na wysokość ceny za cały zakres zamówienia i uzasadniającym tezę, że całość ceny (suma cen za prace rozliczane kosztorysowo i ryczałtowo) ma charakter ceny rażąco niskiej).

Proste porównanie cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu prowadzi do wniosku, iż cena proponowana przez Swarco za prace nieobjęte ryczałtem znacząco odbiega od cen pozostałych wykonawców:

- Swarco - 79 806,00 zł,
- EQQS Energie Polska Sp. z o.o. – 521 085,00 zł,

- PKP Energetyka – 421 455,00 zł,
- Ekobox S.A. - 355 761,00 zł,
- Odwołujący - 471 800,00 zł,

Cena zaproponowana przez Swarco w części kosztorysowej jest zatem, według wyliczeń odwołującego, około 4,5 razy tańsza od ceny drugiej w kolejności (Ekobox S.A.) i ponad 6,5 razy tańsza od oferty w tym zakresie najdroższej (EQQS Energie Polska).

Jako dowód odwołujący powołał kopie formularza nr 3a — Zbiorczych zestawień wartości usług przedstawionych w ofertach wszystkich wykonawców

Praktycznie wszystkie ceny jednostkowe w kosztorysie ofertowym Swarco zdaniem odwołującego zostały zaniżone.

Odwołujący podkreślił, iż jakkolwiek zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest badanie oferty pod kątem ceny rażąco niskiej w odniesieniu do ceny za całość przedmiotu zamówienia, to jednak w przypadkach, gdy wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy ceny jednostkowe również muszą być brane pod uwagę.

Jak bowiem zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 października 2014 r. sygn. akt KIO 2061/14 „choć co do zasady oferta może być oceniana w kontekście zarzutu ceny rażąco niskiej w odniesieniu do ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a nie za poszczególne jego części czy pozycje kosztorysu, tym niemniej należy dopuścić możliwość badania pod kątem ceny rażąco niskiej elementów kalkulacyjnych oferty, o ile ich zaniżenie może przekładać się na rażące zaniżenie zaoferowanej ceny całkowitej.” Podobnie wyrok z dnia 14 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2734, wyrok z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt KIO 1844/14.

Szczegółowa analiza poszczególnych cen jednostkowych wskazanych przez Swarco w formularzu 3b (kosztorys ofertowy) prowadzi, zdaniem odwołującego, do wniosku, iż istotna ich część została zaniżona w sposób drastyczny. Dotyczy to w szczególności pozycji:

- Nr 1 - montaż oprawy oświetleniowej - 2 zł za kpl. (Odwołujący zaproponował cenę 50 zł za komplet, Ekobox 120 zł, EQQS -150, PKP Energetyka 250 zł);
- Nr 2 - montaż słupa oświetleniowego - 2 zł za kpl. (Odwołujący zaproponował cenę 75 zł za komplet, Ekobox 390 zł, EQQS — 300 zł, PKP Energetyka 400 zł);
- Nr 52 - montaż latarni ozdobnej wraz z fundamentem - 700 zł za kpl. (Odwołujący - 4 000 zł za kpl, Ekobox 4 800 zł za komplet, EQQS -1500 zł, PKP Energetyka - 8000 zł);
- Nr 58 - wymiana zegara sterującego na zegar astronomiczny z synchronizacją GPS oraz ustawienie zegara i sprawdzenie zegara -100 zł za kpl (Odwołujący -1012,50 zł, Ekobox 640, EQQS - 950 zł, PKP Energetyka — 500 zł);
- Nr 59 - montaż i demontaż rozdzielnic RB oraz przewodu o dł. 100 m - 10 zł za kpl. (Odwołujący - 9 375,00 zł, Ekobox 2 980,00 zł,);
- Nr 60 - Montaż żerdzi betonowych ŻN-10 dla podwieszenia przewodów - 10 zł za kpl. (Odwołujący: 1125,00 zł, Ekobox: 600 zł, EQQS - 2 800 zł, PKP Energetyka - 900 zł);
- Nr 67 - montaż ogranicznika linii napowietrznej - 10 zł za 1 kpl. (Odwołujący 812 zł, Ekobox 100 zł; EQQS 350 zł);
- Nr 71 “ Malowanie słupa oświetleniowego powłoką zapewniającą chemiczną i fizyczną odporność na naklejanie plakatów, ogłoszeń, reklam oraz ułatwiającej usuwanie graffiti - 2 zł za m2 (Odwołujący 15 zł, Ekobox 32 zł, EQQS - 45 zł, PKP Energetyka 35 zł);
- Nr 72 - malowanie szaf oświetleniowych - 2 zł (Odwołujący -15 zł, Ekobox - 32 zł, EQQS - 45 zł, PKP Energetyka 35 zł);

Nr 78 - Wymiana istniejącej szafy oświetleniowej na nową (4 odpływy trójfazowe, zegar astronomiczny synchronizowany GPS, stycznik sterujący —150,00 zł za kpl. (Odwołujący - 4 406,25 zł; Ekobox - 2 230,00 zł, EQQS - 3 500,00 zł, PKP Energetyka - 3 100,00 zł);

Nr 93 - demontaż słupa parkowego - 2 zł za kpl. (Odwołujący - 187,50 zł, Ekobox — 200 zł, EQQS - 250 zł, PKP Energetyka - 200 zł);

Nr 94 - demontaż słupa aluminiowego lim - 2 zł za kpl. (Odwołujący - 187,50 zł, Ekobox - 250 zł, EQQS - 300 zł, PKP Energetyka - 400 zł);

Nr 95 - demontaż słupa stalowego lim - 2 zł za kpl. (Odwołujący - 187,50 zł, Ekobox - 350 zł,

EQQS - 310 zł, PKP Energetyka -400 zł);
Nr 96 - demontaż słupa betonowego 10m - 2 zł za kpl. (Odwołujący -187,50 zł, Ekobox - 400 zł, EQQS - 350 zł, PKP Energetyka - 400 zł);
Nr 97 - demontaż wysięgnika rurowego jednoramiennego - 2 zł za kpl. (Odwołujący - 187,50 zł, Ekobox - 200 zł, EQQS -150 zł);
Nr 98 - demontaż wysięgnika rurowego dwuramiennego - 2 zł za kpl. (Odwołujący -150 zł, Ekobox - 220 zł, EQQS -170 zł);
Nr 99 - demontaż istniejącej oprawy oświetleniowej drogowej - 2 zł za kpl. (Odwołujący -100 zł, Ekobox - 290 zł, EQQS - 70 zł, PKP Energetyka 150 zł);
• Nr 100 - demontaż istniejącej oprawy oświetleniowej parkowej - 2 zł za kpl. (Odwołujący -100 zł, Ekobox - 290 zł, EQQS - 50 zł, PKP Energetyka 150 zł).
Jednocześnie żadna z pozostałych pozycji nie została przez wykonawcę Swarco zawyżona (wszystkie pozycje kosztorysu są niższe u Swarco od analogicznych wycen w ofertach innych wykonawców). Oznacza to w ocenie odwołującego, że wykonawca Swarco nie dokonał przesunięcia kosztów realizacji poszczególnych czynności (tzn. nie uwzględnił kosztów jednych prac w pozycjach kosztorysu dotyczących innych prac).
Odwołujący podkreślił, że wszystkie wyszczególnione powyżej pozycje kosztorysu w ofercie Swarco zostały wycenione nie tylko znacznie niżej, niż w ofertach konkurentów, lecz również poniżej minimalnych kosztów wykonania prac objętych ww. pozycjami, związanych z niezbędnymi kosztami robocizny, sprzętu oraz materiałów.
Dowody potwierdzające fakt nieuwzględnienia przez Swarco wszystkich kosztów realizacji prac rozliczanych kosztorysowo odwołujący ma zamiar przedstawić na rozprawie, w trakcie której szczegółowo omówi wadliwość kalkulacji przedstawionej przez Swarco.
W stanie faktycznym sprawy, zdaniem odwołującego, nie może budzić wątpliwości, że:
- po pierwsze: wykonawca Swarco drastycznie zaniżył ceny jednostkowe za wykonanie prac ujętych w większości pozycji kosztorysu ofertowego,
- po wtóre: zniżenie cen jednostkowych nie zostało zrekomensowane zawyżeniem którychkolwiek spośród innych cen jednostkowych w kosztorysie Swarco (wszystkie ceny jednostkowe są w mniejszym lub większym stopniu zniżone),

- po trzecie: w sposób rażąco zniżona została wartość całości wynagrodzenie kosztorysowego (na co wskazuje chociażby porównanie ofert złożonych przez wykonawców w zakresie załączonych formularzy 3a).
Jednocześnie zauważył, że przewidziana w ofercie Swarco kwota ceny za prace rozliczane metodą ryczałtową została ustalona na poziomie nie odbiegającym specjalnie od cen innych wykonawców.
Swarco ustalił tę cenę na poziomie 2 196 000,00 zł, podczas gdy inni wykonawcy na poziomach odpowiednio: 2 318 400 zł (Ekobox), 2 322 000,00 zł (EQQS Energie Polska Sp. z o.o.), 1 998 054,00 zł (Odwołujący), 2 510 820,00 zł (PKP Energetyka). Cena żądana przez Swarco za prace objęte wynagrodzeniem ryczałtowym jest wyższa jedynie od analogicznej ceny zaoferowanej przez Odwołującego o około 190 000 zł - pozostali wykonawcy zaoferowali w tym zakresie ceny wyższe od Swarco. W zakresie ceny za prace rozliczane kosztorysowo jest jednak od oferty odwołującego niższa aż o 391 994,00 zł.
Jednocześnie oferta złożona przez Swarco jest ofertą najtańszą - od drugiej w kolejności oferty odwołującego jest tańsza o 238 612,62 zł.
W tych okolicznościach, zdaniem odwołującego, uzasadnione jest twierdzenie, że przewidziana przez Swarco cena ofertowa za prace objęte wynagrodzeniem ryczałtowym nie rekompensuje straty, którą będzie generowała realizacja przez Swarco prac rozliczanych kosztorysowo.
Powyższe implikuje tezę, iż oferta Swarco zawiera cenę rażąco niską i jako taka winna zostać odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy .
Uzasadniając zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący wskazał, że zaoferowana przez Swarco cena za prace rozliczane metodą kosztorysową została w stopniu rażąco zniżona. Powyższe oznacza, że wykonawca Swarco winien zostać przez zamawiającego wezwany do wyjaśnienia przyczyn takiego zniżenia.
Odwołujący został przez zamawiającego poinformowany, że takie wyjaśnienia Swarco przedstawił. Jednocześnie jednak odwołujący nie zna tych wyjaśnień - z uwagi na zastrzeżenie ich treści jako zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa Swarco.

Na wypadek, gdyby w ww. wyjaśnieniach wykonawca Swarco twierdził, iż koszty realizacji prac rozliczanych kosztorysowo zostały uwzględnione w drugim składniku wynagrodzenia (tj. w cenie za prace rozliczane metodą ryczałtową) odwołujący wskazał, że po pierwsze biorąc pod uwagę relatywnie niską wartość ceny Swarco za prace rozliczane ryczałtowo jest mało prawdopodobnym, aby wartość ta uwzględniała również koszty prac okazjonalnych, a po wtóre takie rozwiązanie musiałoby zostać uznane za niedopuszczalną praktykę manipulowania ceną zamówienia, stanowiącą przejaw zabronionego na mocy ustawy ZNK czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie w ust. 2 powołanej jednostki redakcyjnej (artykułu 3 ustawy ZNK) wymienione zostały konkretne zachowania, które ustawodawca do katalogu czynów nieuczciwej konkurencji zalicza. Zachowania te zostały zdefiniowane w przepisach art. 5 - 17d ustawy ZNK.

Artykuł 3 ust. 1 ustawy ZNK pełni zarówno funkcję uzupełniającą jak i korygującą. Oznacza to, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art. 5-17d ustawy ZNK, jeżeli jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta bądź mu zagraża. Może też być to zachowanie określone w art. 5-17d ustawy ZNK, (co samo w sobie oznacza sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami) i które ponadto stanowi zagrożenie bądź naruszenie interesu przedsiębiorcy (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r., ICSK 796/10).

Innymi słowy, jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez ustawę ZNK, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ust. 1 tej ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 lipca 1995 r., I ACr 308/95; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 2014 r. VI ACa 1478/13).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, do której odsyła ustawa, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes Innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17d ustawy ZNK). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.

Odwołujący przywołał także stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07.

Jednocześnie podniósł, że jak wskazuje się w piśmiennictwie - o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy "można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. W przypadku działań objętych klauzulą generalną, zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, treść danego działania nie ma znaczenia

decydującego" (tak Sąd Okręgowy w Poznaniu sygn. IX Ge 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322).

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, zdaniem odwołującego, wykonawca Swarco zaproponował zamawiającemu w zamian za wykonanie prac rozliczanych metodą kosztorysową ceny jednostkowe na poziomie całkowicie oderwanym od realiów rynkowych, niepokrywającym podstawowych kosztów ich realizacji (np. żądając wynagrodzenia w kwocie 2,00 zł za montaż słupa oświetleniowego albo 10 zł za montaż i demontaż rozdzielnic RB oraz kabla o długości 100m). Działanie takie musi być, w ocenie odwołującego, uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz naruszające interes innych przedsiębiorców, tj.

konkurentów Swarco (w szczególności odwołującego). Przedsiębiorcy ci z należytą starannością oszacowali koszty związane z realizacją wszystkich prac rozliczanych kosztorysowo i w oparciu o nie wskazali ceny jednostkowe w kosztorysach ofertowych. Uwzględnili w tych cenach zarówno koszty pracy, jak i koszty sprzętu oraz materiałów. Na uwagę zasługuje fakt, że dokonana przez wszystkich konkurentów Swarco wycena prac rozliczanych kosztorysowo nie cechuje się nadmiernymi rozbieżnościami (ceny na poziomie od 355 761,00 zł do 521085,00 zł). Na tym tle wyróżnia się jedynie oferta Swarco, przewidująca cenę na poziomie 79 806,00 zł).

Jednocześnie odwołujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu zamawiający nie zagwarantował wykonawcom jakiegokolwiek zakresu prac rozliczanych metodą kosztorysową, których wykonanie zleci on na pewno. W praktyce istnieje zatem możliwość, że prace takie w rzeczywistości zostaną zlecone w ilościach znacznie niższych, aniżeli wynikające z kosztorysu ofertowego. Potwierdza to zresztą zapis § 6 ust. 5 wzoru umowy, zgodnie z którym „w przypadku niewykorzystania całej kwoty umowy na skutek wystąpienia mniejszego zakresu usług, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za rzeczywiste wykonanie usługi, na podstawie obmiaru robót potwierdzonego przez przedstawiciela Zamawiającego”. Powyższe powoduje - w przypadku, gdyby wykonawca Swarco utrzymywał, że koszty prac rozliczanych metodą kosztorysową zostały uwzględnione w części „ryczałtowej” wynagrodzenia - że ów wykonawca otrzyma wynagrodzenie za te prace nawet wówczas, jeśli ich nie wykona. Przeniesienie wynagrodzenia z części kosztorysowej do części ryczałtowej (która będzie wypłacana niezależnie od nakładu pracy) gwarantuje zatem wykonawcy zapłatę wyższego wynagrodzenia nawet wtedy, gdy zamawiający prac w zakresie okazjonalnym zlecać nie będzie.

Okoliczność powyższa będzie oznaczała, że Swarco otrzyma z tytułu wykonania umowy wynagrodzenie wyższe, niż odwołujący (którego oferta formalnie była przecież droższa).

Oferta Swarco - formalnie najtańsza, stanie się wówczas wskutek zabiegów

na za czynności optymalizacyjnych (polegających przeniesieniu wynagrodzenia „kosztorysowe” do wynagrodzenia wypłacanego „ryczałtowo”) w istocie ofertą droższą. W

takiej sytuacji zamawiający zapłaci więcej niż zapłaciłby w przypadku, gdyby w ofercie Swarco wynagrodzenie za prace kosztorysowe zostało określone w sposób realny (odzwierciedlający rzeczywiste koszty prac). Okoliczność ta świadczy w sposób niezbity, że opisane działanie ze strony Swarco godzi w interesy zamawiającego (klienta w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy ZNK).

Odwołujący zaznaczył, iż nie jest wykluczone, iż wykonawca Swarco posiada pewną wiedzę dotyczącą możliwości „przeszacowania” przez zamawiającego ilości prac objętych wynagrodzeniem kosztorysowym i być może spodziewa się on tego, że prace te będą zlecane w znacznie mniejszym zakresie. Być może takiej wiedzy nie posiada i tylko zakłada taką możliwość, licząc na większy zysk w przypadku braku zlecenia prac kosztorysowych. Niezależnie od motywów ewentualnego (o ile zgodnie z wyjaśnieniami Swarco miałyby ono miejsce) zabiegu przeniesienia kosztów prac kosztorysowych do części ryczałtowej (manipulowania cenami jednostkowymi), takie działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Prowadzi ono do wypaczenia istoty wynagrodzenia kosztorysowego - którą jest uzależnienie wysokości wynagrodzenia od faktycznie wykonanych prac i zapłata go w takiej wielkości, która jest uzasadniona nakładami i kosztami poniesionymi przez wykonawcę. Powyższe oznacza w ocenie odwołującego, że opisane działanie musiałoby zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy i winno prowadzić do odrzucenia oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w najbardziej aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. I tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2734/14, wyrok z dnia 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/12, uchwała z dnia 16 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO/KD 30/14 oraz w wyrok z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt KIO 1844/14.

W świetle powyższego, w ocenie odwołującego, nie może budzić wątpliwości, iż złożenie przez Swarco oferty ze strukturą cenową przewidującą drastyczne zniżenie cen jednostkowych za prace realizowane metodą kosztorysową stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Okoliczność ta oznacza, że oferta Swarco podlega odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Odwolujący nadto wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem złożył w postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a sklasyfikowaną na drugim miejscu. Uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Swarco otworzy odwołującemu drogę do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 25 maja 2015r. powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

11

W dniu 28 maja 2015r. swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca SWARCO Traffic Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Mineralna 46b. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą faksową i elektroniczną w dniu 28 maja 2015r. Zgłaszający wskazał, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś uwzględnienie zarzutów odwołania spowoduje niemożność udzielenia zgłaszającemu przedmiotowego zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący podniósł, że po analizie cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, jego cena nie jest niższa o 30% ani w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia (bez zamówień uzupełniających), ani w stosunku do średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu, co więcej jego oferta jest wyższa od wartości szacunkowej zamówienia o 549 241,38zł. Podkreślił, że w toku postępowania zamawiający wzywał przystępującego do wyjaśnień i przystępujący złożył obszerne i poparte dowodami wyjaśnienia, których treść stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia te znajdują się w aktach sprawy i zapoznanie się z nimi przez Izbę powinno stanowić podstawę wydania wyroku w niniejszej sprawie. Przystępujący podkreślił, że zaoferowana przez niego cena nie powoduje jakiegokolwiek straty, ale generuje zysk/ Nie jest ceną dumpingową, ale wynikającą z wyjątkowo sprzyjających warunków dostępnych przystępującemu, który jest specjalistą w branży oświetlenia drogowego. Przystępujący należy do grupy realizującej tego typu projekty drogowe na całym świecie. Według analizy przystępującego tylko on specjalizuje się w infrastrukturze drogowej, w przeciwieństwie do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu np. EQOS Energie Polska sp. z o.o., FB Serwis SA, który zajmuje się głównie obsługą nieruchomości i utrzymaniem infrastruktury przemysłowej oraz kompleksowym utrzymaniem infrastruktury, ale nie oświetleniem. Pozostali wykonawcy to firmy energetyczne, ale niekoncentrujące się na rynku oświetlenia drogowego. Podniósł, że tok rozumowania odwołującego prowadzi do wniosku, że również oferta odwołującego może być przy tym toku rozumowania uznana za ofertę z rażąco niską ceną. Wskazał, że nie zasadne jest przyjmowanie ceny rażąco niskiej w cenie jednostkowej, gdyż rażąco niska cena to cena nierealistyczna i nie pozwalająca na należyłą realizację zamówienia oraz cena poniżej kosztów zakupu i wytworzenia. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako złożonej w czynie nieuczciwej konkurencji, to w ocenie przystępującego zarzut ten nie został uzasadniony, a całość wyводу oparta o domniemania i domysły. Odwołujący nie uprawdopodobnił zarzutu. Przystępujący na poparcie swoich twierdzeń powołał wyrok Izby sygn. akt KIO 2748/14 oraz stwierdził, że odwołujący nie wskazał wzorca postępowania, a jedynie wskazał przepis.

12

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, oszacowania wartości zamówienia, złożonych ofert, wezwania zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2015r. skierowanego do SWARCO w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, udzielone przez tego wykonawcę wyjaśnienia z dnia 24 kwietnia i 8 maja 2015r.

Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 5 487 804,89zł. netto w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających wyniosła 1 829 268,30zł. netto. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4 500 000zł. brutto.

Wykonawcy zaoferowali następujące ceny ofert brutto:

EQOS Energis Polska sp. z o.o. – 3 496 994,55zł.,

FBSerwis SA – 3 037 854,00zł.

PKP Energetyka SA Zakład Świątokrzyski – 3 608 698,25zł.

EKOBOX SA - 3 289 218,03zł.

Swarco – 2 799 241,38zł.

Zamawiający sporządził notatkę służbową na okoliczność badania zaistnienia przesłanki odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. W pierwszej kolejności zamawiający zbadał, czy którakolwiek ze złożonych ofert jest ofertą z niższą ceną o więcej niż 30% od wartości zamówienia (3 658 536,59zł) i ustalił, że wszystkie złożone oferty mają ceny wyższe niż cena progowa ($3\,658\,536,59\text{zł} \times 30\% = 2\,609\,755,61\text{zł}$.)

Dalej zamawiający odniósł ceny poszczególnych ofert do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert – $3\,246\,001,24\text{zł} \times 30\% = 973\,800,37\text{zł}$. i ustalił, że cena żadnej ze złożonych ofert nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

Na końcu zamawiający zbadał stosunek cen ofert do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT i ustalił, że ceny ofert Swarco i FB Serwis są o więcej niż 30% niższe od wartości zamówienia powiększonej o VAT.

Obu tych wykonawców zamawiający wezwał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie

art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,

- kosztów materiałów i urządzeń zaoferowanych przez wykonawcę znacząco odbiegających od cen rynkowych,

- kosztów pracy sprzętu.

W dniu 24 kwietnia 2015r. Swarco złożył wyjaśnienia obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa oraz zawierając uzasadnienie faktyczne i prawne podstaw objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wskazał na korzyści przysługujące mu z racji przynależności do grupy kapitałowej, zakres jej działalności, specjalizację (fakt przynależności do grupy kapitałowej jawny str. 33 – 34 oferty), na unikalność przyjętych rozwiązań, wskazał na współpracę z podwykonawcami (fakt współpracy z podwykonawcami jawny – str. 2 oferty), współpracę z pracownikami i zleceniodawcami, przedłożył ofertę w zakresie ryczałtowym i pozaryczałtowym oferty oraz opis pozycji kosztowych.

W dniu 6 maja 2015r. zamawiający zwrócił się o uszczegółowienie wyjaśnień wskazując, że w załączniku nr 4 do wyjaśnień z dnia 24 kwietnia 2015r. Swarco wyspecyfikował materiały, na które uzyskał rabaty. Materiały w tym załączniku wskazane w poz. 1 – 11 w ocenie zamawiającego nie mogą być zastosowane w realizacji zamówienia i nie są równoważne, a zatem wskazanie rabatów bezprzedmiotowe w niniejszym postępowaniu. Nadto zamawiający zwrócił się o uszczegółowienie wyjaśnień w szczególności w odniesieniu do cen zaoferowanych przez Swarco w formularzu 3b (kosztorys ofertowy). Poziom cen wskazanych przez wykonawcę w tym formularzu budził wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania wskazanych tam prac za zaoferowane ceny.

W dniu 8 maja 2015r. Swarco złożyło dodatkowe wyjaśnienia, obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa i podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastrzeżenia. W zakresie powołanego przez zamawiającego załącznika nr 3b Swarco przedstawił jako dowód ofertę handlową przez niego pozyskaną podając, że podmiot składający ofertę będzie świadczył w przeważającej części dostawę materiałów. Wskazał także, że koszt usług demontażowych stanowi znikomą część całości zamówienia i nie może świadczyć o rażącym zaniżeniu ceny. Podtrzymał w całości wcześniejsze wyjaśnienia i podkreślił, że zaoferowana przez niego

cena nie jest ceną rażąco niską (takie twierdzenie pojawia się także w przystąpieniu, które jest jawne).

Ceny zaoferowane przez każdego z wykonawców w niniejszym postępowaniu podane przez odwołującego w odwołaniu i odnoszące się do pozycji 1,2, 52, 58, 59, 60, 67, 71, 72, 78, 93, -100 nie są sporne pomiędzy stronami.

14

Odwołujący nie kwestionował skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach złożonych przez Swarco.

Odwołujący na rozprawie przedstawił następujące dowody:

- kosztorys własny – weryfikacja cen jednostkowych oświetlenie uliczne minimalne koszty, z którego wynika, że według przyjętych podstaw wyceny tj. Kancelarii Prezesa Rady Ministrów 2001r., Elektroprojekt wyd. III 1987, biuletyny do 9 1996, Wacetob 2000, Orgbud wyd. spec. 1998 minimalne koszty prac dla poz. 1 wynoszą 36,71zł., dla poz. 2 – 72,22zł., dla poz. 60 – 295,94zł., dla poz. 67 – 450,85zł., dla poz. 71 – 14,76zł., dla poz. 72 – 14,78zł., dla poz. 94 – 25,67zł., dla poz. 95 – 48,32zł., dla poz. 96 – 128,59zł., dla poz. 97 128,59zł., dla poz. 98 – 34,37zł., dla poz. 99 – 43,44zł.
- z oświadczenia firmy Rabbit sp. z o.o. wynika, że cyfrowy programator astronomiczny GPS kosztuje 750zł., zaś GSM 1400zł., przy czym w poz. 58 Ekobox zaoferował cenę 640zł., a Energetyka 500zł.
- z zestawienia firmy ETI z dnia 27 marca 2015r. wynika, że koszt 5 styczników modułowych, rozłącznika izolacyjnego – 4 szt., przełącznika trójpołożeniowego, wyłącznika nadprądowego i obudowy termoutwardzalnej to 2 488,45zł.
- z cennika firmy ROSA ceny słupów aluminiowych wahają się do ok. 1500 do 2500zł. netto,
- z cennika firmy Elektromontaż wynika, że ceny słupów stalowych stożkowych waha się do 435 zł. do 1236 zł. netto, słupów rurowych prostych od 1025zł. – 1720zł. netto, rurowych ulicznych wysięgnikowych od 850zł. – 1490 zł. netto słupów zbieżnych od 435 – 1450zł. netto, stalowych spawanych od 795 zł. – 2178zł. netto,
- z cennika firmy Enko ceny słupów betonowych od 330zł. do 1590zł. netto,
- z oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa przez odwołującego wynika, że odwołujący pozyskał ofertę mieszczącą się w wartościach wynikających z jawnych cenników.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom przystępującego z dnia 24 kwietnia 2015r. i 8 maja 2015r. załączone do tych wyjaśnień oferty podwykonawców przystępującego datowane są przed terminem składania ofert (załącznik 1 i 2 do pisma z dnia 24 kwietnia 2015r.). Izba uznała także jako wiarygodny załącznik nr 3 do pisma z dnia 24 kwietnia 2015r. zawierający kalkulację cenową. Izba oceniła także jako wiarygodny załącznik nr 1 do pisma z dnia 8 maja 2015r., który w powiązaniu z załącznikiem nr 4 do pisma 24 kwietnia 2015r. świadczy o tym, że przystępujący współpracuje z wystawcą tych dokumentów, a załącznik nr 1 do pisma z 8 maja 2015r. stanowi ofertę obejmującą wszystkie pozycje załącznika nr 3b do oferty i porównanie cen z tej oferty oraz cen zaoferowanych przez przystępującego świadczy o tym, że przystępujący posłużył się tą ofertą do sporządzenia załącznika nr 3b i na wszystkich pozycjach poza trzema (które zaoferował na poziomie cen wynikających z posiadanej oferty)

15

założył zysk. Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez odwołującego, to i im Izba nie odmawia wiarygodności, jednak dowody te nie dotyczą konkretnej sytuacji przystępującego i dostępnych dla niego warunków świadczenia. Nadto o możliwościach oferowania świadczenia na różnym poziomie cenowym świadczy poz. 58, przy której odwołujący przedstawił dowód na minimalny koszt zakupu programatora astronomicznego na poziomie 750zł., zaś zarówno przystępujący, jak i Ekobox i Energetyka zaoferowali ceny poniżej tego założonego przez odwołującego minimalnego kosztu zakupu.

W tym stanie rzeczy Izba uznała za przekonujące dowody przedłożone przez przystępującego do wyjaśnień, że ma on możliwość zaoferowania świadczenia przedmiotu zamówienia po cenach podanych w załączniku nr 3b i że zaoferowane ceny zakładają osiągnięcie zysku przez przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Swarco pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż w zakresie części wynagrodzenia rozliczanego metodą kosztorysową wykonawca Swarco zaniżył większość cen jednostkowych w stopniu powodującym drastyczne zniżenie całości wynagrodzenia rozliczanego metodą kosztorysową, przy jednoczesnym ustaleniu wynagrodzenia w części rozliczanej ryczałtowo na poziomie nie umożliwiającym pokrycia kosztów prac rozliczanych metodą kosztorysową, co miało istotny wpływ na zniżenie całości ceny ofertowej, a takie jej zniżenie nie znajduje racjonalnego uzasadnienia ekonomicznego innego, aniżeli chęć uzyskania zamówienia kosztem poniesienia straty ekonomicznej w związku z jego realizacją, względnie kosztem nieuprawnionego obniżenia jego jakości w stosunku do warunków zadeklarowanych w ofercie

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast art. 90 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę

wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Bezsporne pomiędzy stronami jest to, że przystępujący złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba ustaliła, że do wyjaśnień załączono dowody oraz, że dowody te stanowią oferty pozyskane przez przystępującego przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu oraz wskazują na możliwość zaoferowania świadczenia na poziomie wskazanym w załączniku nr 3b oferty przystępującego. Z porównania przedłożonych do wyjaśnień dowodów oraz treści załącznika nr 3b wynika, że przystępujący założył zysk z tytułu świadczenia. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia i nie znalazła podstaw do przyjęcia, że zamawiający swoim działaniem naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy i w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji postawiony przez odwołującego zarzut oddaliła.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.; dalej: „ustawa ZNK”) - przez zaniechanie odrzucenia oferty Swarco pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzecznym z dobrymi obyczajami, nieuzasadnionym i drastycznym zniżeniu cen jednostkowych za wykonanie rozliczanych metodą kosztorysową prac związanych z konserwacją i eksploatacją oświetlenia do celów okazjonalnych i tym samym przyjęcie takiej struktury cenowej, która nie odzwierciedla rzeczywistych kosztów wykonywania usługi, a jedynie zapewnia nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną nad innymi oferentami i prowadzi do naruszenia interesu zamawiającego oraz innych wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący działania przystępującego jako sprzecznego z dobrymi obyczajami upatruje w przesunięciu kosztów koniecznych do poniesienia w

załączniku nr 3 b (rozliczanego kosztorysowo) do załącznika nr 3c (rozliczanego ryczałtowo). W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy, a przede wszystkim załącznik nr 1 do pisma z dnia 8 maja 2015r. nie potwierdza takiego działania przystępującego, ponadto złożone w tym zakresie wyjaśnienia przystępującego potwierdzają sposób kalkulacji ceny i

17

przyjęte rozwiązania kalkulacyjne nie wskazują na manipulację ceną w taki sposób, aby zamawiający każdorazowo płacąc miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe pokrywał przystępującemu także koszty wynagrodzenia kosztorysowego. W ocenie Izby załącznik nr 1 do pisma z dnia 8 maja 2015r. przeczy takiemu twierdzeniu.

Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy i w związku z art. 3 ust. 1 ZNK.

W konsekwencji zarzut odwołującego należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

18

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

19