Sygn. akt KIO 2734/14

WYROK
z dnia 14 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ASMO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni, SPAW-TOR spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową w Krakowie, W. M. prowadzącego działalność pod nazwą F.T.S. w spółkę gospodarczą „SPAW-TOR" Krakowie, KARYA spółkę z ograniczoną w Lublinie, odpowiedzialnością BAHN TECHNIK Wrocław z ograniczoną odpowiedzialnością w we Wrocławiu, DURA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, przy udziale „Sztopkanel" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rumii, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1) **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie - w zakresie zadań nr: 1, 2, 3, 4, 6 i 7 - unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, obejmującego odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 a także art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty złożonej przez „Sztopkanel" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rumii;**
2) **oddala odwołanie w zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do wykluczenia z postępowania wykonawcy „Sztopkanel" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rumii na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;**

---

3) kosztami postępowania obciąża Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ASMO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni, SPAW-TOR spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową w Krakowie, W. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.T.S. „SPAW-TOR" w Krakowie, KARYA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, BAHN TECHNIK Wrocław spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w we Wrocławiu, DURA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie - tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ASMO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni, SPAW-TOR spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową w Krakowie, W. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.T.S. „SPAW-TOR" w Krakowie, KARYA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, BAHN TECHNIK Wrocław spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w we Wrocławiu, DURA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie kwotę 23 600 zł 00 gr [słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 2734/14

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są *„Roboty budowlane polegające na regeneracji szyn, rozjazdów i skrzyżowań torów bezpośrednio w torach linii kolejowych metodą napawania łukowego”* w podziale na siedem części. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający, w zakresie wymienionych części dokonał dniu 12 grudnia 2014 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę „Sztopkanel” spółkę z o.o. w Rumii.

III. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ASMO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni, SPAW-TOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową w Krakowie, W. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.T.S. „SPAW-TOR” w Krakowie, KARYA spółka z ograniczoną w Lublinie, spółka odpowiedzialnością BAHN TECHNIK Wrocław z ograniczoną odpowiedzialnością w we Wrocławiu, DURA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, w dniu 23 grudnia 2014 r. złożyli odwołanie z zakresie zadań nr: 1, 2, 3, 4, 6 i 7, wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. w Rumi oraz na czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, a także zaniechaniu odrzucenia tej oferty.

Odwołujący postawili zarzuty:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. w Rumi, mimo, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2) art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. w Rumi, mimo, iż ocena wyjaśnień jakie złożył ten wykonawca wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3) art. 90 ust. 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. w Rumi mimo, iż wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera 3

---

rażąco niskiej ceny;

4) art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. w Rumi pomimo tego, że wskutek ustalenia fikcyjnych cen jednostkowych treść jego oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
5) art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.], poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. w Rumi, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oferty jako, że oferta zawiera rażąco niską ceną, co jest tożsame z oferowaniem usług poniżej kosztów ich świadczenia;
6) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 5 zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 3) ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia SZTOPKANEL sp. z o.o. w Rumi, a następnie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo tego, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

7) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na dokonaniu wyboru oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. w Rumi, mimo, iż jest to wykonawca, który powinien zostać wykluczony z postępowania ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta powinna być odrzucona ze względu na jej sprzeczność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz ze względu na to, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
8) art. 7 ust. 3 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. z w Rumi sprzecznie z przepisami Ustawy, ponieważ jest to wykonawca, który powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawili żądanie nakazania Zamawiającemu:
1) unieważnienia decyzji z dnia 12.12.2014 r. o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. w Rumi w zakresie zadań nr: 1, 2, 3,4, 6 i 7;
2) odrzucenia oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. w Rumi w zadaniach nr: 1, 2, 3,4, 6 i 7,
3) wykluczenia z postępowania SZTOPKANEL sp. z o.o. w Rumi,

4) przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert i nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego w zakresie zadań nr: 1, 2, 3,4, 6 i 7 jako najkorzystniejszej pod względem kryteriów oceny ofert przyjętych w niniejszym postępowaniu;
5) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego lub biegłych z zakresu robót spawalniczych wykonywanych w Infrastrukturze kolejowej na okoliczność nieprawidłowego skalkulowania sp. z cen dla przez SZTOPKANEL o.o. jednostkowych poszczególnych robót wskazanych w załączonej do oferty Kalkulacji Wykonania Robót oraz na okoliczność ustalenia faktycznych minimalnych kosztów wykonania tych czynności;
6) dopuszczenie dowodu z przesłuchania wskazanego imiennie świadka, na okoliczność nieprawidłowego skalkulowania przez SZTOPKANEL sp. z o.o. cen jednostkowych dla poszczególnych robót wskazanych w załączonej do oferty Kalkulacji Wykonania Robót oraz na okoliczność ustalenia faktycznych minimalnych kosztów wykonania tych czynności.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podali, że:

[1] SZTOPKANEL zaoferowała wykonanie przedmiotu zamówienia obejmującego wskazane w odwołaniu zadania za łączną kwotę 12 765 850 zł + VAT. Ta cena jest nieadekwatna do zakresu i charakteru przedmiotu zamówienia. SZTOPKANEL złożyła ofertę, która jest o kilkadziesiąt procent niższa niż kosztorys inwestorski w niniejszym postępowaniu [szacunkowa wartość zamówienia określona przez Zamawiającego]. Bezpośrednią przyczyną złożenia przez SZTOPKANEL tak niskiej globalnej ceny ofertowej jest nieuprawniona i niedozwolona manipulacja stawkami jednostkowymi za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia. Ocena cen jednostkowych jest konieczna z tego względu, że zgodnie ze wzorem umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ - przyjętym sposobem wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzenie kosztorysowe [§ 8 ust. 4 wzoru umowy]. Pomimo określenia ceny globalnej w ofercie z rozbiciem na poszczególne zadania [dla których cena jest również globalna jest skalkulowana na podstawie cen jednostkowych i szacunkowego przedmiaru], cena ofertowa jest wartością szacunkową a ostateczna wartość wynagrodzenia Wykonawcy zależy od faktycznie wykonanych prac. Z tego też względu, Zamawiający staje się zobowiązany do analizowania także poszczególnych cen jednostkowych w kontekście art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy.
Tom III do SIWZ - opis przedmiotu zamówienia określa zakres robót oraz podaje

szacunkowe ilości robót do wykonania w ramach poszczególnych zadań. W pkt. 1.2. Tomu

III zastrzeżono, iż podane wielkości robót są wielkościami szacunkowymi i ich wielkość może ulec zmianie w zależności do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. W tym kontekście, a także biorąc pod uwagę treść postanowienia § 8 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym wynagrodzenie podane w ofercie jest wynagrodzeniem zawierającym już wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia a wykonawca nie będzie uprawniony do żądania wynagrodzenia uzupełniającego, ceny jednostkowe muszą być skalkulowane rzetelnie i być oparte na rynkowych przesłankach.

Co do zasady przedmiary zawierają trzy kategorie cen jednostkowych: napawanie krzyżownic/szyn/iglic o zużyciu do 5 mm [kategoria 1], zużyciu od 6-9 mm [kategoria 2] oraz powyżej 10 mm [kategoria 3]. Z uwagi na zróżnicowany odnośnie każdej z kategorii konieczny nakład robocizny oraz materiałów do wykonania napawania, logicznym i prawidłowym założeniem, opartym także o doświadczenia płynące z wykonania napawania szyn w latach poprzednich jest przyjęcie, iż najniższą ceną jednostkową powinna być cena za prace wykonywane w kategorii 1, następnie kategorii 2, a najkosztowniejsze powinno być napawanie w kategorii 3. W taki też sposób winny zostać skalkulowane ceny jednostkowe. Przede wszystkim powinny uwzględniać stopień zużycia [a co za tym idzie ilość koniecznych materiałów], a następnie koszt robocizny [przy przyjęciu, że roboty na bardziej zużytych elementach trwają dłużej].

SZTOPKANEL zaproponowała następujące ceny: napawanie w kategorii 1 i 3 za 10 zł [za mb lub szt.] oraz napawanie w kategorii 2 za kwoty w przedziale od 400 zł do 2500 zł [za mb lub szt.]. W rezultacie ceny zaproponowane za wykonanie napawania w kategorii 2 są znacznie zawyżone, natomiast ceny w kategorii 1 i 3 są zaniżone od kilkudziesięciu do kilkuset razy [kat. 3]. Taki sposób kalkulacji ceny pozwolił Wykonawcy zaproponować najniższą cenę, gdyż nierealistyczne stawki na wykonanie prac w kat. 2 „zrównoważyły" niskie stawki w kat. 1 i 3, ale cena w żaden sposób nie koresponduje z faktycznymi kosztami wykonania czynności objętych zamówieniem.

Koszty wykonania napawania metra bieżącego szyn lub napawania sztuki krzyżownicy/iglicy składają się zasadniczo z czterech elementów:

- kosztów materiału [drutu spawalniczego/ elektrod do pokrycia zużytego elementu],
- kosztów robocizny [iloczyn wynagrodzenia pracowników za godzinę, ilości godzin niezbędnych do wykonania zadania oraz liczby pracowników wykonujących czynność],

- kosztów sprzętu [iloczyn kosztu użycia danego sprzętu za godzinę, ilości godzin niezbędnych do wykonania zadania, w to wliczone są koszty paliwa oraz materiałów eksploatacyjnych]
- pozostałych kosztów [„kosztów pośrednich"] w których mieszczą się m.in. koszty delegacji, noclegów, pozostałe koszty firmy nie związane bezpośrednio z wykonywanymi robotami ale niezbędne do działania firmy.

Biorąc pod uwagę ceny rynkowe oraz posiadane przez Odwołującego doświadczenie z wykonywania czynności objętych niniejszym postępowaniem [potwierdzone raportami obejmującymi informacje nt. czasu koniecznego na wykonanie poszczególnych prac], należy stwierdzić, iż minimalnymi kosztami wykonania czynności w kategorii 1 i 3 są następujące koszty:

1) napawanie mb szyn w kat. 1 - 272,45 zł;
2) napawanie pionowe krzyżownicy pojedynczej w kat 1. - 753,43 zł;
3) napawanie pionowe krzyżownicy podwójnej w kat 1. - 914,57 zł;
4) napawanie krzyżownicy manganowej w kat. 1. -1318,96 zł;
9) napawanie boczne iglicy w kat. 1 - 314,08 zł;
10) napawanie mb szyn w kat. 3 - 321,25 zł;
11) napawanie pionowe krzyżownicy pojedynczej w kat 3 - 901,96 zł;
12) napawanie pionowe krzyżownicy podwójnej w kat 3 -1177,91 zł;
13) napawanie krzyżownicy manganowej w kat. 3 -1862,11 zł;
14) napawanie boczne iglicy w kat. 3 - 519,41 zł.

Do kalkulacji powyższych cen jednostkowych Odwołujący przyjął dane rynkowe dla ww.

czterech elementów cenotwórczych, tj. ceny robocizny, materiałów, sprzętu oraz kosztów pośrednich. Do celów kalkulacji zastosowano ceny minimalne, których wysokość można zweryfikować na podstawie powszechnie dostępnych danych, m.in. zamieszczonych w systemie SEKOCENBUD.

Odwołujący przedstawił również uproszczoną kalkulację uwzględniającą tylko dwa elementy cenotwórcze, tj. robociznę i koszt materiałów. Uzasadnione jest to tym, że koszty sprzętu i pośrednie składają się z wielu składników, których wysokość może być uzależniona nie tylko od cen rynkowych [np. wskazanych w SEKOCENBUD] ale również od sposobu prowadzenia działalności gospodarczej danego wykonawcy [można przyjąć, iż niektóre koszty pośrednie np. transport pracowników, ceny wynajmu sprzętu mogą różnić się w zależności od możliwości danego wykonawcy do uzyskiwania rabatów handlowych, posiadania taboru transportowego itp.]. Tymczasem wynagrodzenie pracowników nie może

być niższe niż wynagrodzenie określone stosownymi przepisami, cena materiału [metal] jest uzależniona od cen światowych na ten surowiec [a zatem różnice cenowe są minimalne lub ich nie ma]. Kalkulacja oparta o ww. dwa elementy pozwala zatem na obiektywne zobrazowanie części kosztów wykonania czynności objętej ceną jednostkową. Jest to o tyle ważne, że nawet gdyby przyjąć do kalkulacji tylko te dwa obiektywnie weryfikowalne czynniki cenotwórcze [a pominąć koszty sprzętu I koszty pośrednie, które mogą się różnić dla każdego z wykonawców] to I tak ceny jednostkowe przyjęte przez SZTOPKANEL sp. z o.o. za wykonanie całej czynności [a zatem z uwzględnieniem również kosztów sprzętu i kosztów pośrednich] są od kilku do kilkuset razy niższe.
Kalkulując ceny dwóch elementów cenotwórczych [robocizna i materiał] Odwołujący przyjął następujące dane: czas konieczny na wykonanie napawania np. mb szyn w kat. 1 wynosi 1,2 godziny a czynność wymaga obecności dwóch osób: spawacza i jego pomocnika [łącznie 2,4 roboczogodziny]. Każdy z pracowników otrzymuje wynagrodzenie godzinowe w wysokości co najmniej 10 zł za godzinę. Zastrzec należy, Iż do kalkulacji wynagrodzenia pracowników posłużono się najniższym możliwym wynagrodzeniem, tj. wynagrodzeniem minimalnym. Wysokość pracowniczej pensji określona jest w umowie o pracę. Za wykonaną pracę pracownikowi- stosownie z wolą stron stosunku pracy- należy się określona kwota wynagrodzenia. Należy jednak pamiętać, że zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od przewidzianego w jej przepisach minimum płacowego, które zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2014 r. z dnia 11 września 2013 r. [Dz.U. z 2013 r. poz. 1074] wynosi obecnie 1680 zł.

W roku 2015 [czyli w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia] minimalne wynagrodzenie za pracę ulegnie podwyższeniu i będzie wynosiło 1750 zł. Wynika to wprost z przepisu § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. [Dz. U. z 2014 r., poz. 1220], który stanowi, że od dnia 1 stycznia 2015 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 1750 zł.

Minimalny wymiar czasu pracy, zgodnie z ustawą Kodeks pracy wynosi 168 godzin. Minimalna stawka godzinowa brutto za godzinę pracy wynosi obecnie 10 zł brutto [a po zmianie przepisów będzie wynosiła ok. 10,40 zł] czyli samo wynagrodzenie minimalne jednego pracownika za jedną godzinę pracy wynosi mniej więcej tyle samo, co stawka zaproponowana przez SZTOPKANEL sp. z o.o. za wykonanie całej czynności [10 zł netto].

Wykwalifikowani spawacze zdolni do wykonywania przedmiotu tego zamówienia otrzymują wynagrodzenie godzinowe wyższe od minimalnego, ale do celów kalkulacji przyjęto założenia najbardziej korzystne dla SZTOPKANEL sp. z o.o. Zatem nawet gdyby przyjąć, że pracownicy otrzymują wynagrodzenie minimalne to koszt robocizny za wykonanie 1 mb napawania szyn [1.2 łącznie 97 zł.] Wskutek przyjęcia ww. założeń koszt wykonania 1 mb napawania szyn w kat. I wynosi 121 zł.

Przyjmując te same założenia dla wykonania napawania krzyżownicy pojedynczej na długości do 1 mb i o zużyciu do 5 mm cena minimalna wynosi 468,40 zł czyli ponad czterdziestokrotnie więcej niż pozycja wyceniona przez SZTOPKANEL sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego, SZTOPKANEL sp. z o.o. w sposób nieuprawniony manipuluje stawkami jednostkowymi, proponując nierealistyczne kwoty za wykonanie jednych czynności, a następnie „równoważy" ceny dumpingowe cenami za wykonanie pozostałych czynności, które z kolei są w większości przypadków rażąco zawyżone. Taka praktyka jest niedozwolona, a takie zachowanie wykonawców było już przedmiotem krytycznej oceny dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na potwierdzenie swego stanowiska Odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r. [KIO 216/14]: *„Na wstępie podkreślenia wymaga, że izba potwierdza artykułowane w dotychczasowym orzecznictwie i wciąż aktualne stanowisko, że co do zasady pojęcie ceny rażąco niskiej należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie jednak należy również uznać za prawidłowe dotychczasowe stanowisko; iż w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy tych elementów, które służyć będą do ustalenia ceny; jeżeli jest to uzasadnione określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, specyfika przedmiotu zamówienia czy też ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że pojęcie ceny, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp należy odnosić do okoliczności danego przypadku. Przykładowo, w świetle art. 536 KC cenę można określić poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Taki charakter ma również np. każda oferta posługująca się obmiarowym ustalaniem ceny, gdzie mamy do czynienia z szacowaną ilością jednostek i proponowana przez wykonawcę cena za 1 jednostkę. Konkretyzacja ceny następuje dopiero po ustaleniu faktycznie zrealizowanej liczby jednostek. Izba wskazuje, że wypracowany w orzecznictwie pogląd, iż pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi się do ceny całkowitej brutto wywodzi się stąd, że jeżeli kryterium oceny ofert jest cena całkowita brutto, to co do zasady, istotnym jest wynik dokonanej wyceny, a nie jej sposób. Niektóre elementy składające się na*

cenę mogą być wycenione drożej, a inne taniej, albowiem i tak zamawiający wybiera ofertę najtańszą, kierując się jednolitym kryterium ceny. W tej sytuacji, to co dzieje się „wewnątrz" ceny, nie ma znaczenia. Jednakże taka argumentacja, w sposób oczywisty, nie znajduje zastosowania w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego, zamawiający przewidział bowiem w SIWZ w sposób wyraźny, ze kryterium oceny ofert nie będzie cena całkowita brutto. Zamawiający przewidział bowiem dwa kryteria oceny ofert odnoszące się do ceny: z waga 60 % za usługę podziału na pierwsze dwie działki oraz z waga 40% za usługę podziału za każdą następną działkę powyżej dwóch działek W tej sytuacji oczywistym jest, że każda z dwóch ryczałtowych cen jednostkowych musiała być obliczona w sposób rynkowy. Podkreślenia wymaga to, że oczekiwaniem zamawiającego było to, aby wykonawcy skalkulowali i obliczyli odrębnie dwie ryczałtowe ceny jednostkowe. Po pierwsze, zamawiający posłużył się sformułowaniem „cen ryczałtowych", co nakładało obowiązek należytego, rzetelnego ich skalkulowania, w szczególności z uwzględnieniem wszystkich kosztów, jakie wykonawca obowiązany będzie ponieść w celu realizacji poszczególnych usług. Na obowiązek ten zamawiający zwrócił uwagę w SIWZ. W pkt 18 SIWZ wyraźnie wskazano, że oferowane przez wykonawcę ryczałtowe ceny jednostkowe musza obejmować wszelkie koszty, jakie wykonawca obowiązany jest ponieść z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalne było zatem powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jedna usługę nadwyżkami w obrębie ceny za druga usługę. Odwołujący za usługi podziału za każdą następna działkę powyżej 2 działek zaoferował cenę w wysokości 1 zł, która to cena odbiegała w sposób znaczący od średniej *cen zaoferowanych przez innych wykonawców [ok. 167 zł]. Zatem zamawiający słusznie postąpił kierując do odwołującego wezwanie w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Celem instytucji z art. 90 ustawy Pzp jest zbadanie, czy niska cena jaka proponuje wykonawca nie grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Jednocześnie za prawidłowe należało uznać stanowisko zamawiającego, który w trybie tym badał jednostkowa cenę ryczałtowa z pozycji 2, stanowiącej odrębne kryterium oceny ofert w oderwaniu od ceny z pozycji 1. Cenę, choćby w myśl art. 536 KC, można wszak określić poprzez wskazanie podstaw do jej obliczenia.*

I tak też się stało w analizowanej sprawie.

Zamawiający, na zasadzie swobody umów wynikającej z art. 353 1 KC, przewidział, iż wynagrodzenie wykonawcy obliczane będzie każdorazowo poprzez przemnożenie jednostkowej ceny ryczałtowej przez ilość usług. Badanie ceny w takich przypadku musi odnosić się do analizowania poprawności podstaw do jej wyliczenia [por. wyrok KIO z

26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/12]. W tym przypadku zatem badanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp musiało odnosić się do poszczególnych ryczałtowych cen jednostkowych. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że *przywołane przez odwołującego w wyjaśnieniach okoliczności nie dowodzą, iż możliwym jest wykonanie czynności składających się na podział za każdą następną działkę powyżej 2 działek za cenę na poziomie 1 zł. Sprzeczne z zasadami doświadczenia* życiowego *byłoby przyjęcie, iż możliwym jest wykonanie działań składających się na te usługę takich jak: pomiar uzupełniający i kontrolny, sporządzenie projektu podziału działki, kompletowanie operatu, zamarkowanie w terenie nowych punktów granicznych czy uzupełnienie map praktycznie za darmo. Co więcej, oszacowana cena ryczałtowa nie uwzględniała nawet obligatoryjnych kosztów, jakie wykonawca obowiązany będzie ponieść z tytułu opłat za czynności geodezyjne kartograficzne, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 19 lutego 2004 r. w sprawie wysokości opłat na czynności geodezyjne i kartograficzne [Dz. U. Nr 37, poz. 333]. Wykonawca pominął specyfikę zamówienia oraz postanowienia SIWZ, w szczególności postanowienia tomu III SIWZ. [...] zamawiający nie gwarantował rzeczywistej liczby usług poszczególnych rodzajów. W* świetle *ww. postanowień wykonawca nie miał* żadnej *gwarancji* że *zamawiający hipotetycznie nie zleci w okresie realizacji umowy tylko jednej usługi podziału na dwie działki [w której, zgodnie z deklaracją odwołującego ujęte są faktyczne koszty jego pracy i należne mu wynagrodzenie], a następnie opracowań dotyczących dalszych podziałów np. na 100 działek. Zaś za każdy z tych dalszych podziałów, niezależnie od jego pracochłonności, wykonawca otrzymałby jedynie 1 zł. Tym samym trudno jest mówić iż w przypadku ceny ryczałtowej za podział za każdą następną działkę powyżej dwóch mamy do czynienia z rzetelna wycena umożliwiającą realizacje zamówienia, jak również* że *zaproponowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Powyższe oznaczało,* że *możliwym jest, iż wykonawca realizowałby zamówienie z ewidentną strata, co mogłoby zagrozić realizacji usług. […] W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w* świetle *dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie który* świadczy *o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktacje narusza dobre obyczaje kupieckie.*

Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że *kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie cena, czy jakością, lecz*

jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkoda zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczna cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie zerowa ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. Dostrzeżenia wymaga, że *odwołujący nawet nie kryje się z rzeczywistymi pobudkami swoich działań wskazując w odwołaniu, iż wykorzystał sytuacje w której zamawiający „nie potrafił przewidzieć skutków zastosowanych przez siebie kryteriów oceny ofert". Zaniżenie ceny za realizacje usługi podziału na większą liczbę niż dwie działki pozwoliłoby odwołującemu zdobyć maksymalna liczbę punktów, tj. 40 pkt. w ramach*

kryterium dotyczącego ceny za podział na większa liczbę niż dwie działki i w rezultacie doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W tej sytuacji bowiem inni wykonawcy, niezależnie od tego czy zaoferowali ceny na poziomie nawet zbliżonym do minimalnych istniejących na rynku otrzymaliby praktycznie O pkt. W świetle *różnic pomiędzy ww. cena zaoferowana przez odwołującego a cenami zaoferowanymi w innych ofertach w tym kryterium, drugie kryterium oceny ofert [cena za usługę podziału na dwie pierwsze działki] pozostałoby pozbawione większego znaczenia. Biorąc pod uwagę wpływ, jaki zaoferowanie tak niskiej ceny miało na punktacje w ramach oceny ofert, niewątpliwie należy uznać, iż celem zaniżenia ceny za realizacje ww. usługi było zdobycie maksymalnej ilości punktów i poprzez to działanie na szkodę innych wykonawców oraz zamawiającego".*
Cytowany wyrok stał się podstawą do wydawania orzeczeń przez KIO w podobnych sprawach. Stanowisko to zostało m.in. w pełni potwierdzone w wyroku z dnia 9 czerwca 2014 r. [KIO 1049/14].
W okolicznościach niniejszej sprawy, zdaniem Odwołującego, mamy do czynienia z pojęciem ryczałtowej ceny jednostkowej [§ 8 ust.2 wzoru umowy], przy jednoczesnym przyjęciu wynagrodzenia kosztorysowego [§ 8 ust. 4 wzoru umowy]. Wykonawca proponuje stawki jednostkowe, które nie tylko są rażąco zaniżone ale nie uwzględniają nawet kosztów, jakie każdy z wykonawców obowiązany jest ponieść [choćby koszt wynagrodzenia minimalnego dla pracowników].

Dodatkowo Wykonawca ten manipuluje składnikami ceny globalnej w taki sposób, aby uzyskać niższe wynagrodzenie niż konkurencyjni wykonawcy [Konsorcjum ASMO],

kalkulujący swoje ceny na zasadach rynkowych. Takie zachowanie jest jednocześnie czynem nieuczciwej konkurencji.
[2] Zamawiający wezwał SZTOPKANEL sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących zastosowanych cen jednostkowych wskazując w sposób jasny i precyzyjny, które stawki jednostkowe budzą jego wątpliwości. W każdym z zadań za rażąco odbiegające od przyjętych stawek rynkowych uznane zostały ceny z pozycji: 2, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 16. Wszystkie te pozycje, obejmujące napawanie rożnych elementów infrastruktury kolejowej [szyny, iglice, krzyżownice] w kategorii 1 - zużycie do 5 mm oraz w kategorii 3 - zużycie powyżej 10 mm, zostały wycenione na tą samą kwotę, tj. 10 zł netto. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen jednostkowych, w szczególności w zakresie objętym załączonym do wezwania „Zestawieniem nakładów rzeczowych, cen jednostkowych i narzutów kosztów dla wskazanych pozycji z oferty wykonawcy". W załączonym formularzu „Zestawienia" wyszczególniono poszczególne kwestionowane pozycje z rozbiciem ceny na robociznę, koszt użycia sprzętu oraz koszt materiałów. Wezwanie Zamawiającego zostało wystarczająco sprecyzowane, było uzasadnione i zawierało ułatwienie dla wykonawcy w postaci gotowego formularza w którym mógłby zamieścić składniki cenotwórcze.
W odpowiedzi SZTOPKANEL sp. z o.o. przedstawiła kalkulacje cen ofertowych netto dla każdego z sześciu zadań, na które ten wykonawca złożył ofertę. Kalkulacje nie odnosiły się do wyceny poszczególnych pozycji [tak jak żądał Zamawiający], a przedstawiały globalne koszty pośrednie i bezpośrednie do poniesienia w celu wykonania przedmiotu zamówienia w ramach każdego z zadań, przy zastosowaniu metodologii wyceny, którą wykonawca ten rzekomo stosuje od 20 lat. SZTOPKANEL sp. z o.o. zwróciła uwagę, iż stosowany w jej firmie model biznesowy, jeśli chodzi o wycenę wykonywanych robót zasadniczo odbiega od metodologii opartej o „Zestawienie nakładów rzeczowych, cen jednostkowych i narzutów kosztów dla wskazanych pozycji z oferty wykonawcy" załączone do wezwania Zamawiającego. W rezultacie SZTOPKANEL stwierdziła, iż *„W związku z powyższym nie widzimy - na tym etapie sprawy - ani podstaw, ani praktycznej możliwości udzielenia Państwu wyjaśnień w zakresie przesłanego nam „Zestawienie nakładów rzeczowych, cen jednostkowych i narzutów kosztów dla wskazanych pozycji z oferty wykonawcy" dla wskazanych w Państwa piśmie pozycji jednostkowych z naszej oferty".*

W dalszej części wyjaśnień SZTOPKANEL wskazała, iż *„Nasza kalkulacja obejmuje wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego, dodatkowo zawiera koszt* ściernic *i koszt pracy szlifierek. Koszty pracy nadzoru spawalniczego zgodnie ze sztuką*

kosztorysowania zawarte są w kosztach ogólnych. Wynagrodzenie spawaczy liczone jest za zregenerowany element, a nie za przepracowaną godzinę. Między innymi z tego powodu niemożliwe jest obliczenie kosztów na podstawie przesłanego przez Zamawiającego „Zestawienia nakładów rzeczowych, cen jednostkowych i narzutów kosztów dla wskazanych pozycji z oferty wykonawcy". Ceny jednostkowe przyjęliśmy w oparciu o wyliczone w kalkulacji szczegółowej ceny na poszczególne zadania oraz na podstawie analizy długoletniego doświadczenia".
Zdaniem Odwołującego wykonawca nie odpowiedział na pytanie Zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy, Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, może żądać wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawa nie precyzuje, co należy uznać za „element oferty mających wpływ na wysokość cen", co oznacza, że takim elementem może być również cena jednostkowa. W niniejszej sprawie Zamawiający wprost zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie wysokości ceny jednostkowej dla poszczególnych pozycji. Przy czym należy zważyć, iż zgodnie z ustawą, Zamawiający nie ma obowiązku precyzować zakresu wyjaśnień wykonawcy, gdyż to wykonawca powinien niejako „sam z siebie" przedstawić możliwie najbardziej wyczerpującą informację dotyczącą przecież jego oferty. Pamiętać należy, iż z wzywaniem do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny wiąże się domniemanie, że cena jest rażąco niska. To na wykonawcy ciąży szczególny obowiązek obalenia tego domniemania, poprzez przedstawienie szczegółowych wyjaśnień i przedstawienie stosownych dowodów.

W tym postępowaniu Zamawiający nie pozostawił wykonawcy pola do interpretacji, gdyż bardzo szczegółowo sprecyzował swoje oczekiwania: wyjaśnieniu miały podlegać konkretne pozycje Kalkulacji każdego z zadań. Dodatkowo Zamawiający przesłał formularz z którego wynikało, jakich w szczególności informacji oczekuje. Zdaniem Odwołującego, w świetle powyższych ustaleń, SZTOPKANEL była obowiązana udzielić żądanej informacji na temat cen jednostkowych [element mający wpływ na wysokość ceny], ale tego nie uczyniła. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy, zamawiający odrzuca 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. Zdaniem Odwołującego pisma SZTOPANEL z dnia 19.11.2014 r. nie sposób uznać za złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, skoro wykonawca ten uchylił sią od udzielenia odpowiedzi na precyzyjnie zadane pytanie. Jedyne zdanie, w którym odniósł się do kalkulacji cen jednostkowych brzmi: *„Ceny jednostkowe przyjęliśmy w oparciu*

o wyliczone w kalkulacji szczegółowej ceny na poszczególne zadania oraz na podstawie analizy długoletniego doświadczenia. Zdaniem Odwołującego z ww. zdania nic nie wynika, sformułowanie to nie ma żadnego waloru poznawczego. Oferta SZTOPKANEL powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy.

SZTOPKANEL przyznała, iż w praktyce nie jest w stanie udzielić wyjaśnień w zakresie wskazanych przez Zamawiającego pozycji jednostkowych zawartych w jej ofercie. Zamawiający pytał o ceny jednostkowe przy uwzględnieniu kosztu robocizny, sprzętu i materiału. Skoro wykonawca nie jest w stanie udzielić takiej odpowiedzi [przy uwzględnieniu najważniejszych elementów cenotwórczych] to zasadnym jest pytanie: w jaki sposób skalkulował te stawki? Dlaczego cena jednostkowa za wykonanie 1 mb napawania w kat. 1 i 3 wynosi 10 zł, a nie inną wartość? Jakie kryteria zostały przyjęte? Na te kluczowe pytania SZTOPKANEL odpowiedzi nie udziela. Ogranicza się do stwierdzenia, iż *„Ceny jednostkowe przyjęliśmy w oparciu o wyliczone w kalkulacji szczegółowej ceny na poszczególne zadania oraz na podstawie analizy długoletniego doświadczenia".* Ale co to konkretnie oznacza, tego wykonawca nie wyjaśnia.
Przypomnieć należy, iż zgodnie z pkt. 13.2. SI WZ „ Wykonawca musi dostarczyć Kalkulację Wykonania Robót - Załącznik nr 2 do IDW. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Kalkulacji Wykonania Robót Oferta zawierająca choćby jedną nie wypełnioną pozycję

Kalkulacji Wykonania Robót zostanie odrzucona. Zdaniem Odwołującego, wycena pozycji powinna mieć charakter realny, tj. oparty o rynkowe zasady, lub przynajmniej mający oparcie w kalkulacjach wykonawcy. W omawianej sytuacji nie mamy do czynienia z żadnym z tych przypadków, gdyż SZTOPKANEL nie potrafi wycenić wskazanych pozycji. Nie stara się nawet przedstawić choćby przybliżonej kalkulacji, nawet gdyby była nierealistyczna [np. robocizna 5 zł, materiał 3 zł, sprzęt 2 zł, itp.]. Wykonawca tłumaczy m.in., że nie może udzielić informacji nt. kosztów robocizny gdyż rozlicza się z pracownikami za wykonaną pracę, a nie za roboczogodzinę, po czym nie ujawnia nawet jakie płaci wynagrodzenie za wykonanie danego elementu. Z całokształtu wywodów SZTOPKANEL sp. z o.o. wynika, iż kwota 10 zł za napawanie w kat. 1 i 3 jest fikcyjną kwotą, nieopartą o jakiekolwiek wyliczenia. A skoro tak, to nie można przyjąć, że Wykonawca wycenił wszystkie pozycje Kalkulacji Wykonania Robót. Podanie fikcyjnej kwoty należy poczytać za niewypełnienie pozycji w Kalkulacji Wykonania Robót. Konsekwencją powyższego jest obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Niezależnie od powyższego, nawet kalkulacje przedstawione przez SZTOPKANEL sp.

z o.o., z formalnego punktu widzenia, nie są wystarczające do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, gdyż są ogólnikowe i nie przedstawiają obiektywnych czynników mogących mieć wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia r. KIO 748/13: *„Niemniej jednak nawet cena odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest wstanie udowodnić realność zaoferowanej ceny. To bowiem wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem odwołujący udzielił tak ogólnikowych wyjaśnień, nie przedstawiając przy tym* żądanych *przez zamawiającego składników zaoferowanej ceny oraz sposobu jej kalkulacji. Istotnie wskazał, iż zaoferowana cena „obejmuje wszystkie czynniki wpływające na jej wysokość", odnosząc ją do wysokości wynagrodzenia eksperta za jeden miesiąc realizacji usługi. Jednak nie podał w odniesieniu do wyspecyfikowanych czynników przypisanych im wartości [kwot]. Nie przedstawił więc kalkulacji zaoferowanej ceny, mimo iż właśnie sposobu kalkulacji ceny oczekiwał zamawiający. Natomiast możliwość zredukowania kosztów odniósł do bliżej nieokreślonych okoliczności i wartości, odwołując się przy tym do dotychczasowego doświadczenia w realizacji podobnych zamówień. Nie przedstawił więc* żadnych *dowodów potwierdzających te okoliczności. Odwołujący - co jest bezsporne - złożył wyjaśnienia. I to właśnie te wyjaśnienia podlegały ocenie zamawiającego. Niedostateczne wyjaśnienia stanowią bowiem podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, a takich w niniejszym stanie faktycznym użył odwołujący, można uznać za niezłożone [stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05] ponieważ to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień.*

Zamawiający, dokonując oceny wyjaśnień wykonawcy, w oparciu o art. 90 ust 2 ZamPublU, bierze bowiem pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowe sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy. oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający może więc uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z powodów o obiektywnym charakterze, a za takie uznać należy czynniki wskazane w art. 90 ust. 2

ZamPublU, a których to odwołujący niewątpliwie nie wskazał. Jednocześnie stwierdzić należy, iż mogą być i inne czynniki o ile zostaną wskazane przez wezwanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę o ile wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny".

SZTOPKANEL sp. z o.o. nie przedstawia obiektywnych czynników wpływających na wysokość ceny, a już szczególnie gołosłownie i niezgodnie z prawdą są jej zapewnienia, że kalkulacji dokonała na podstawie swojego długoletniego doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że postępowanie na wykonanie robót budowlanych polegających na regeneracji szyn, rozjazdów i skrzyżowań torów bezpośrednio w torach linii kolejowych metodą napawania łukowego jest przetargiem cyklicznym ogłaszanym raz na trzy lata. Poprzednie dwa zamówienia obejmowały okresy: 2009-2011 oraz 2012-2014. W obu przetargach Lider Konsorcjum ASMO, tj. ASMO sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni składało w konsorcjum razem ze SZTOPKANEL wspólną ofertę na wykonanie zadań w ramach tych zamówień. Wspólne oferty zawsze uwzględniały realne rynkowe stawki za napawanie szyn w poszczególnych kategoriach. W Kalkulacjach Wykonania Robót załączonych do wspólnych ofert nigdy nie pojawiła się stawka jednostkowa w wysokości 10 zł netto lub podobna, jak również nie ustalano tak zawyżonych stawek jak stawki przyjęte obecnie przez SZTOPKANEL w kategorii 2. W załączeniu Odwołujący składa kserokopie wspólnych ofert za ww. okresy wskazując jednocześnie, iż inwestycje te były realizowane na przestrzeni ostatnich sześciu lat. Oznacza to, że doświadczenia SZTOPKANEL w zakresie kalkulowania cen jednostkowych są całkowicie odmienne niż by to wynikało z wyjaśnień jakich udzielił w piśmie z dnia 19.11.2014 r. Również z tego względu nie sposób uznać tych wyjaśnień za wiarygodne i skuteczne.

Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia prawidłowe skalkulowanie cen jednostkowych ma kluczowe znaczenie. Takie wnioski można wyciągnąć z praktyki wykonywania zamówień w dwóch poprzednich okresach. W poprzednim przetargu [2012- 2014] obowiązywała ta sama metodologia wykazania ceny oferty poprzez pokazanie cen jednostkowych, które po przemnożeniu przez prognozowaną ilość poszczególnych elementów określała wartość zadania. Po sprawdzeniu ilości elementów prognozowanych do faktycznie wykonanych okazało się, że elementy w 1 i 3 klasie zużycia stanowią do 85% wykonywanych elementów rozliczeniowych czyli cena łączna zaproponowana przez SZTOPKANEL sp. z o.o. w przypadku takiej prognozy stanowiłaby ok. 50% wartości ceny zaproponowanej przez Konsorcjum ASMO stanowiąc cenę rażąco niską i czyniąc te roboty nieopłacalnymi. SZTOPKANEL sp. z o.o. twierdzi, że z porównania jej cen z cenami Konsorcjum ASMO wynika, że średnie ceny regeneracji są prawie równe.

Odwołujący załączył zestawienie, z którego wynika, że średnie ceny SZTOPKANEL sp. z o.o. są dwukrotnie lub trzykrotnie niższe niż ceny Konsorcjum ASMO i są to ceny bardzo istotnie zaniżone i nierealne. Gdyby Konsorcjum ASMO musiało wykonać regenerację elementów np. tylko w pierwszej klasie zużycia, lub tylko w trzeciej klasie zużycia to byłoby w stanie zrealizować to zamówienie publiczne. Natomiast gdyby SZTOPKANEL sp. z o.o. miał wykonywać regenerację elementów tylko w pierwszej lub w trzeciej klasie to musiałby wykonać około 1000 razy więcej elementów niż wynika to z prognoz Zamawiającego, a dopiero po wykonaniu robót za pełną wartość przysługująca na kolejne trzy lata można mówić o zrealizowaniu zamówienia.

SZTOPKANEL sp. z o.o. wskazała, że regenerację zużytych elementów w rozjeździe wykonuje się kompleksowo w uzgodnieniu z nadzorem PKP PLK S.A. Jest to prawda, jak również to, że nie wykonuje się tylko regeneracji lmb iglicy lub lmb szyny, oraz, że wykonuje się te prace często w jednym rozjeździe, na odcinkach kilkumetrowych, przez co koszty są niższe. Tym niemniej, pomijając nawet fakt, że SZTOPKANEL sp. z o.o. nie przedstawiła choćby przybliżonych szacunków określających ewentualne oszczędności z tego tytułu to nadto błędne jest twierdzenie, że nie można analizować cen jednostkowych w oderwaniu od całości. Należy to robić z prostej przyczyny. Zamawiający w Zamówieniu publicznym szacował ilości na poszczególne lata. Odwołujący podał porównanie ilości szacowanych i faktycznie wykonanych w latach 2012-2014 na Zadaniach 4 i 6, podkreślając że zakres terytorialny, ilości kilometrów torów, rozjazdów nie uległ praktycznie w żaden sposób zmianie.

Zadanie 4 | Zadanie 6

Nazwa elementu rozliczeniowego **Szacowan Ilości Różnic Ilość Szacowane Ilości Różnic Ilość robót**

e ilości wykonane a % a% w 113 robót w 1 ilości robót wykonane robót [3 lata 2012- wykon klasie i 3 klasie [3 lata] lata 2012- 14 wykon

anie lata] przez 14 / anie przez PKP / PKP lata lata 2012- 14

2012- 14 progno Progn Napawanie pionowe krzyżownicy pojedynczej na *325 42 13% 81% 45% 65 29 89%*

długości do 1 mb i o zużyciu do 5 mm.

Napawanie pionowe krzyżownicy pojedynczej na *679 198 29% 219 74 34%*
długości do 1 mb i o zużyciu 6-9 mm.

Napawanie pionowe krzyżownicy pojedynczej na *133 805 605% 246 544 221%*
długości do 1 mb i o zużyciu pow. 10 mm.

Napawanie pionowe krzyżownicy podwójnej na *150 8 5% 70% 97 0 0% 69%*
długości do 1,4 mb i o zużyciu do 5 mm.

Napawanie pionowe krzyżownicy podwójnej na *177 35 20% 139 17 12%*
długości do 1,4 mb i o zużyciu 6-9 mm.

Napawanie pionowe krzyżownicy podwójnej na *44 75 170% 86 37 43%*
długości do 1,4 mb i o zużyciu pow. 10 mm.

Napawanie boczne szyn [szyn skrzydłowych, *444 48 11% 76% 283 20 7% 82%*
dziobowych, kolankowych, opornicy] o zużyciu do 5
mm

Napawanie boczne szyn [szyn skrzydłowych, *783 261 33% 490 168 34%*
dziobowych, kolankowych, opornicy] o zużyciu 6-9 mm

Napawanie boczne szyn [szyn skrzydłowych, *288 781 271% 386 741 192%*
dziobowych, kolankowych, opornicy] o zużyciu pow. 10
mm

Napawanie krzyżownicy manganowej na długości do 1 *32 1 3% 100% 51 0 0% 100%*
mb i o zużyciu do 5 mm.

Napawanie krzyżownicy manganowej na długości do 1 *48 0 0% 46 0 0%*
mb i o zużyciu 6 -9 mm.

Różnice w ilościach szacowanych i faktycznie wykonanych są ogromne i zróżnicowane dla każdego elementu wykonywanych robót. Dowodzi, to że nie można tutaj mówić o tym, że cena jednostkowa nie ma istotnej wagi. Należy również odnieść się do stwierdzenia firmy SZTOPKANEL sp. z o.o.: *„wykonuje się te prace często w jednym rozjeździe, na odcinkach kilkumetrowych, przez co koszty są niższe".* Jest to prawdziwe twierdzenie, tylko należy dodać, że normalną sytuacją jest taka, że wszystkie elementy zużywają się równomiernie [czyli występują w tej samej klasie zużycia np. 1 lub 3] więc w takim przypadku istnieje ogromne prawdopodobieństwo, że firma SZTOPKANEL sp. z o.o. musiałaby wykonywać prace warte np. 10 000 zł za kwotę 120 zł.

Na podstawie oferty z lat ubiegłych w przetargu na ten same usługi, gdzie firma SZTOPKANEL była liderem konsorcjum złożonego także z Odwołującego widać, że różnice cenowe pomiędzy klasami zużycia 1, 2 i 3 kształtują się na bardzo zbliżonym poziomie od 8 do 37%, a nie od 4000 do 25000 %, jak w obecnym postępowaniu. Taktyka cenowa zastosowana przez SZTOPKANEL sp. z o.o. w sposób drastyczny odcina się od realiów rynkowych.

Odwołujący podkreślił, że wynagrodzenie całościowe, o którym mowa w § 8 ust. 1 wzoru

umowy na wykonanie zamówienia publicznego stanowi szacunkową wartość obliczoną na podstawie ilości robót przewidywanych do wykonania w okresie realizacji przedmiotu

zamówienia. Z treści § 8 ust. 2 wzoru umowy wynika, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, gdyż musi zawierać wszystkie koszty wykonania zamówienia, a wykonawca nie ma uprawnienia do żądania wynagrodzenia uzupełniającego, świadczeń dodatkowych itp. Treść § 8 ust. 4 wskazuje, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Odwołujący uważa, że forma wynagrodzenia określona w niniejszym postępowaniu nie może zostać uznana jako klasyczne wynagrodzenie kosztorysowe, bądź ryczałtowe. W ocenie Odwołującego wynagrodzenie całościowe za wykonanie każdego z zadań nie jest klasycznym wynagrodzeniem szacunkowym, ale tak naprawdę jest limitem wydatków. Wynagrodzenie szacunkowe spotykane najczęściej w umowach na wykonanie robót budowlanych jest kwota określająca w przybliżeniu wynagrodzenie, za które wykonawca może zrealizować obiekt budowlany w zakładanym zakresie. Odstępstwa od pierwotnej kwoty szacunkowej z reguły nie są duże choć zdarzają się wyjątki]. Tym niemniej wynagrodzenie takie określa przybliżoną ilość prac do wykonania i wynagrodzenie do wypłacenia. W niniejszym postępowaniu jest inaczej. Zgodnie z § 8 ust. 5 wzoru umowy *„Podane w Załączniku nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia Tom III SIWZ zakresy robót i lokalizacje mogą ulec zmianie w obrębie tego samego zadania, przy czym całkowita wartość umowy określona w § 8 ust. 1 nie może być przekroczona".* Należy zwrócić uwagę, iż treść § 8 ust. 5 wzoru umowy nie wyznacza żadnych ograniczeń dla Zamawiającego w zakresie zmiany zakresu lub lokalizacji. Oznacza to, że teoretycznie zlecenia mogą dotyczyć tylko robót związanych z pierwszą lub drugą albo trzecią kategorią regeneracji szyn. W takiej sytuacji właściwe skalkulowanie ceny jednostkowej ma kluczowe znaczenie nie tylko dla wykonawcy, ale również dla Zamawiającego. Jak wskazano wyżej, w poprzednich zamówieniach ilości robót faktycznie zlecanych zasadniczo różniły się od ilości przewidywanych w przedmiarach załączanych do SIWZ. Zakładając, że np. na danym zadaniu Zamawiający zleci wykonanie dużej ilości prac związanych z regeneracją szyn o stopniu zużycia pow. 10 mm [kat. 3], które to prace wymagają największych nakładów materiałowych i robocizny [a doświadczenia pokazują, iż takie ponadnormatywne zlecenie jest bardzo prawdopodobne] to wykonawca, który zamierza wykonać elementy w tej kategorii za 10 zł netto nie będzie w stanie długo kontynuować prac. Konsekwencją powyższego będzie upadłość wykonawcy lub jego poważne kłopoty finansowe uniemożliwiające kontynuację prac. Z oczywistych względów taki stan rzeczy będzie miał bezpośredni wpływ na możliwość wykonania zamówienia publicznego. Z kolei w przypadku zlecania wykonania większości robót w drugiej kategorii regeneracji szyn bardzo szybko

wyczerpie się limit finansowy określony w § 8 ust. 1 wzoru umowy. W tym wypadku sytuacja finansowa wykonawcy i jego wypłacalność nie będą zagrożone, ale nie będzie możliwości kontynuowania wykonywania robót [gdyż umowa nie przewiduje możliwości zwiększenia limitu]. Istnieje możliwość, że Zamawiający będzie tak zlecał prace, aby wynagrodzenie wynikające ze stawek jednostkowych się bilansowało, ale po pierwsze jest to bardzo mało prawdopodobne [biorąc pod uwagę dotychczasowe realizacje], a ponadto od razu wywołuje uzasadnione wątpliwości i podejrzenia, czy wykonawca nie wpływa na Zamawiającego w celu uzyskiwania korzystnych zleceń. Każdy z wykonawców składających ofertę powinien tak skalkulować stawki jednostkowe, aby w przypadku zlecenia większej ilości robót w każdej z kategorii regeneracji był w stanie obsługiwać zamówienie. SZTOPKANEL sp. z o.o. w swojej ofercie odeszła od tej zasady, być może licząc na to, że po wygraniu przetargu będzie wpływać na Zamawiającego w celu udzielania przez niego korzystnych zleceń.

Z oczywistych względów taka taktyka nie może liczyć na ochronę, a wykonawca powinien ponieść konsekwencje swoich poczynań poprzez odrzucenie jego oferty i wykluczenie z postępowania.

[3] Wysokość stawek jednostkowych w sposób bezpośredni wpływa na cenę globalną zaoferowaną przez SZTOPKANEL. Wskazać należy, iż Zamawiający zgodnie z art. 32 ustawy, obowiązany jest oszacować z należytą starannością wysokość całkowitego szacunkowego wynagrodzenia Wykonawcy [bez podatku VAT]. Wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego z należytą starannością w zakresie zadań nr 1-4,6-7 wyniosła łącznie 21950 174 zł + VAT. Oferta Wykonawcy na zadania nr 1-4, 6-7 stanowiła kwotę 12 765 850 zł + VAT. Wynagrodzenie określone przez SZTOPKANEL zawiera więc cenę, która stanowi jedynie 58% wartości zamówienia oszacowanej z należytą starannością przez Zamawiającego. Cena oferty jest więc aż o 42% niższa od wartości przedmiotu

zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego.

Powyższa rozbieżność znajduje odzwierciedlenie w cenach określanych przez SZTOPKANEL odnośnie każdego z Zadań, do których wykonania zamierza przystąpić ten wykonawca.

Odnosząc się do oferty Konsorcjum ASMO Odwołujący wskazał, że:

1) w zakresie zadania nr 1 - oferta Wykonawcy jest niższa o ok. 39%,
2) w zakresie zadania nr 2 - oferta Wykonawcy jest niższa o ok. 31%,

3) w zakresie zadania nr 3 - oferta Wykonawcy jest niższa o ok. 20%,
4) w zakresie zadania nr 4 - oferta Wykonawcy jest niższa o ok. 45%,
5) w zakresie zadania nr 6 - oferta Wykonawcy jest niższa o ok. 41%,
6) w zakresie zadania nr 7 - oferta Wykonawcy jest niższa o ok. 57%.

Zaniżenie cen jednostkowych wpłynęło na to, że oferta SZTOPKANEL sp. z o.o. w zakresie zadania nr 1,2,3,4,6 i 7 zawiera rażąco niską cenę.

[4] Rażące zaniżenie cen jednostkowych, a wskutek tego również ceny globalnej jest istotne nie tylko dla uznania, iż oferta SZTOPKANEL sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, ale analiza składników jednostkowych jest także istotna z punktu widzenia podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Oferta SZTOPKANEL sp. z o.o. wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji opisanego zarówno w art. 3 ust. 1, jak i w art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jako okoliczność potwierdzającą naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy| z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał, uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1240/13: „Zgodnie *z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do której odsyła ustawa ZamPublU, 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 17e ustawy].”*

Powyższe oznacza, że dla uznania działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, by było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.

W dalszej części przytoczonego orzeczenia Izba definiuje jak należy rozumieć pojęcie „dobre obyczaje": [...] dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania; odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia

działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów konsumentów. W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną,

czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców.
Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na rażąco niską cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostaną pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden z wykonawców, którzy kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą. Nawet jeśli zaoferuje stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania.
Jednocześnie - 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 ZNKU, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego" [SO w Poznaniu sygn. IX Ge 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy rok 2011, Nr 24, str. 1322].

Opisane działanie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest zamawiający. Wskutek pozbawienia znaczenia kryteriów oceny ofert powoduje, że zamawiający zmuszony jest do wybierania jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie. [...]
Tym samym Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji [por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt KIO 7/13].
Podobne stanowisko zostało wyrażone na w innych orzeczeniach KIO m.in. w:
1) wyroku z dnia 14 stycznia 2014 r. sygn. akt: KIO 2936/13,
2) wyroku z dnia 19 lutego 2014 r. sygn. akt: KIO 216/14,
3) wyroku z dnia 14 czerwca 2013 r. sygn. akt: KIO 1240/13, w którym jednoznacznie wskazano, że praktyka manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji oferty oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy; z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.], gdyż działanie takie narusza interes innych przedsiębiorców. Sytuacja ta obliguje zamawiającego do odrzucenia ofert na podstawie art 89 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
W/w orzeczenia dotyczyły sytuacji manipulowania cenami będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, jednakże należy je uznać za istotne w przypadku, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest najniższa cena, ale ma ona charakter wyłącznie szacunkowy, a konkretyzacja ceny następuje dopiero po ustaleniu faktycznie zrealizowanej liczby jednostek.

SZTOPKANEL sp. z o.o. dopuściła się manipulowania cenami jednostkowymi
celem jaki przyświecać nieuzasadnionego warunkami rynkowymi. Jedynym mógł
SZTOPKANEL sp. z o.o. przy takiej wycenie wykonanych robót, była chęć uzyskania niniejszego zamówienia i eliminacja innych przedsiębiorców z rynku. Nie ma bowiem żadnego innego logicznego uzasadnienia dla wyceny robót wymagających najmniejszego i największego nakładu pracy i środków [klasa I i Iii] na tym samym absurdalnie niskim

poziomie, a robót które jeśli chodzi o nakład pracy i środków plasują się pomiędzy opisanymi wyżej robotami [klasa II] po cenie radykalnie zawyżonej.

W efekcie tej manipulacji część z cen jednostkowych wskazanych w ofercie SZTOPKANEL

Sp. z o.o. jest absurdalnie niska w stosunku do stawek rynkowych, pozostała część jest z kolei nieproporcjonalnie wyższa od tych stawek. W sytuacji gdy ilości poszczególnych robót zostały wskazane jedynie w sposób szacunkowy i przy realizacji umowy mogą znacznie odbiegać od zakładanych szacunków takie działanie SZTOPKANEL sp. z o.o. zagrażają nie tylko interesom innych przedsiębiorców [pozbawionych możliwości realizacji zamówienia, co zostało opisane w przytoczonych wyżej orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej], ale przede wszystkim zagrażają interesom klienta czyli Zamawiającego. Może się bowiem okazać, że w trakcie realizacji zadania zostanie ustalone, iż większość robót pierwotnie zakwalifikowanych do klasy I lub IIi powinno być wykonane w klasie II i wówczas najtańsza oferta okaże się w rzeczywistości najdroższą. W takim przypadku kryterium oceny ofert jakim jest najniższa cena poprzez działania wybranego Wykonawcy zostanie całkowicie wypaczone i pozbawione znaczenia. Już samo zagrożenie tą sytuacją stanowi podstawę do uznania działań SZTOPKANEL sp. z o.o. za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Naruszenie art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji potwierdza m.in. uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r. sygn. akt: KIO/KD 30/14. W stanie faktycznym będącym przedmiotem tej uchwały działania wykonawcy polegające na zaniżeniu cen jednostkowych zostały uznane za czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy: „Przy *zaoferowaniu przez wykonawcę cen zł/godz. za pracę równiarki samojezdnej oraz 1,00 zł/godz. za pracę walca wibracyjnego, ocena ofert pozostałych wykonawców była w sposób nieuzasadniony zaniżona. Doprowadziło to do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkurowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany. Czynności wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "D." S.A. zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, a więc należało uznać, że ich celem było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania zamówienia. Stanowi to przesłankę do uznania, że czynności wykonawcy stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert,*

niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami siwz.

Z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że SZTOPKANEL sp. z o.o. dopuściła się czynów nieuczciwej konkurencji opisanych w art. 3 ust. 1 i art, 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego jego oferta powinna być odrzucona.
[5] Zdaniem Odwołującego, zachodzą przesłanki do wykluczenia SZTOPKANEL oraz do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
SZTOPKANEL nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca zaproponował bowiem wykonanie zamówienia przez osoby, które nie posiadają doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego.

Co do pracowników nadzoru spawalniczego wykonawca w punkcie 8.4.2.2. SIWZ Zamawiający postawił wymóg dysponowania osobami spełniającymi wymagania określone w punkcie 8.4.2.1. w przypadku pracowników nadzoru spawalniczego w ilości co najmniej dwóch osób na każde z Zadań. Pracownik nadzoru spawalniczego powinien posiadać uprawnienia wynikające z zaświadczenia kompetencji w zakresie nadzoru, kontroli wykonania i odbioru spawalniczych robót wykonywanych w nawierzchni kolejowej infrastruktury PKP Polskich Linii kolejowych S.A. wydanego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Diagnostyki w Warszawie. Ponadto pracownik nadzoru spawalniczego powinien posiadać doświadczenie obejmujące co najmniej dwa lata doświadczenia przy nadzorze, kontroli wykonania i odbiorach robót spawalniczych wykonywanych w nawierzchni kolejowej.
Pracownicy SZTOPKANEL sp. z o.o. posiadający uprawnienia do wykonywania prac spawalniczych w torach PKP posiadają również uprawnienia do kontroli i odbioru robót spawalniczych i są w ofercie wymienieni jako pełniący obydwie funkcje.

Ta okoliczność daje podstawę sądzić, że mogli oni w przeszłości odbierać swoje prace, co zostało wykluczone na podstawie odpowiedzi do pytania nr 14 z pisma ICZ2e-231-02-21/2014 z dnia 23.10.2014 r. W związku z tym SZTOPKANEL sp. z o.o. mogła nie wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ta okoliczność skutkuje co najmniej koniecznością wezwania Wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień na zasadzie art. 26 26

---

ust. 4 Pzp. W związku z powyższym istnieją ustawowe przesłanki do wykluczenia SZTOPKANEL Sp. z o.o. z postępowania. Jednocześnie, na mocy przepisu art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, ofertę SZTOPKANEL Sp. z o.o. należy uznać za odrzuconą.

Zamawiający określił w punkcie 8.4.2.I. SIWZ, że w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Wykonawca powinien wykazać dysponowaniem dla każdego zadania również osobami będącymi spawaczami, którzy powinni posiadać uprawnienia wynikające z zaświadczenia uprawniającego do wykonywania prac spawalniczych w torach PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wydanego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A Centrum Diagnostyki w Warszawie. Ponadto dla każdego z Zadań, każdy ze spawaczy powinien wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, regeneracją co najmniej 30 szt. krzyżownic. Co najmniej jeden ze spawaczy przewidzianych do realizacji danego Zadania powinien wykazać się wykonaniem regeneracji co najmniej 5 szt. krzyżownic manganowych [w ramach wymaganych regeneracji 30 szt. krzyżownic ogółem]. Z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, oczywiste jest, że powyższe wymogi dotyczące wykazania się wykonaniem regeneracji 30 krzyżownic, w tym 5 manganowych, dotyczył krzyżownic wchodzących w skład linii kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.. Tylko bowiem przy takim oczywistym rozumieniu tego wymogu Zamawiający będzie w stanie ocenić, czy dany Wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia, którego dotyczy niniejsze postępowanie, który to przedmiot zamówienia jest specyficzny i odnoszą się do niego między innymi zasady i Warunki techniczne wykonania i odbioru zregenerowanych poprzez napawanie łukowe elementów nawierzchni kolejowej. Wymóg odnoszący się do wykazania doświadczenia spawaczy w regeneracji krzyżownic znajdujących się w liniach kolejowych zarządzanych przez PKP PLK S.A. ma szczególne znaczenie w przypadku spawaczy zatrudnionych przez Zakład Usług Torowych REM-TOR sp. z o.o., z których usług SZTOPKANEL zamierza skorzystać. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że wspomniany Zakład Usług Torowych REM-TOR sp. z o.o. w okresie ostatnich pięciu lat nie wykonywał żadnych prac polegających na regeneracji krzyżownic, ani krzyżownic manganowych znajdujących się w infrastrukturze zarządzanej przez PKP PLK S.A. Niektórzy spawacze SZTOPKANEL posiadają niewielkie doświadczenie w pracach spawalniczych [egzaminy na spawaczy zdawali kilka miesięcy temu], co może wskazywać, że w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania ofert na regenerację nie wykonali co najmniej 30 szt. krzyżownic znajdujących się w infrastrukturze zarządzanej przez PKP PLKS.A.,

Ta okoliczność świadczy o tym, że SZTOPKANEL sp. z o.o. nie wykazała spełniania

---

warunków udziału postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Przesłanki do przyjęcia, że Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy jednoznacznie wynikają z przedstawionych powyżej okoliczności i dowodów świadczących o zaniechaniu przez Zamawiającego wykonania jego ustawowego obowiązku do wykluczenia SZTOPKANEL sp. z o.o. z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, oraz odrzucenia oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. z uwagi na jej sprzeczność z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, podanie w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz ze względu na to, że złożenie oferty SZTOPKANEL sp. z o.o. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

VI. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca „Sztopkanel" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rumii, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

II. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie okazało się zasadne w zakresie zarzutów wskazujących na rażąco niską cenę oraz czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie oferty złożonej przez Sztopkanel sp. z o.o. w Rumii we wszystkich zadaniach objętych odwołaniem [1, 2, 3, 4, 6, oraz 7]. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

[1] Ustawa nakazuje odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W analizowanej sprawie, Przystępujący zaproponował za napawanie krzyżownic, iglic i szyn w kategorii 1 i 3 za 10 zł [za mb lub szt.] oraz napawanie w kategorii 2 za kwoty w przedziale od 400 zł do 2500 zł [za mb lub szt.].

Przystępujący podał też, że tak zaoferowane ceny jednostkowe nie są ekwiwalentne do kosztów wykonania robót w ramach danej kategorii napawania: cena 10 zł zaoferowana dla kategorii 1 i 3 nie obejmuje wszystkich kosztów wiązanych z tym zakresem zamówienia, a ceny za napawanie w kategorii 2 są odpowiednio zawyżone i równoważą niską cenę zaoferowaną w pozostałych kategoriach [obejmują koszty wiążące się z wykonaniem napawania w kategorii 1 i 3]. Przystępujący podał bowiem na rozprawie, że „każdorazowo *w zakresie każdego zadania w odniesieniu do napawania w kategorii 1 i 3 została zaoferowana cena 10 zł; w kategorii 2 są różne ceny w zależności od oszacowania ceny danego elementu."; „nie wskazał w* żaden *sposób, że każdorazowo cena podawana za jednostkę napawania (metr lub sztukę sprzętu) w każdej z trzech kategorii jest ceną samobilansującą się - oznacza to, że cena odzwierciedla koszt wykonania danej usługi w danej kategorii, całość robót jest zbilansowana i całkowita cena za zadanie jest samobilansująca się, natomiast takiej cechy nie można przypisać do każdej ceny podanej w kalkulacji ofertowej."* oraz *„kategoria 2 bilansuje pozostałe dwie kategorie napawania"* a także: *„koszt napawania w kategorii 1 i 3 nie pokrywa wszystkich związanych z nią kosztów i jest bilansowana wartością przewidzianą dla kategorii 2 robót.".* Ten sam wniosek wynika z wyjaśnień Przystępującego, udzielonych na wezwanie Zamawiającego, gdzie wykonawca podał, że nie jest widzi możliwości zaprezentowania kalkulacji w odniesieniu do cen jednostkowych wskazanych przez Zamawiającego, wycenionych w ofercie na 10 zł: *„W związku z powyższym nie widzimy - na tym etapie sprawy - ani podstaw, ani praktycznej możliwości udzielenia Państwu wyjaśnień w zakresie przesłanego nam „Zestawienie*

nakładów rzeczowych, cen jednostkowych i narzutów kosztów dla wskazanych pozycji z oferty wykonawcy" dla wskazanych w Państwa piśmie pozycji jednostkowych z naszej oferty", nie podjął także próby sprostania wymaganiu Zamawiającego w ramach wezwania do wyjaśnień wypełnienia załączonego do wezwania zestawienia, w którym wyszczególniono poszczególne kwestionowane pozycje [te, w których wykonawca zaoferował 10 zł] z rozbiciem ceny na robociznę, koszt użycia sprzętu oraz koszt materiałów.

29

Biorąc powyższe pod uwagę , podkreślenia wymaga, że - po pierwsze - dla oceny ceny jako rażąco niskiej lub nie, istotne jest ustalenie, czy w danym postępowaniu ceną jest cena rozumiana jako łączne, ryczałtowe wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z określonym w SIWZ zakresem rzeczowym i ilościowym, czy też cena jednostkowa, która – na zasadzie obmiaru powykonawczego, stosownie do rzeczywiście wykonanego zakresu zamówienia – będzie decydować o wynagrodzeniu wykonawcy jako wyniku operacji matematycznej rzeczywistych ilości wykonanych robót i cen jednostkowych z tego tytułu.

Podzielić należy artykułowane w dotychczasowym orzecznictwie i wciąż aktualne stanowisko, że najczęściej pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi się do wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, dla którego nie ma znaczenia wycena poszczególnych elementów, które na to wynagrodzenie się złożyły. Jednocześnie jednak należy dostrzec, że w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia jeżeli jest to wynagrodzenia, uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. Dotyczy to w szczególności wynagrodzenia ustalanego na zasadzie obmiaru, kiedy zależy ono od ilości rzeczywiście wykonanych czynności czy robót, która to ilość nie jest możliwa do przewidzenia w momencie kształtowania warunków zamówienia a zależy od rzeczywistej potrzeby związanej z wykonywaniem zamówienia, co nawiązuje do wynagrodzenia opartego na zasadzie kosztorysu.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy odnosi się do ceny za wykonanie zamówienia. Pojęcie ceny, w myśl art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy rozumieć zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach [tekst jedn. Dz.U. z 2013 poz. 385]. W myśl wskazanego przepisu, cena oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru [usługi] podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym zaś cena jednostkowa to to cena ustalona za jednostkę określonego towaru [usługi], którego ilość lub liczba jest wyrażona w jednostkach miar, w rozumieniu przepisów o miarach. Z przepisu tego wynika zatem, że ceną jest cena umowna – którą kupujący obowiązany jest do zapłaty za zakupiony towar lub usługę.

30

Stąd zasadne jest badanie, co jest rzeczywistym przedmiotem operacji gospodarczej w świetle danego stosunku zobowiązaniowego: jeden przedmiot zamówienia rozumiany jako zespół składników i czynności rozpatrywanych łącznie [przedmiot zagregowany] za które należy się wykonawcy stałe, niezmienne i niezależne od rzeczywiście poniesionych wydatków na realizację zamówienia oraz wyceny jednostkowych elementów zamówienia wynagrodzenie czy też poszczególne jednostki traktowane samodzielnie, a w konsekwencji – jak uregulowano stosunek zobowiązaniowy w zakresie ceny za wykonanie zamówienia.

Zamawiający na gruncie analizowanej sprawy argumentował, że w postępowaniu ustalono wynagrodzenie oparte na zasadzie ryczałtu a nie kosztorysu, a tym samym, że wykonawca ma prawo skalkulować wewnętrzne elementy oferty [a tym samym ceny napawania elementów w trzech kategoriach] w sposób dowolny, bowiem ocenie podlega cena za całość zamówienia. Powyższa argumentacja opiera się na założeniu, że cena jest

pewną wynikową wartością za wykonanie całości zamówienia, na którą składają się elementy, których jednostkowa wycena pozostaje już bez znaczenia dla tej ceny, jeśli tylko w całości odpowiada ona kosztom i nakładom ponoszonym w związku z wykonaniem zamówienia, powiększonym o odpowiedni zysk. W tej argumentacji mieści się teza, że wykonawcy mogą wyceniać niektóre usługi znacząco drożej aniżeli ponoszone nakłady i koszty, inne zaś poniżej rzeczywistych kosztów, byleby cena jako całość bilansowała całe przedsięwzięcie, bowiem wycena elementów składających się na cenę końcową jest w tym wypadku jedynie technicznym zabiegiem, który odbywa się niejako „wewnątrz ceny", bez znaczenia dla oceny, czy nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

W analizowanej sprawie mamy do czynienia z inną sytuacją. Cena to nie płacona ryczałtem wartość za ogół opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [formularzu cenowym] usług, niezależna od ilości rzeczywiście wykonanych robót określonego rodzaju, ale mamy do czynienia z ceną w sposób ścisły powiązana z wyceną napawania w każdej z trzech kategorii napawania, których zapłata jest uzależniona od rzeczywistego ich zrealizowania a także rzeczywistej potrzeby wykonania w odpowiednim wymiarze, która zaktualizuje się zależnie od stopnia zużycia elementów podlegających napawaniu. Oznacza to, że mamy do czynienia z cenami jednostkowymi, które Zamawiający będzie ponosił za określoną ilość wykonania robót w danej kategorii. Przyjęte przez Zamawiającego zasady rozliczeń jednoznacznie nawiązują do systemu płatności za jednostkowe usługi, rzeczywiście wykonane. Na gruncie analizowanej sprawy, charakter nadany przez Zamawiającego cenie za wykonanie zamówienia wynika z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]. W przedmiotowym postępowaniu ceny 31

---

jednostkowe to nie ceny o wewnętrznym, technicznym znaczeniu, które miałyby co najwyżej dla celów ewidencyjnych, informacyjnych obrazować sposób kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, albo służyć jedynie prezentacji elementów, jakie składają się na cenę za wykonanie zamówienia, ale ceny rzeczywiste do zapłaty.

Zamawiający nie przyjął mechanizmu rzeczywistego ryczałtu, polegającego na wskazaniu przez wykonawcę kwoty za wykonywane przez okres trzech lat napawania podanych elementów, który to ryczałt zostałby odpowiednim algorytmem rozłożony na poszczególne okresy rozliczeniowe [przykładowo miesięczne] i w tej wysokości rozliczany z tytułu wykonywania umowy, albo byłby płatny jednorazowo po wykonaniu zamówienia. W analizowanej sprawie powyższa sytuacja nie ma miejsca. Jeśli zaistnieje potrzeba wykonania w określonym zadaniu napawania w danej kategorii w wymiarze większym aniżeli przewidziany w prognozie Zamawiającego [ilościach podanych szacunkowo w SIWZ i formularzach zawierających kalkulację wykonania robót], Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty kwoty z tytułu tej zwiększonej w stosunku do szacunku ilości napawania elementów w danych kategoriach cen jednostkowych za dany rodzaj napawania. Powyższe wskazuje, że ceną za wykonanie zamówienia nie jest łączna cena podawana w ofercie za wykonanie ogółu czynności [określona ceną oferty] w ilości przyjętej wg szacunku Zamawiającego [założonego w SIWZ i w formularzach zawierających kalkulację wykonania robót] na podstawie danych historycznych z poprzednich lat, czyli przewidywanych i będących podstawą oszacowania ich ilości, ale cena za odpowiednie ilości wykonanych robót, rozpatrywane samodzielnie. Cena łączna za wykonanie zamówienia, stanowiąca iloczyn zaoferowanych przez danego wykonawcę cen jednostkowych za napawanie różnych elementów oraz przewidywanej ilości szacunkowej tych elementów założonej przez Zamawiającego nie stanowi ceny ryczałtowej, ale służy jedynie do porównania cen w jednolitych dla wszystkich wykonawców warunkach oraz wyznacza górną granicę zobowiązania Zamawiającego. W cenie tej jednak nie mieści się obowiązek nabycia przez Zamawiającego ilości elementów wskazanej do jej obliczenia, która ma charakter jedynie prognozy, typowej dla wynagrodzenia opartego na kosztorysie. W tych warunkach, ceny jednostkowe mają cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych robót składających się na złożone zamówienie, bowiem to one będą stanowiły podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy za rzeczywiście wykonane roboty, po dokonanych następczo obmiarach.

W analizowanej sprawie mamy do czynienia z wynagrodzeniem ustalanym na zasadzie obmiaru. 32

Powyższe wynika z następujących postanowień SIWZ i składającego się na nią wzoru umowy:

„Pkt 13.1. SIWZ: Podana w ofercie dla każdego Zadania cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług [nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce].

13.2. wykonawca musi dostarczyć Kalkulację Wykonania Robót – załącznik nr 2 do IDW. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Kalkulacji Wykonania Robót. Oferta zawierająca choćby jedną niewypełnioną pozycję Kalkulacji Wykonania Robót zostanie odrzucona.
13.3. Cena oferty jest suma cen wszystkich pozycji podanych w wypełnionej Kalkulacji Wykonania Robót.

13.4. […]

13.5. sposób zapłaty i rozliczenia za realizacje niniejszego zamówienia, określone zostały w Tomie II SIWZ Warunki Umowy."

W § 8 *Tomu II SIWZ Warunki Umowy* szczegółowo określono wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu:

„§ 8 ust. 1: *Z tytułu nale4zytego wykonania Umowy Wykonawcy przysługuje łączne wynagrodzenie [dalej: Wynagrodzenie] zgodne ze złożoną przez Wykonawcę ofertą w kwocie … [słownie …] netto. Wynagrodzenie zostanie powiększone o należny podatek od towarów i usług według stawki… % obowiązującej na dzień wykonania usługi, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, w wysokości … [słownie …] łączna kwota wynagrodzenia wynosi … [słownie …] brutto. Kopia oferty stanowi załącznik nr 4 do Umowy.*

a) Zadanie nr … w kwocie … złotych [słownie] . Wynagrodzenie zostanie; powiększone o należny podatek od towarów i usług według stawki… % obowiązującej na dzień wykonania usługi, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, w wysokości … [słownie …] łączna kwota wynagrodzenia wynosi … [słownie …] brutto.

[…]"

„§ 8 ust. 4: Za wykonanie przedmiotu Umowy ustala się wynagrodzenie kosztorysowe, w oparciu o ofertowe ceny jednostkowe załącznik nr 3 do niniejszej Umowy i rzeczywiste obmiary robót napawania [z dokładnością do 10 mm]."

„§ 8 ust. 5: Podane w załączniku nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia Tom III SIWZ zakresy robót i lokalizacje mogą ulec zmianie w obrębie tego samego zadania, przy czym całkowita wartość Umowy określona w § 8 ust. 1 nie może być przekroczona".

„§ 8 ust. 6: Strony przyjmują, że *rozliczenia za wykonanie przedmiotu Umowy będą się odbywały fakturami częściowymi w kwartalnym okresie rozliczeniowym, wystawianymi przez Wykonawcę w oparciu o protokoły odbiorów końcowych wykonanych robót, oraz obmiary robót, w przypadku raku ad lub w przypadku stwierdzenia wad – o ich usunięciu przez Wykonawcę, z zastrzeżeniem ust. 7."*

W pkt. 1.2. Tomu lll zastrzeżono, natomiast, iż podane wielkości robót są wielkościami szacunkowymi i ich wielkość może ulec zmianie w zależności do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego.

Także oświadczenia Zamawiającego wskazują na taki charakter wynagrodzenia. Zamawiający na rozprawie podał bowiem, że *„obmiary będą służyły tylko do bieżącego rozliczania w cyklu kwartalnym"* oraz że *„przyjął wynagrodzenie ryczałtowe, zaś wynagrodzenie kosztorysowe służyły do bieżących rozliczeń kwartalnych", „ponieważ jest to*

kontrakt długoterminowy, to wymagał podania cen dla poszczególnych elementów rozliczeniowych w związku z rozliczaniem wykonania w danym kwartale.". Z powyższego wynika, że wynagrodzenie należne wykonawcy jest pochodną dokonywanych po wykonaniu robót obmiarów.

W świetle przytoczonych postanowień SIWZ, w tym przede wszystkim wzoru umowy, a także oświadczeń Zamawiającego, nie ma wątpliwości, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, którego podstawą są ceny jednostkowe podawane przez wykonawcę. Przesądza to ponad wszelka wątpliwość § 8 ust. 4 warunków Umowy, który wprost mówi, że za wykonanie przedmiotu Umowy ustala się wynagrodzenie kosztorysowe, w oparciu o ofertowe ceny jednostkowe wynikające z załącznika nr 3 do Umowy i rzeczywiste obmiary robót napawania.

Ponadto, jeśli miałoby być tak, jak twierdził Zamawiający, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, to niezrozumiałą jest przewidziana w pkt 13.2 SIWZ sankcja 34

---

odrzucenia oferty w razie zaniechania wyceny jakiejkolwiek pozycji Kalkulacji Wykonania Robót. Przy cenie ryczałtowej, rozumianej jako zapłata za ogół czynności i elementów składających się na wykonanie zamówienia, brak takiej wyceny nie powinien wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, skoro istotna byłaby cena za wykonanie przedmiotu zamówienia w oderwaniu od wyceny elementów tego zamówienia. Nie jest wyjaśnieniem tego rodzaju sankcji wskazywany na rozprawie przez Zamawiającego brak możliwości okresowego rozliczenia wynagrodzenia. Przeciwnie – właśnie znaczenie wyceny jednostek dla rozliczenia potwierdza [co nawiązuje konsekwentnie do obmiaru], że ceną za wykonanie zamówienia, jaką zapłaci Zamawiający wykonawcy, jest suma rzeczywiście wykonanych robót przemnożona przez cenę jednostkową. Stąd cena jednostkowa stanowi tę wartość, która decyduje o wynagrodzeniu należnym wykonawcy.

Całościowa analiza ukształtowanych przez zamawiającego zasad wynagradzania wykonawcy prowadzi zatem do wniosku, że – wbrew stanowisku Zamawiającego – w postępowaniu nie mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym.

Ponieważ rozliczenie następować będzie cenami jednostkowymi [ustalonymi każdorazowo poprzez przemnożenie ilości robót w danej kategorii i podaną w ofercie cenę jednostkową], a dodatkowo - co istotne - Zamawiający nie gwarantuje zakresu przedmiotu zamówienia [rzeczywistej ilości poszczególnych robót] oczywistym jest, że przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy mogły i powinny być poszczególne ceny jednostkowe za napawanie określonych elementów sprzętu w trzech ustalonych przez Zamawiającego kategoriach. Łączna cena ofertowa służyć mogła co najwyżej określeniu maksymalnego pułapu zobowiązań Zamawiającego z tytułu realizacji umowy na co wskazuje § 8 ust. 4 i 5 Warunków Umowy.

Zatem całkowicie błędnym było założenie Przystępującego, iż niską, a wręcz symboliczną cenę za napawanie w kategorii 1 i 3 będzie pokrywał ze znacząco wyższego wynagrodzenia za napawanie w kategorii 2. Takie założenie można byłoby poczynić wyłącznie w sytuacji, gdyby zakup czynności napawania w określonych kategoriach był zagwarantowany przez Zamawiającego na podanym w SIWZ poziomie, nie miał charakteru szacunku, zaś wynagrodzenie nie było oparte na zasadzie kosztorysu. Wtedy i wyłącznie wtedy wykonawca mógłby swoje koszty i zysk, jaki zamierza osiągnąć za wykonywanie napawania w kategorii 2, czyli o większej wartości, bilansować niższymi cenami zaoferowanymi za napawanie w kategoriach 1 i 3, bowiem i tak Zamawiający nabywałby

---

podaną przez siebie ilość czynności napawania w każdej z trzech kategorii, co oznacza, że ceny jednostkowe za każdą z nich nie miałyby żadnego znaczenia.

W analizowanym postępowaniu nie ma jednak pewności, że napawanie w określonej kategorii zostanie nabyte w ilości takiej jak szacowana przez Zamawiającego, a wręcz jest pewne, że ten szacunek jest pewną projekcją, która zostanie zweryfikowana w toku

wykonywania zamówienia. Nie można tez tracić z pola widzenia stanowiska Przystępującego, który wskazywał, iż zakłada, że napawanie w kategorii 2 będzie przez niego wykonywane w ilości większej niż przyjęta przez Zamawiającego a na potwierdzenie, że to założenie jest słuszne, złożył opracowane przez siebie zestawienia z minionych lat zawierające porównanie szacowanych ilości napawania w każdej z kategorii oraz rzeczywistego wykonania, z których wynika, że dotychczasowe szacunki Zamawiającego odbiegały od realiów i to znacząco, w sposób, który wskazuje, ze napawanie w kategorii 2 ma miejsce w większej ilości, niż wynika to z założeń Zamawiającego. Bardziej lub mniej trafne i odpowiadające wykonaniu szacunki Zamawiającego nie miałyby przy tym znaczenia, gdyby Zamawiający gwarantował nabycie czynności napawania w określonej ilości po cenach podanych przez wykonawcę, które w konsekwencji stanowiłyby o zobowiązaniu Zamawiającego za wykonanie dokładnie takiej ilości, jaką podał Zamawiający a nie wtedy, gdy zobowiązanie Zamawiającego z tytułu tego zamówienia będzie wynikiem rzeczywiście wykonanych robót rozliczanych odrębnie w każdej z kategorii. Nie bez znaczenia jest także, że każdorazowo dopiero po wykonaniu roboty na danym elemencie okaże się, jaką kategorię ona stanowi a tym samym – jakie wynagrodzenie za jej wykonanie należy się wykonawcy. Zamawiający, zobowiązany do wypowiedzenia się w przedmiocie tego, czy napawanie określonych elementów w kategorii napawania 1, 2 i 3 rożni się w stopniu, który przekłada się na koszty tego napawania, a także powodów, dla których zamawiający dokonał rozróżnienia owego napawania na 3 kategorie dla poszczególnych elementów, wskazywał, że: „wyróżniono *te 3 kategorie w zależności od tego, ile materiału zostanie zużyte na napawanie. Napawanie to odtwarzanie wartości użytkowej stalowych elementów nawierzchni, po których jeżdżą pociągi. Zwyczajowo i technicznie dzieli się na umowne trzy kategorie robót w zależności od stopnia zużycia elementów i związane z tym później zużycia materiału do każdej operacji. Te trzy kategorie napawania rozróżniono stosownie do warstwy podlegającej nałożeniu na elementy stalowe nawierzchni:*
- 1 kategoria to ta, w której konieczne jest nałożenie do 5 mm odtwarzanej nawierzchni elementów,

- 2 kategoria to ta, w której konieczne jest nałożenie do 9 mm włącznie odtwarzanej nawierzchni elementów,
- 3 kategoria to ta, w której konieczne jest nałożenie 10 mm i powyżej 10 mm odtwarzanej nawierzchni elementów.
Za każdym razem trzeba zeszlifować warstwę do materiału rodzimego celem sprawdzenia czy nie ma mikropęknięć za pomocą penetrantu i dopiero wtedy mamy warstwę zerową, od której zaczynamy liczyć te kategorie. Warstwa zerowa to pierwsza warstwa, w której nie ma mikropęknięć. Zamawiający podaje, że podawał ilości w sztukach lub metrach zakładanego napawania na podstawie swojego dotychczasowego doświadczenia – to doświadczenie z pozycji pracowników obejmuje perspektywę 9 lat pracy u zamawiającego i blisko 40 lat pracy związanej ze spawalnictwem elementów nawierzchni kolejowej i tramwajowej."
Zamawiający podał też na rozprawie, że postępowanie prowadzone jest dla trzech lat – do 31 grudnia 2017 r., a ilości szacowanych robót w tym postępowaniu Zamawiający przyjął na podstawie informacji pochodzących od poszczególnych zakładów terenowych linii kolejowych w liczbie 23, zaś te jednostki podawały informacje na podstawie doświadczenia z okresu trzyletniego na wieloletniego i podstawie doświadczenia warunków eksploatacyjnych przewidzianych na najbliższy czas. Następnie, Zamawiający zapytany, czy napawanie elementów w zależności od kategorii 1, 2 i 3 przekłada się na cenę wykonania zamówienia, a także czy, napawanie w każdej z kategorii wymaga tych samych kwalifikacji i umiejętności podał, że *„będzie różny koszt w ramach tych kategorii, nakład będzie polegał na robociźnie i kosztach zużycia materiału. Koszt robocizny w każdej kategorii będzie zbliżony – będzie zależał od czasu poświęconego na wykonanie napawania, natomiast koszt materiału dla napawania będzie wyższy dla kategorii 3 niż dla kategorii 1 i 2."* oraz że napawanie w każdej z kategorii wymaga tych samych kwalifikacji i umiejętności od osób je wykonujących.

Wynika z powyższego, że nie istnieją obiektywne powody, dla których napawanie w kategorii 2 może być wycenione znacznie drożej niż napawanie w innych kategoriach, w tym wymagającej więcej nakładu pracy i materiałów kategorii 3.

W konsekwencji oznacza to, że nie można wyłączyć sytuacji, że wykonawca uchwycił i wykorzystał nie tylko fakt niedoszacowania przez Zamawiającego ilości napawania w określonych kategoriach, ale także, że może wykonywać tak napawanie na poszczególnych elementach, by jak najczęściej uzyskać rezultat na poziomie kategorii 2, najwyżej przez siebie wycenionej. Intencja wykonawcy, wyrażająca się zamiarem wykonania napawania w kategorii 2 w ilości większej niż założona przez Zamawiającego została

wyraźnie wyartykułowana i nie pozostawia wątpliwości. Różnice w cenie zaoferowanej przez Przystępującego za napawanie w kategorii 1 i 3 na poziomie 10 zł, oraz od 400 do 2 500 zł za kategorię 3 z pewnością skłaniają do takiej optymalizacji procesu wykonywania zamówienia, a sam jego przedmiot daje relatywnie duże możliwości takiego wykonywania pracy, by jej wynik jak najczęściej sprowadzał się do nałożenia warstwy od 5 do 9 mm metalu, czyli znajdował się właśnie w kategorii 2. Oczywistym jest bowiem, że nawet przy najbardziej starannym nadzorze ze strony Zamawiającego, Zamawiający nie ma szansy ustrzec się przed tego rodzaju działaniem – z pewnością nie da się sprawdzać wykonawcy na każdym metrze pracy spawacza i każdym milimetrze usuwanej uszkodzonej warstwy a następnie warstwy nakładanej w celu jej odtworzenia. W sprawie ustalono przy tym, że w odniesieniu do napawania w kategorii 2 nie zachodzi sytuacja szczególna, powodująca, że akurat czynności w tej kategorii wymagają poniesienia wyższych nakładów i kosztów. Przeciwnie - zachodzi w tym wypadku dość prosta zależność: im wyższa kategoria napawania, tym więcej trzeba zaangażować kosztów i nakładów na jej wykonanie – dłuższy jest czas pracy spawacza oraz trzeba zużyć więcej materiałów na odtworzenie elementu. Napawanie w kategorii 2 pociąga więc wyższe koszty niż napawanie w kategorii 1, a napawanie w kategorii 3 jest zawsze kosztowniejsze niż napawanie w kategorii 1 i 2, bowiem wymaga usunięcia większej ilości materiału a następnie nałożenia jego warstwy 10 mm albo więcej. Potwierdził to zarówno Zamawiający na rozprawie jak i przyznał Przystępujący wskazując na dokonanie kalkulacji cen w każdej z trzech kategorii napawania w sposób sztuczny, oderwany od kosztów ponoszonych na wykonanie robót w ramach każdej z kategorii.

Stąd podanie tak dalece rozbieżnych cen za wykonanie czynności napawania w kategorii 1, 2 i 3, w tym ceny za wykonanie napawania w kategorii 2 znacząco, wręcz rażąco zawyżonej w stosunku do pozostałych dwóch kategorii, bez związku z ponoszonymi kosztami i nakładami na napawanie w tej kategorii, oraz zaniżenie ceny dla kategorii 1 i 3 na poziomie stałej, nie bilansującej ponoszonych kosztów ceny 10 zł, musi zastanawiać i skłaniać do wniosku, że jest wynikiem określonej, intencjonalnej optymalizacji. Wyrazem tych wątpliwości jest wezwanie przez Zamawiającego do wyjaśnienia kalkulacji cen jednostkowych. Następnie, sam wykonawca nie zaprzeczał, że tego rodzaju działanie jest wynikiem jego „strategii biznesowej" zakładającej, że w rzeczywistości ma zamiar wykonać więcej napawania w kategorii 2, aniżeli zakładana przez Zamawiającego.

Stąd zasadnym jest wniosek, że ceny jednostkowe zaoferowane przez Przystępującego za napawanie w kategorii 1 i 3 na poziomie 10 zł, które – ze wskazanych 38

wyżej względów – są cenami do zapłaty przez Zamawiającego, są rażąco niskie. Powyższe determinuje uznanie ceny Przystępującego za rażąco niską, a w konsekwencji stwierdzenie, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

[2] W świetle opisanych wyżej okoliczności, Zamawiający słusznie postąpił kierując do Przystępującego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, czego zresztą Przystępujący w stosownym terminie nie zakwestionował. Celem instytucji z art. 90 ustawy jest zbadanie, czy niska cena jaką proponuje wykonawca nie grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Jednocześnie za błędne należało uznać stanowisko Przystępującego, że zamawiający nie miał prawa badać cen jednostkowych, gdyż nie jest to cena w rozumieniu art. 3 ustawy o cenach. Cenę, choćby w myśl art. 536 KC, można wszak określić poprzez wskazanie podstaw do jej obliczenia. I tak też się stało w analizowanej sprawie. Zamawiający, na zasadzie swobody umów wynikającej z art. 353_1 KC, przewidział, iż wynagrodzenie wykonawcy obliczane na zasadzie kosztorysu. Badanie ceny w tym

przypadku musi odnosić się do analizowania poprawności podstaw do jej wyliczenia [por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/12].

Zamawiający zwrócił się do Przystępującego na podstawie art. 90 ustawy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen jednostkowych. Zamawiający jednocześnie przedstawił wykonawcy zestawienie nakładów rzeczowych, cen jednostkowych i narzutów kosztów dla wszystkich tych pozycji z oferty Przystępującego, gdzie podano cenę 10 zł. Wezwanie odnosiło się wyraźnie tylko i wyłącznie do zaoferowanych cen jednostkowych, co wynika zarówno z części wstępnej [nagłówkowej] pisma z 14 listopada 2014 r., jak i jego konkluzji, w której się stwierdza: *„Ceny te rażąco odbiegają od cen jednostkowych szacowanych przez Zamawiającego oraz od cen jednostkowych zaoferowanych przez pozostałych Wykonawców. W celu ustalenia, czy państwa oferta zawiera rażąco niskie ceny jednostkowe w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający, na podstawie art. 90 Ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość cen jednostkowych w szczególności w zakresie objętym załączonym „Zestawieniem nakładów rzeczowych, cen jednostkowych i narzutów kosztów dla wszystkich tych pozycji z oferty Wykonawcy”.*

Przystępujący nie kwestionował odwołaniem tak sformułowanego wezwania a w złożonych wyjaśnieniach z 19 listopada 2014 r. przyznał, że nie jest w stanie złożyć kalkulacji cen jednostkowych według tabeli przedłożonej przez Zamawiającego. Wykonawca

podał m.in.: *„W związku z powyższym nie widzimy - na tym etapie sprawy - ani podstaw, ani praktycznej możliwości udzielenia Państwu wyjaśnień w zakresie przesłanego nam „Zestawienie nakładów rzeczowych, cen jednostkowych i narzutów kosztów dla wskazanych pozycji z oferty wykonawcy" dla wskazanych w Państwa piśmie pozycji jednostkowych z naszej oferty"* a także: *„Nasza kalkulacja obejmuje wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego, dodatkowo zawiera koszt* ściernic *i koszt pracy szlifierek. Koszty pracy nadzoru spawalniczego zgodnie ze sztuką kosztorysowania zawarte są w kosztach ogólnych. Wynagrodzenie spawaczy liczone jest za zregenerowany element, a nie za przepracowaną godzinę. Między innymi z tego powodu niemożliwe jest obliczenie kosztów na podstawie przesłanego przez Zamawiającego „Zestawienia nakładów rzeczowych, cen jednostkowych i narzutów kosztów dla wskazanych pozycji z oferty wykonawcy". Ceny jednostkowe przyjęliśmy w oparciu o wyliczone w kalkulacji szczegółowej ceny na poszczególne zadania oraz na podstawie analizy długoletniego doświadczenia”.*

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał istnienia obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy czy wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które pozwoliły mu na świadczenie robót w zakresie napawania elementów na poziomie 10 zł. Niemożliwym jest bowiem, aby w wynagrodzeniu w takiej wysokości zostały ujęte elementy związane z wykonaniem zamówienia. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają powyższy wniosek. Stąd oferta wykonawcy Sztopkanel sp. z o.o. w Rumii powinna podlegać odrzuceniu, nie tylko jako zawierająca rażąco niską cenę za wykonanie zamówienia, tj. napawania w kategorii 1 i 3 w każdym z sześciu zadań objętych odwołaniem ale także wobec faktu, że złożone wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, potwierdzają, że ceny jednostkowe podane dla kategorii 1 i 3 napawania mają charakter rażąco niskich [art. 90 ust. 3 ustawy].

[2] Potwierdziły się także zarzuty wskazujące, że w sprawie mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji.

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła ustawa Prawo zamówień publicznych, 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 17 e ustawy]. 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. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów konsumentów.

W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystać niedoszacowanie zamawiającego ilości robót jakie będą rzeczywiście wykonane i po to by wykonać na rzecz Zamawiającego roboty po wyższej cenie, aniżeli odpowiadająca regułom rynkowym, narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie rozliczanymi cenami [stosownie do zakresu rzeczywiście wykonanego] w ten sposób, że część cen kształtowana jest w sposób rażąco wysoki [napawanie w kategorii 2], zaś część w sposób nierynkowy, rażąco niski czy wręcz symboliczny [napawane w kategorii 1 i 3] ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków Zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie znanych wykonawcy okoliczności związanych z wykonywanym zamówieniem, takich jak niedoszacowanie przez Zamawiającego ilości robót albo założeniem takiego sposobu wykonywania zamówienia, by w jak największej ilości robót wykonywać napawanie w kategorii 2.

W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie, stanowi wyzyskanie możliwości zaoferowania cen jednostkowych oderwanych od rzeczywistości z zamiarem wykonania zamówienia w tak drogo wycenionej części w zakresie wyższym, niż zakładany przez Zamawiającego w jego szacunku a tym samym nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie

drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania.

Jednocześnie – 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 ZNKU, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego" [SO w Poznaniu sygn. IX Ge 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322].

Opisane działanie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest w przedmiotowym postępowaniu zamawiający. Wskutek wyceny napawania w kategorii 2 w sposób całkowicie odbiegający od reguł rynkowych i kosztów związanych z wykonywaniem robót, Zamawiający zmuszony jest do wybierania jako najkorzystniejszej oferty, która na etapie wykonywania zamówienia nie będzie ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie. Wykonanie bowiem większej niż szacowana ilości robót w kategorii 2 napawania przy tak znacznej różnicy cen za napawanie w każdej z kategorii, w tym rażącego zawyżenia ceny za napawanie w kategorii 2, oznacza, że Zamawiający znacznie szybciej wyczerpie kwoty przeznaczone na dane zadania a w konsekwencji, że przedmiotem wykonania zamówienia będzie odpowiednio mniejsza ilość robót wykonana za to samo wynagrodzenie. Oczywistą jest bowiem w tym wypadku prawidłowość ekonomiczna, że jeśli wykonawca wykona większą ilość w kategorii napawania 2, a wynagrodzenie za te roboty jest wielokrotnie zawyżone w stosunku do wiążących się z tym nakładów a także w stosunku do innych kategorii napawania, to przy budżecie założonym na dane zadanie, kwota – zarówno na

poziomie zadania jak i całego zamówienia - wyczerpie się przy mniejszej ilości robót o tyle szybciej, o ile przeszacowano ich wartość w stosunku do pozostałych kategorii napawania.

Tym samym Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, mającymi charakter samodzielnych, opartych na wynagrodzeniu kosztorysowym, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji [por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt KIO 7/13]. Okolicznością przesądzającą

o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie" proporcjami poszczególnych robót, jakie zostaną wykonane, a w konsekwencji ich ceną i wreszcie ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie.

Na uwagę zasługują w tej mierze wytyczne zawarte w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07 w którym podano: *„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 celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami* życia *gospodarczego. Ocena 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."*

W ocenie Izby, uznanie, że opisane wyżej działanie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prowadziłoby do wynaturzeń pozbawiających sensu ekonomicznego cały system zamówień publicznych.

Z kolei w myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jak wynika z orzeczeń sądów powszechnych w sytuacji, gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1-5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregokolwiek z zachowań określonych w pkt 1-5 tego przepisu doszło do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku [wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie sygn. I ACa 1040/12, oraz wyrok SN wydany w sprawie o sygn. I CSK147/12]. Koniecznym jest zatem zaistnienie takiej sytuacji, w której wykonawca zamierza realizować zamówienie poniżej kosztów własnych. Ponadto zachowanie wykonawcy musi być nakierowane na wyeliminowanie innych przedsiębiorców z rynku danych świadczeń.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę i odnosząc je do stanu faktycznego w analizowanej sprawie, należy stwierdzić, że całościowa analiza ukształtowanych w SIWZ

zasad wynagradzania musiała prowadzić do wniosku, iż nie było dopuszczalne manipulowanie cenami jednostkowymi w taki sposób, że część cen została podana w sposób nieuzasadniony na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów, a część znacząco zawyżona, by rekompensować wcześniejsze zaniżenie innych cen, przy czym celem takiej operacji jest zamierzona optymalizacja, sprowadzająca się do zamysłu wykonania większej niż zakładana przez Zamawiającego do porównania cen ilości robót w kategorii istotnie wyżej wycenionej.

Zasady doświadczenia życiowego podpowiadają, a także przyznał to Przystępujący, że za cenę 10 zł nie jest możliwe wykonanie napawania elementów objętych przedmiotem zamówienia. Zamysł rekompensowania tak niskiej ceny wysoką wyceną robót w kategorii 2, bez jakiegokolwiek uzasadnienia rynkowego zasługującego na aprobatę, spełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, oferta Przystępującego powinna podlegać

odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Stanowisko prezentowane w zakresie uznania za rażąco niską cenę jednostkową potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 15 listopada 2012 r. w spr. V Ga 106/12 oddalający skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1734/12, w którym Sąd Okręgowy argumentował następująco: *„Stan faktyczny w świetle wyroku Izby i skargi wykonawcy jawi się jako bezsporny co do tego, że przedmiotem zamówienia był pakiet Nr 18 składający się z 3 elementów a jeden z nich tj. filtr antybakteryjno-wirusowy elektrostatyczny dla dorosłych jest w niektórych przypadkach zaniżony o 120 razy [0,03 zł]. Nie jest też kwestionowane przez skarżącego i to ustalenie Izby, że wykonawca jest obowiązany dostarczać asortyment w zakresie pakietów sukcesywnie na zamówienie, a ewentualne koszty umowne będą naliczane nie od ceny pakietu a od opóźnionej dostawy. Cała istota skargi sprowadza się do wykazania, że wiążąca w zamówieniu była cena pakietu a nie jej poszczególnych składników, choćby ceny odbiegały od rynkowych a nawet były nierealne [strona 4 skargi].*
Ocenie podlegać zatem będzie to czy w tym konkretnym bezspornym stanie faktycznym rażąco niska cena jednostkowego towaru sprzedanego w pakiecie, który został określony jako przedmiot zamówienia powinna być podstawą odrzucenia oferty. Dokonując tej oceny sąd musi odnieść się do zasad ogólnych, które wiążą przy wykonywaniu zamówień publicznych. Jedyna z tych zasad i to decydująca w tym przypadku jest zasada uczciwej konkurencji określona w art. 7 Pzp. Jak każda zasada prawna nadaje konkretnym przepisom kierunek interpretacyjny, a więc ułatwia ich wykładnię. Tym samym, w razie wątpliwości rozstrzyga o sposobie stosowania poszczególnych przepisów ustawy.

44

Z przepisu art.7 ust. I wynikają dwie, fundamentalne dla prawa zamówień publicznych zasady ogólne:
- równe traktowanie podmiotów biegających się o zamówienie publiczne [zasada równości];
- przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji [zasada uczciwej konkurencji].
Szczególnie druga zasada odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnej oceny ofert. Realizację tej zasady ma zapewnić m.in. obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców niezapewniających złożenia uczciwej i rzetelnej oferty [art. 24 ust. 1]. Przy ocenie ofert zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję, m.in. poprzez sprawdzenie, czy składana oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503 ze zm.] albo czy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Przy realizacji tej zasady należy pamiętać, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach.
Gdy przedmiotem zamówienia są pakiety zbioru rzeczy tj. jak w niniejszym przypadku nie bez znaczenia jest czy przedmiot zamówienia będzie tożsamy z przedmiotem umowy. Ta kombatylibność musi istnieć, bo w przeciwnym przypadku, cała istota zamówień publicznych byłaby zniweczona. Słusznie zatem Izba zbadała tę relacje. Jak wskazano stan faktyczny w tym zakresie nie jest kwestionowany, bo ostatecznie liczy się to nie jakie jest zamówienie i jego przedmiot ale jaka jest umowa, która rodzi katalog praw i obowiązkiem dla stron. W tych okolicznościach nie można wykluczyć, że zamawiający manipulując w proporcjach zamawianych elementów w pakiecie [np. pomijając w zamówieniu najtańszy element] przepłaci za pozostałe, czyli złamie zasady przetargu na korzyść dostawcy. Ale możliwa jest też sytuacja odwrotna, że zamówi tylko element najtańszy. A także działanie i ułożenie stosunku umownego wyklucza uczciwe działanie i naruszenie zasady przetargu publicznego."

Wskazane orzeczenie Sądu Okręgowego akcentuje także zakłócenie uczciwych reguł w postępowaniu, upatrując naruszenia zasad ogólnych postępowania a także przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez manipulowanie cenami jednostkowymi, potwierdzając w tym zakresie ocenę, że w analizowanej sprawie mamy do czynienia również z czynem nieuczciwej konkurencji.

45

Opisane działania wykonawcy Sztopkanel sp. z o.o. nie wpisują się jednak w sposób wyraźny w przypisywaną przez Odwołującego niezgodność oferty z SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy], a to z uwagi na brak wyraźnego postanowienia SIWZ, z którym niezgodna miałaby być oferta Przystępującego.

[3] Nie znalazły natomiast potwierdzenia zarzuty odwołania wskazujące na podstawę do wykluczenia wykonawcy Sztopkanel sp. z o.o. w Rumii z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na wskazanie osób do realizacji zamówienia, które wykonywały w przeszłości czynności spawaczy i osób nadzorujących pracę spawaczy. Odwołujący w oparciu o powyższe upatrywał, że w konsekwencji w postępowaniu te czynności będą przez wskazane osoby dublowane, co z kolei Zamawiający wprost wyłączył w odpowiedzi na pytanie nr 14 z pisma ICZ2e-231-02-21/2014 z dnia 23.10.2014 r. Odwołujący jednak w tej mierze zdaje się nie dostrzegać, że powyższe wymaganie odnosi się do wykonywania zamówienia, nie zaś do doświadczenia wymaganego od osób na stanowiska spawaczy i osób nadzorujących spawaczy. Wyraźnie wynika to z wyjaśnienia do SIWZ, w którym podstawy do stawiania zarzutów upatruje Odwołujący – mówi ona nie o wymaganym doświadczeniu w ramach stawianego warunku udziału w postępowaniu, ale o sposobie wykonywania zamówienia. Trudno zresztą przyjąć, że Zamawiający mógłby stawiać tego rodzaju warunki udziału w postępowaniu, wyłączając szersze aniżeli wymagane doświadczenie. Z samego odwołania jak i stanowiska prezentowanego na rozprawie przez Odwołującego wynika, że Odwołujący w tej mierze opiera się na przypuszczeniach, że być może taka sytuacja miała miejsce a także odgaduje, że pracownicy zatrudnieni przez inny podmiot, z uwagi na jego zakres dotychczasowej działalności, nie posiadają odpowiedniego doświadczenia. Powyższe zarzuty, stanowiąc przypuszczenie Odwołującego, nie poparte żadnymi dowodami, czyni je niewykazanymi. Z tego względu nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1] i 2] *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].

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. Nie uwzględniono kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocnika Odwołującego na podstawie faktury wystawionej przez kancelarię prowadzoną przez pełnomocnika na rzecz lidera konsorcjum w kwocie 847,35 zł, z uwagi na to, że nie zostało wykazane, że mocodawca jest zobowiązany do ponoszenia kosztów dojazdu [nie złożono, przykładowo polecenia wyjazdu służbowego – delegacji, czy też umowy, z której by wynikał taki obowiązek].

Skład orzekający: