

Sygn. akt KIO/2650/10

WYROK
z dnia 21 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **”ENERGOPOL-POŁUDNIE” S.A., 41-208 Sosnowiec, ul. Jedności 2** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego PN. „ budowę sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Radziechowy-Wieprz – kontrakt 21b” przez zamawiającego **Związek Międzygminny ds. Ekologii, 34-300 Żywiec, ul. Kabaty 2;**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego "MACHNIK", 33-380 Krynica-Zdrój, Mochnaczka Wyżna 59** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża ”ENERGOPOL-POŁUDNIE” S.A., 41-208 Sosnowiec, ul. Jedności 2 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **"ENERGOPOL-POŁUDNIE" S.A., 41-208 Sosnowiec, ul. Jedności 2;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 658,00 zł (słownie: sześćset pięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **"ENERGOPOL-POŁUDNIE" S.A., 41-208 Sosnowiec, ul. Jedności 2** na rzecz **Związku Międzygminnego ds. Ekologii, 34-300 Żywiec, ul. Kabaty 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu noclegu oraz dojazdu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Radziechowy-Wieprz - Kontrakt 21b" przez wykonawcę - ENERGOPOL- POŁUDNIE" S.A. z Sosnowca [zwany także: Odwołujący] i dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący się wykonawca podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego - Związek Międzygminny ds. Ekologii z Żywca art. 7, art. 89 ust. 1, pkt. 2), pkt. 3) - 4), art. 90, oraz art. 91- 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759 ze zm.). [dalej ustawa Pzp]. Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą: (1) badania ofert - poprzez przyjęcie, że oferty: Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik" z siedzibą w Krynicy Zdrój, oraz Konsorcjum z Liderem „WAFRO" S.A. z siedzibą z Brzozowa nie podlegają odrzuceniu z postępowania, (2) oceny ofert - poprzez przyjęcie, że w/w oferty podlegają punktacji (ocenie) ofert, oraz (3) wyboru oferty nieważnej i tym samym nie najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

W uzasadnieniu – w zakresie podstaw odrzucenia wskazanych ofert – wykonawca podał, że oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik", oraz Konsorcjum z Liderem „WAFRO" S.A. podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp, ponieważ ich złożenie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, który przekłada się na rażąco niską cenę tych ofert. Wykonawca podał, że zgodnie z SIWZ cena podana w ofercie musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i powinna uwzględniać wszystkie uwarunkowania zawarte w SIWZ. W cenie powinny być uwzględnione wszystkie podatki, ubezpieczenia, opłaty, opłaty transportowe itp., włącznie z podatkiem od towarów i usług - VAT. Wyceniony przedmiar robót powinien zostać sporządzony w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i dołączony do oferty. Zdaniem Odwołujący w odpowiedzi na pytanie 18 z dnia 27.09.2010 roku Zamawiający jednoznacznie wskazał, że w pozycji przedmiaru robót - poz. Kosztorysowa nr 7 należało w naliczeniu opłat ekologicznych ująć koszty wycinki drzewostanu. Zgodnie z Preliminarzem opłat administracyjnych za usunięcie drzew i krzewów Zamawiającego koszt usunięcia 146 drzew i krzewów wynosi 827691,70 zł. Do tego należy doliczyć rzeczywiste koszty wycinki i wywozu w/w wyciętego drzewostanu oraz koszty przesadzeń. Wykonawcy w pozycji tej takich opłat administracyjnych nie wskazali. Podał także, że koszty pozycji w ofertach tych wykonawców są ok. 80 - 110 razy mniejsze niż koszty opłat administracyjnych wskazanych Preliminarzem Zamawiającego. Dowodzi to – zdaniem Odwołującego - oferowanie wykonania usługi znacznie poniżej kosztów jej

wytworzenia, co zgodnie z art. 15 ust. Ustawy z 1993r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe, zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcę, przenosi się także na rażąco niską cenę oferty. W tym przypadku Odwołujący wskazał, na art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, podnosząc, że ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje tego pojęcia. Nie definiują tego pojęcia również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Podał także, że dla kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej jest cena za przedmiot zamówienia ustalona przez zamawiającego, albowiem jego zdaniem przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 wyraźnie wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT i tylko, gdy tak określona wartość została ustalona z nienależytą starannością zamawiający nie powinien jej brać pod uwagę, jako punktu odniesienia dla kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej. Dalej podał, że w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny, albowiem „za sprzeczne z ustawą należy uznać automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert bez możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna”. Stwierdził także, że „Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo) niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna”. Wykonawca wskazał także, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność

projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, szereg pozycji ofertowych kosztorysowych w ofertach wskazanych wykonawców noszą znamiona czynów nieuczciwej konkurencji, co skutkuje rażąco niską ceną tych ofert. W tym przypadku wskazał na poz.19, 21, 55, 74, 84, 96 i 122 oraz na rzeczywiste koszty tych pozycji, które jego zdaniem nie pokrywają kosztów materiałowych tych pozycji. Tym samym nie obejmują kosztów robocizny i kosztów pracy sprzętu, kosztów pośrednich, zysku - co jednoznacznie stanowi o oferowaniu wykonania danych pozycji poniżej kosztów wytworzenia. Zatem zgodnie z ustawą, Zamawiający miał obowiązek z art. 90 ustawy wykonać instytucję rażąco niskiej ceny, czego zaniechał, tym bardziej, że cena oferty najkorzystniejszej stanowi ok. 68% kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego gdyby wykonawcy we wskazanych powyżej pozycjach wskazali rzeczywiste koszty ich wytworzenia, to ich ceny przekroczyłyby cenę oferty Odwołującego. Zamawiający miał, zatem obowiązek po wyjaśnieniach i wykonaniu instytucji rażąco niskiej ceny dane oferty odrzucić. Powołał się w tym względzie na orzecznictwo KIO oraz orzecznictwo sądowe. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający wskazał w siwz precyzyjnie sposób obliczenia ceny oferty w oparciu o przedstawione przedmiary, który zmienił w stosunku do ofert podnoszonych Wykonawców. Z tych też względów wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji, oraz wskazanie wyniku postępowania na jego ofertę.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że nie zgadza się z tezami przedstawionymi przez Odwołującego, nade wszystko nie zgadza się z tym, że oferty Wykonawców Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik” oraz Konsorcjum WAFRO S.A., WODPOL sp. z o.o. zawierają rażąco niską cenę. Odwołujący nie przedstawia w odwołaniu żadnych dowodów mających poprzeć jego stanowisko. Odwołujący podaje treść punktu 25 „Opis sposobu obliczenia ceny” Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Instrukcji Dla Wykonawców, wytłuszczonym drukiem powołując zdanie: „ Wyceniony przedmiar robót powinien zostać sporządzony w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i dołączony do oferty. ” Zamawiający stwierdza, że Przedmiar Robót zawiera 155 pozycji i obydwie kwestionowane oferty zawierają wycenione wszystkie pozycje zawarte w Przedmiarze Robót. Podał także, że z opisu pozycji nr 7 nie wynika, aby Wykonawca musiał uwzględnić właśnie tam wysokość

opłat za usunięcie drzew. Zamawiający nie sugerował tego w powyższej odpowiedzi na pytanie do SIWZ. Również w żadnej innej odpowiedzi na pytania SIWZ nie wynika, że opłaty ekologiczne musiały być uwzględnione tylko i wyłącznie w pozycji nr 7 Przedmiaru Robót. Zgodnie ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych ST-00.00 „wymagania ogólne” do prac towarzyszących zalicza się m. in. „wycinka drzew, przesadzanie mniejszych drzew i krzewów, w razie konieczności należy uzyskać zgodę na wycinkę drzew” (pkt 1.6 ST-00.00, str. 10). Koszty prac towarzyszących powinny być zgodnie z ST-00.00 uwzględnione w Cenie Kontraktowej. Jak dalej mówi ST-00.00: „W przypadku braku w Przedmiarze Robót indywidualnej pozycji obejmującej zakresem Roboty tymczasowe i prace towarzyszące (zgodnie z podstawą płatności) koszty tych Robót winny być rozłożone proporcjonalnie we wszystkich pozycjach Przedmiaru Robót. Uznaje się wówczas, że wszelkie koszty związane z wypełnieniem wymagań w zakresie Robót tymczasowych i prac towarzyszących nie podlegają odrębnej zapłacie i są uwzględnione w Cenie Kontraktowej.” Skoro, więc tzw. opłaty ekologiczne nie są ujęte wyraźnie w pozycji nr 7 Przedmiaru Robót, a zamawiający nie nakazał w odpowiedziach na pytania zawierać wysokość tych opłat wyłącznie w pozycji nr 7, oznacza to, że wykonawcy powinni rozłożyć te opłaty proporcjonalnie we wszystkich pozycjach Przedmiaru Robót. W taki sposób, zdaniem Zamawiającego postąpiła większość wykonawców, którzy złożyli oferty. Na dziewięć złożonych ofert, aż pięciu wykonawców w pozycji numer 7 zaproponowało ceny znacznie poniżej stu tysięcy złotych (np. 30 tysięcy, 50 tysięcy). Wskazał także na ofertę wykonawcy Strabag Sp. z o.o., który jako jedyny złożył ofertę z ceną znacznie odbiegającą w górę od przeciętnych cen zaoferowanych przez innych wykonawców - pozycję nr 7 wycenił tylko na nieco ponad 122 tysiące złotych, jednakże Odwołujący nie podważa poprawności wyliczenia ceny Strabag Sp. z o.o. W związku z powyższym Zamawiający uznaje, że argument dotyczący wystąpienia rażąco niskiej ceny nie znajduje potwierdzenia, ponieważ Wykonawcy nie musieli w pozycji nr 7 zawierać opłat ekologicznych, a więc bezprzedmiotowe jest porównywanie wysokości tych pozycji pomiędzy ofertą Odwołującego a ofertami Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik” oraz konsorcjum WAFRO S.A., WODPOL Sp. z o.o. Stwierdził także, że Preliminarz opłat za usunięcie drzew i krzewów jest częścią dokumentu „Inwentaryzacja aktualnego stanu zieleni wraz ze wskazaniem gospodarczymi i naliczeniem opłat za jej usunięcie na trasie projektowanego przebiegu linii kanalizacji we wsi Przybędza, gmina Radziechowy-Wieprz”. Dokument ten został stworzony w grudniu 2000 r. i wówczas obowiązywało rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1997 r. w sprawie opłat za wprowadzanie substancji zanieczyszczających do powietrza oraz za usuwanie drzew lub krzewów. W chwili składania ofert obowiązywały przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 13 października 2004 r. w sprawie stawek opłat dla poszczególnych

rodzajów i gatunków drzew, ustalające generalnie na niższym poziomie stawki opłat w stosunku do pozycji w podanym Preliminarzu. Tym samym zdaniem Zamawiającego, Odwołujący pomijając fakt zmiany opłat za usunięcie drzew wprowadza w błąd zawyżając realne koszty, jakie poniesie wykonawca, a tym samym niesłusznie wywodzi, że ceny ofert tańszych noszą rzekomo znamiona cen rażąco niskich. Powołując się na orzecznictwo KIO i orzecznictwo sądowe, Zamawiający zwrócił uwagę, iż na dziewięć złożonych ofert - osiem z nich mieści się w przedziale od 19.948.861,72 zł do 26.178.711,08. Średnia cen tych ofert wynosi, więc 22.525.857,32 zł. Tak, więc cena ofertowa wykonawcy Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik” stanowi 88% przeciętnej ceny ofert złożonych w przetargu, a cena wykonawcy konsorcjum WAFRO S.A., WODPOL Sp. z o.o. - 92%. Stosunek ten jest jeszcze niższy w porównaniu cen kwestionowanych ofert do ceny oferty Odwołującego, który wynosi odpowiednio 93% i 96%. Powyższe różnice między cenami ofert nie stanowią takich rozbieżności, aby stanowiły podstawę do powzięcia podejrzeń, co do rażąco niskiej ceny. Zdaniem Zamawiającego, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że Odwołujący ma rację i realny, wymagany koszt pozycji 7 Przedmiaru powinien wynosić tyle ile podał Odwołujący w swojej ofercie, czyli 918.293,45 zł to i tak cena oferty wybranej, jako najkorzystniejsza nie przekroczyłaby ceny Odwołującego, a więc oferta Odwołującego i tak nie mogłaby być wybrana w tym postępowaniu. Zamawiający podniósł także, że zakres zamówienia publicznego „Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w Gminie Radzi echo wy-Wieprz - kontrakt 21 b” stanowi tylko część zakresu budowy sieci w tejże gminie. W roku 2009 przeprowadzono przetarg nieograniczony i 11 lutego 2010 r. podpisano umowę na „Budowę sieci kanalizacyjnej w Gminie Radziechowy-Wieprz kontrakt 21a”. Zamówienie wygrał również Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik” z ceną 20.530.363,74 zł. W tamtym postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertę składał również Energopol-Południe S.A. oferując cenę 25.184.978,23. Co więcej również w tamtym postępowaniu oferta Odwołującego została ostatecznie sklasyfikowana na trzecim miejscu, jednakże Odwołujący nie podnosił wówczas zarzutów, co do rażąco niskiej ceny, chociaż idąc tokiem rozumowania Odwołującego mógł on wtedy tym bardziej zarzucać „nierealność” ceny Firmy „Machnik”, ponieważ różnica między oboma ofertami wyniosła prawie pięć milionów, a więc około trzy razy więcej niż w tym postępowaniu. Również zdaniem Zamawiającego, powszechnie przyjęte w orzecznictwie jest to, że dla udowodnienia rażąco niskiej ceny należy wykazać, że ogólna cena oferty jest nierealna, że stanowi zagrożenie dla możliwości wykonania zamówienia, bowiem odbiega od przyjętych cen i kosztów. Odwołujący tymczasem opiera swoje argumenty opierając się na jednej pozycji, rzekomo nieprawidłowo wycenionej przez wykonawców. Odwołujący nie przedstawia zaś żadnych wyliczeń, żadnych dowodów, że za tą cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Jako niespójne wewnątrz Zamawiający uznał porównanie cen

niektórych pozycji przedmiarów robót (strony 5-8 Odwołania) zaproponowanych przez Odwołującego oraz wykonawców Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „Machnik” oraz konsorcjum WAFRO S.A., WODPOL Sp. z o.o. w sytuacji, gdy na przykład w pozycji nr 19 wykonawca Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „Machnik” podaje kwotę 304.300,00 zł, a Odwołujący - kwotę 205.850,00 zł. Podobnie w pozycji 55 w ofercie „Machnik” - 129.200,00 zł, w ofercie Energopol-Południe - 87.400,00. Wskazał także na poz. 89 gdzie wykonawca Machnik podaje kwotę, 1.066.000 zł a Odwołujący – 695.073 zł. Zamawiający podkreślił także, że Odwołujący nie wskazał jakichkolwiek dowodów na to, że wykonawcy - Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „Machnik” oraz konsorcjum WAFRO S.A., WODPOL Sp. z o.o. nie są w stanie wykonać zamówienia za cenę wskazaną w ich ofertach. W związku z powyższymi argumentami, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego i nieudowadniającego wystąpienia rażąco niskiej ceny.

W przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawca - Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „Machnik” [Przystępujący] podał, że Odwołujący nie wykazał, na czym polegało naruszenie art. 7 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4. Zdaniem przystępującego do postępowania wykonawcy – odpowiedź na pytanie 18 brzmiała tak jak pisze odwołujący, że opłaty ekologiczne związane z wycinką ponosi wykonawca i Zamawiający nie wskazał, że w pozycji przedmiaru robót, poz. kosztorysowa 7 należało w naliczeniu opłat ekologicznych ująć koszty wycinki drzewostanu”. Podał także, że Odwołujący uwzględnił kwotę 827.691,70 zł z roku 2000 obliczoną przez projektanta, podczas gdy pozycja 7 obejmuje wykonania usługi tj. karczowania drzew a nie opłat administracyjnych. W tabeli wymagania ogólne strona 16 wpisu działu zasad wyceny i rozliczenia robót lp. 7 poz. przedmiaru 7 także nie ma mowy o doliczeniu opłat administracyjnych do pozycji 7. W SP-01-03-00 na stronie 77 pkt. 9.1 podano, że do ceny na wycinkę drzew należy doliczyć tylko opłatę za decyzje administracyjną a nie opłatę za wycinkę drzew, tzw. ekologiczne, co zostało doliczone. Opłaty administracyjne mogą być ujęte np. w Kp, gdyż cena podana w ofercie obejmuje całość kosztów, jakie poniesie wykonawca przy realizacji przedmiotu umowy. Powyższe wynika z pkt. 4 ppkt. 1,2,3 SIWZ pkt. 25 [obliczenie ceny oferty]. Przystępujący podał także, że Odwołujący nie wykazał też, dlaczego cena jego oferty jest ceną rażąco niską, oraz nie udowodnił, na czym polega, czym nieuczciwej konkurencji, który odnosi się do całej ceny oferty a nie tylko do cen jednostkowych i opłat administracyjnych, jak tego chce Odwołujący. Jego zdaniem pełnym nieporozumieniem jest zestawienie pozycji kosztorysowych w tabelkach na stronie 5, 6,7,8 odwołania. Z sumy tych pozycji nie wynika, dlaczego oferta odwołującego jest droższa. W czterech pozycjach 122, 19, 55 oraz 96 ceny odwołującego są dużo niższe niż

przystępującego, zatem twierdzenie, że w cenach przystępującego nie ma pokrycia kosztów materiałowych jest chybione i nietrafne. Wskazał także na inne pozycje [poz. 19 cena wykonawcy – 303300zł a odwołującego – 205850zł tj. 67,87 % niższą], gdzie ceny w ofercie Odwołującego są niższe niż w ofercie przystępującego. Jego zdaniem Odwołujący nie udowodnił poprzez wyliczenia do poszczególnych pozycji, że jego cena jest rażąco niska i jest to czyn nieuczciwej konkurencji. Z różnych przyczyn każdy wykonawca nabywa materiały i urządzenia po różnych cenach, bo na tym rynku nie ma cen urzędowych. Także zdaniem przystępującego, nie został naruszony art. 90 PZP, gdyż to zamawiający uznaje czy cena oferty jest ceną rażąco niską i sam decyduje czy ma zwracać się o wyjaśnienie czy nie. Podstawą ustalenia czy cena jest rażąco niska jest porównanie ceny oferty do kosztorysu inwestorskiego a nie do cen innych ofert jak tego chce odwołujący. Cena oferty przystępującego wykonawcy do kosztorysu inwestorskiego sporządzonego w miesiącu VIII.2010 r. na kwotę 24038260 zł netto, [29.326.677 zł brutto] wynosi - 68,02% i nie jest ceną rażąco niską. Cena oferty Odwołującego wynosi 73, 18 % i jest wyższa od ceny wykonawcy o 5,16 %. Zatem nie można mówić ani o nieuczciwej konkurencji, ani o cenie rażąco niskiej. Przystępujący wykonawca stwierdził także, że Zamawiający nie zmienił formuły kosztorysu ofertowego w stosunku do jego oferty, bo jest ona zgodna z zapisami siwz dotyczącymi obliczenia ceny oferty. Podał także, że Zamawiający nie wystąpił do wykonawcy z zapytaniem, bo słusznie uznał, że cena oferty nie jest rażąco niska, oraz że jej złożenie nie narusza uczciwej konkurencji, oraz, że Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy zgodnie z kryterium podanym w SIWZ i prawidłowo poinformował wykonawców. Zatem nie został naruszony art. 91 i 92 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, przedstawione na rozprawie, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołanie dotyczy naruszenia art. 7 ust.1 oraz art. 89 ust.1 pkt 3 i 4, a także art. 91 ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 nr 113, poz. 759 ze zm.). Tak jak wynika z uzasadnienia odwołania, Odwołujący bezspornie wskazuje, jako podstawę odrzucenia ofert art. 89 ust.1 pkt 3-4 ustawy Pzp, ponieważ jego zdaniem złożenie ofert przez – Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik” [dalej wykonawca Machnik], oraz Konsorcjum z Liderem „WAFRO” S.A. [dalej Konsorcjum WAFRO], stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, który przekłada się na rażąco niską cenę tych ofert. Z kolei naruszenie art. 7 ust.1 ustawy

Pzp i zasad w nim wyrażonych – uczciwej konkurencji i równego traktowania jest skutkiem wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, a tym samym naruszenie art. 91 ustawy Pzp.

Co prawda w preambule odwołania wykonawca powołał także pkt 2 ust.1 art. 89 ustawy Pzp, jednakże wskazywane w odwołaniu okoliczności faktyczne nawet pośrednio nie dotyczą okoliczności prawnej regulowanej tym przepisem, stosownie, do której oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Wobec powyższego zarzut dotyczący naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp - w zw. art. 180 ust.3 i art. 192 ust.3 ustawy Pzp - Izba pozostawiła bez rozpatrzenia. Zgodnie, bowiem z przepisem art. 180 ust.3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać w zakresie każdego z zarzutów także uzasadnienie faktyczne, uzasadniające wniesienie odwołania i tylko, co do tych zarzutów – stosownie do przepisu art. 192 ust.7 ustawy Pzp – Izba może orzekać. Tym samym poza zakresem orzekania Izba pozostawiła zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem wykonawca – jak już podniesiono - nie wskazał w odwołaniu konkretnych okoliczności faktycznych uzasadniających twierdzenie, że treść oferty wskazanych wykonawców nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odwołaniu wykonawca, bowiem jednoznacznie podał, że oferty wykonawców podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Podobnie wykonawca nie podał – nawet pośrednio, – na czym miałyby polegać naruszenie przepisu art. 92 ustawy Pzp, regulującego obowiązki informacyjne zamawiającego. Z tych też względów także ten zarzut został pozostawiony bez rozpatrzenia.

Izba pozostawiła bez rozpatrzenia również zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem Odwołujący cofnął ten zarzut w toku rozprawy.

Rozpatrując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 nr 113, poz. 759 ze zm.) z uwagi na brak odrzucenia oferty wykonawcy – Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik” [dalej wykonawca Machnik], oraz oferty wykonawcy - Konsorcjum z Liderem „WAFRO” S.A. [dalej Konsorcjum WAFRO], których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba ustaliła, że uzasadnieniem dla tego zarzutu było twierdzenie Odwołującego, że wymienieni wykonawcy w pozycji kosztorysowej 7 nie ujęli opłat ekologicznych związanych z rzeczywistymi kosztami wycinki drzewostanu i przesadzeń w kwocie 827.691,70 zł wynikającej z Preliminarza opłat administracyjnych za usunięcie 146 drzew i krzewów, oraz m.in. w pozycji 74 i 84 wykonawca Machnik uwzględnił ceny jednostkowe niepokrywające kosztów materiałowych tych pozycji.

W tym przypadku Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem

lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Z kolei powołany w odwołaniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 tej ustawy i stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest 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. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje, zatem wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, celem utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, z zamiarem eliminacji tych przedsiębiorców. Dodatkowo należy zauważyć, że warunkiem realizacji celu przesłanki, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. W toku rozprawy Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ograniczył się jedynie do wykazywania, że wykonawcy w poz. 7 kosztorysowej nie ujęli opłat ekologicznych związanych z rzeczywistymi kosztami wycinki drzewostanu i przesadzeń w kwocie 827.691,70 zł wynikającej z Preliminarza opłat administracyjnych za usunięcie 146 drzew i krzewów, oraz w pozycji 74 i 84 wykonawca Machnik podał ceny jednostkowe niepokrywające kosztów wykonania prac objętych tymi pozycjami.

W ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego odpowiedź z dnia 27 września 2010 r. na pytanie 18 oraz z dnia 19 października 2010 r. na pytanie 1 nie nałożyła na wykonawców obowiązku uwzględnienia w pozycji 7 opłat ekologicznych na kwotę wynikającą z wymienionego Preliminarza opłat administracyjnych. Odpowiedzi te dotyczyły, bowiem dwóch różnych kwestii, a mianowicie opłat ekologicznych związanych z wycinką drzew ponoszonych przez wykonawcę oraz kosztów związanych z wycinką drzew dla pełnego zakresu rzeczowego ujętego w Przedmiarze robót. W poz. 7 Przedmiaru robót [wycinka drzew] uzyskanie ewentualnej zgody na wykonanie wycinki nie zostało wyspecyfikowane. Tym samym zgodnie ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych ST-00.00 opłaty związane z wycinką mogły być rozłożone proporcjonalnie we wszystkich pozycjach przedmiaru robót, gdyż również musiały być uwzględnione w cenie kontraktowej. Jednocześnie Izba stwierdza, że brak jest podstaw do przyjęcia, że do kalkulacji ceny oferty wykonawcy zobowiązani byli przyjąć kwotę 827.691,70 zł, albowiem taki obowiązek nie wynikał ze specyfikacji. Także różnice występujące w cenach jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy Machnik – w świetle wskazanej już argumentacji prawnej - nie mogą

stanowić podstawy do uznania, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Izba w szczególności podkreśla, że w każdym przypadku, – co do zasady - przy ocenie ceny oferty należy brać pod uwagę ogólną cenę oferty, a nie opierać się – w tym stanie faktycznym wybiórczo - na poszczególnych cenach jednostkowych.

W przedstawionych okolicznościach Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił, aby złożenie oferty przez wykonawcę Machnik i Konsorcjum WAFRO stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec powyższych ustaleń także zarzut naruszenia zasad wynikających z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 91 ustawy Pzp, stanowiący o wyborze najkorzystniejszej oferty nie są zasadne.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając także uzasadnione koszty Zamawiającego, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

.....