

WYROK
z dnia 15 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: Bilfinger Infrastructure S.A, PRD Nowogard S.A, ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Port Lotniczy Szczecin - Goleniów Sp. z o.o., Glewice 1a, 72-100 Goleniów,**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Bilfinger Infrastructure S.A, PRD Nowogard S.A, ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Konsorcjum firm: Bilfinger Infrastructure S.A, PRD Nowogard S.A, ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Konsorcjum firm: Bilfinger Infrastructure S.A, PRD Nowogard S.A, ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa na rzecz Portu Lotniczego Szczecin -

Goleniów Sp. z o.o., Glewice 1a, 72-100 Goleniów kwotą 4 664 zł 70 gr (słownie: cztery tysiące sześćset sześćdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej portowej w Porcie Lotniczym Szczecin-Goleniów*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 września 2013 r. pod numerem 2013/S 181-313019.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Budimex”) oraz zaniechania wezwania tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budimex, pomimo iż treść ww. oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budimex pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- c) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Budimex do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
- d) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Budimex;
- b) dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert;
- c) dokonał czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budimex z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu;
- d) dokonał czynności wezwania wykonawcy Budimex do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy

Pzp i odrzucił ofertę złożoną przez ww. wykonawcę w razie niezłożenia przez niego wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

e) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający w pkt 16. SIWZ (Opis sposobu przygotowania oferty.), ppkt 16.2. wskazał, że: Oferta winna zawierać prawidłowo wypełniony „Formularz OFERTY” (stanowiący rozdział II SIWZ) oraz niżej wymienione dokumenty: (3) Wyceniony przedmiar robót.

Odwołujący stwierdza, że wykonawca Budimex w sposób rażący zaniżył ceny w pozycji nr „40. *Warstwa ścieralna z betonu asfaltowego- warstwa ścieralna o gr 4 cm*” oraz w pozycji nr „43. *Warstwa profilującą (wyrównawcza) z betonu asfaltowego o gr min. 3 cm*”. Mianowicie, zaoferowana przez Budimex cena jednostkowa w pozycji nr 40 przedmiaru wynosi 13,25 PLN za 1 m² (przy cenie jednostkowej w ofercie Odwołującego 24,66 zł/m²), natomiast cena jednostkowa w pozycji nr 43 przedmiaru wynosi 40,00 PLN za 1 Mg (przy cenie jednostkowej w ofercie Odwołującego 203 zł/t) . Tak skalkulowane ceny jednostkowe, zdaniem Odwołującego, nie pokrywają nawet kosztu materiałów do produkcji mieszanki bitumicznej (betonu asfaltowego), na który składa się asfalt modyfikowany, mączka wapienna, kruszywa drobne i grube różnych frakcji, nie wspominając o kosztach wytworzenia mieszanki w wytwórni, na które składają się m.in. koszty paliwa, energii, amortyzacji, remontów i konserwacji wytwórni, wynagrodzenia i świadczeń obsługi wytwórni, pracy sprzętu pomocniczego czy laboratoryjnej, transportu mieszanki z wytwórni do miejsca wbudowania, wbudowania mieszanki oraz o narzutach wykonawcy, takich jak koszty ogólne, ryzyka oraz zysk. Odwołujący zwrócił uwagę, że przy kalkulacji ceny jednostkowej należy wziąć pod uwagę wymagania SIWZ, a w szczególności Szczegółowych Specyfikacji Technicznych, które opisują dokładnie, jaki skład i zawartość poszczególnych składników powinna charakteryzować wyprodukowaną mieszankę bitumiczną oraz jakim sprzętem i w jakich warunkach powinna być ułożona mieszanka bitumiczna.

Odwołujący wyjaśnił dalej, że wykonawca Budimex zaniżył cenę swojej oferty w pozycjach nr 40 i 43 przedmiaru odpowiednio o ok. 3 mln zł oraz o ok. 7 mln zł, porównując do cen jednostkowych w ofercie Odwołującego, co w sumie daje zniżenie o ok. 10 mln zł. Odwołujący konstatuje, że gdyby oferta Budimexu była wyższa o 10 mln zł, wówczas to Odwołujący zająłby pierwsze miejsce w rankingu ofert.

W ocenie Odwołującego, skalkulowanie tak niskiej ceny, w pełni uzasadnia twierdzenie, że treść oferty wykonawcy Budimex musi pozostawać w niezgodności z treścią SIWZ, a w szczególności ze Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi, a tym samym

jest nieporównywalna z ofertami złożonymi przez pozostałych wykonawców. Konieczność spełnienia wymogów SIWZ przekłada się wprost na cenę, bowiem przy tak niskiej cenie nie sposób zaoferować zarówno wyprodukowania mieszanki odpowiedniej jakości, jej transportu na plac budowy, jak i jej ułożenia i zagęszczenia, zgodnie z wymaganiami Szczegółowych Specyfikacji Technicznych.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe usunięcie opisanej powyżej niezgodności pomiędzy treścią oferty złożonej przez wykonawcę Budimex a treścią SIWZ w żaden przewidziany ustawą sposób, w szczególności poprzez wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy Budimex o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp czy też poprawienie wskazanej powyżej niezgodności treści oferty złożonej przez wykonawcę Budimex z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podniósł, że tak rażąco zaniżenia ceny w pozycjach nr 40 i 43 przedmiaru powinny, co najmniej wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i skutkować wezwaniem przez Zamawiającego wykonawcy Budimex do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, wdrożenia procedury wskazanej w powołanym przepisie nie można traktować jako uprawnienia Zamawiającego, przeciwnie, jest to jego obowiązek. Powyższe zostało potwierdzone m.in. w wyroku KIO z dnia 03.03.2011 r., sygn. akt KIO 358/11.

W niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, istnieją poważne wątpliwości, co do rzetelności skalkulowania ceny oferty przez wykonawcę Budimex, w szczególności wynikające z rażącego zaniżenia ceny w pozycjach nr 40 i 43 przedmiaru. Bez tych wyjaśnień, w ocenie Odwołującego, niedopuszczalny jest wybór oferty z ceną, która może być uznana za rażąco niską. Odwołujący wyjaśnił, że w Polsce jest jedynie dwóch dostawców asfaltu modyfikowanego (PKN ORLEN SA i Grupa Lotos S.A.), który jest, a przynajmniej powinien być głównym składnikiem mieszanek wskazanych w pozycjach nr 40 i 43 przedmiaru. Jednocześnie ceny sprzedaży asfaltu modyfikowanego są takie same albo różnią się co najwyżej o kilkanaście złotych na tonie dla wszystkich odbiorców. Istnieje możliwość wynegocjowania upustów, lecz z doświadczenia Odwołującego wynika, że nawet tak duże podmioty jak wykonawca Budimex jest w stanie wynegocjować upusty rzędu kilku procent. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca Budimex nie mógłby w wyjaśnieniach elementów cenotwórczych dla pozycji 40 i 43 przedmiaru wskazywać, że koszty te obniżył z uwagi na już posiadanie materiały. Asfaltu nie można bowiem kupić wcześniej lub mieć w magazynach w postaci „zapasu”, gdyż jest to produkt nietrwały, szybko tężejący. Zatem, asfalt kupuje się i zużywa na bieżąco. Stąd, przedkładając wyjaśnienia dotyczące ceny w pozycji 40 i 43 przedmiaru wykonawca Budimex musi posiłkować się aktualnymi cenami

asfaltu i kruszyw.

Odwołujący podkreślił, że rażąco zaniżenie ceny w pozycji 40 i 43 przedmiaru przełożyło się na całość ceny ofertowej wykonawcy Budimex, skutkując zaoferowaniem przez tego wykonawcę ceny rażąco niskiej. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej każda cena ofertowa składa się z poszczególnych elementów cenotwórczych. Okoliczność, iż dany element ma zaniżoną cenę nie jest jednoznaczna z uprawdopodobnieniem, że cała cena jest rażąco niska. Jednakże, jeżeli dany element ma wpływ na całą cenę w stopniu powodującym jej zaniżenie, wówczas to dany element cenotwórczy stanowi o fakcie złożenia przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Choć pozornie cena oferty wykonawcy Budimex nie różni się w sposób rażąco od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, w tym przez Odwołującego, to jednak cena rażąco zaniżona w pozycji 40 i 43 przedmiaru powoduje, że cała cena ofertowa jest rażąco niska. Mianowicie, różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy Budimex i ceną oferty Odwołującego w zasadniczej części wynika z różnicy w kalkulacji ww. pozycji przedmiaru. Wykonawca Budimex zaoferował ułożenie warstwy ścieralnej za cenę na poziomie 53,7% ceny Odwołującego, a ułożenie warstwy wyrównawczej za cenę na poziomie 19,7% ceny Odwołującego. Takie rozbieżności, zdaniem Odwołującego, już same w sobie powinny skłonić Zamawiającego do upewnienia się, poprzez przeprowadzenie procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czy cena oferty wykonawcy Budimex nie jest ceną rażąco niską.

W ocenie Odwołującego, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, złożenie przez wykonawcę Budimex oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (tj. działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), stanowiące 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 (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 15 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr. 153 poz. 1503 ze zm.). Jeżeli zatem przyjąć by nawet, że wykonawca Budimex w poz. 40 i 43 przedmiaru zaoferował Zamawiającemu mieszanki spełniające wymagania SIWZ, w szczególności wymagania zawarte w dokumentacji projektowej oraz w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, stanowiących rozdział IV SIWZ, to nie zmienia to faktu, iż ceny za te mieszanki są bez wątpienia cenami poniżej kosztów ich wytworzenia, względnie poniżej kosztów ich zakupu. Jednocześnie jest też oczywiste, zdaniem Odwołującego, iż zaoferowanie tak rażąco zaniżonych cen za ww. mieszanki ma na celu tylko i wyłącznie

eliminację innych przedsiębiorców, tj. konkurencyjnych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, gdyż to właśnie ceny za ww. mieszanki stanowią zasadniczy element ceny oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale I pkt 19 ppkt 19.2 Zamawiający zawarł następującą informację: „Wykonawca określi cenę na podstawie dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia (tj. dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót) i wszelkich innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Cena zostanie podana przez Wykonawcę w wycenionym przedmiarze robót (...)”. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że: „W przedmiarze robót należy wycenić wszystkie prace zmierzające do realizacji przedmiotu zamówienia, a wynikające bezpośrednio lub pośrednio z załączonej dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, w tym ująć należy koszty bezpośrednio i pośrednio związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym: wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, wszelkie naprawy, zagospodarowanie placu budowy, zorganizowanie i utrzymanie zaplecza budowy, dozоровanie budowy oraz inne czynności niezbędne i konieczne do kompleksowego wykonania przedmiotu zamówienia. Na potrzeby obliczenia ceny oferty (oraz zapłaty wynagrodzenia) przyjmuje się, iż przedmiar robót ujmuje w sobie wszelkie roboty wynikające z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia (tj. dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót). Jeżeli dana robota wynikająca z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia nie jest ujęta w przedmiarze, jako samodzielna pozycja przedmiarowa, to wówczas jej koszt należy ująć w innych pozycjach przedmiaru, lub w zryczałtowanej „inne koszty wykonawcy wynikające z projektu powyżej nieujęte.” Wyceniony przedmiar robót, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, stanowił załącznik do oferty (rozdział I pkt 16 ppkt 16.2 poz. 3).

W ofercie wykonawca zobowiązany był oświadczyć m.in., iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ oraz zapoznał się z SIWZ i uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania (formularz oferty).

W Specyfikacji technicznej w części XVII i XVIII Zamawiający zawarł wymagania odnoszące się odpowiednio do warstwy wyrównawczej i warstwy ścieralnej z betonu asfaltowego dotyczące materiałów, sprzętu, transportu, wykonania robót.

Przystępujący w swojej ofercie w przedmiarze robót, dotyczącym robót drogowych, w poz. 40 wycenił 1 m² warstwy ścieralnej o grubości 4 cm z betonu asfaltowego na kwotę 13, 25 zł. Zaś, w poz. 43 1 Mg warstwy profilującej (wyrównawczej) z betonu asfaltowego o grubości min. 3 cm stanowi koszt 40,00 zł. Jednocześnie w załączniku numer I.2 do SIWZ

(str. 18 oferty) mieszankę mineralno-asfaltową grysową do warstwy ścieralnej wycenił na poziomie 255,60 zł/t. W ofercie Odwołującego sporne pozycje zostały skalkulowane odpowiednio w wysokości 24,66 zł i 203,00 zł (str. 9 oferty).

Zamawiający na realizację przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę 100.733.894,25 zł. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone cztery oferty z następującymi cenami: 107.866.140,20 zł, 108.949.710,00 zł, 118.108.737,36 zł, 119.136.923,76 zł (protokół postępowania DRUK ZP-12).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy brak podstaw do przyjęcia, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ, biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego wyartykułowane w SIWZ co do zakresu i sposobu sprecyzowania zobowiązania wykonawcy. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonawca winien treścią oferty objąć oświadczenie co do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ. Dodatkowo, wykonawca zobowiązany był przedłożyć wyceniony przedmiar robót, który co do zasady służył wycenie przedmiotu zamówienia, ale jednocześnie zgodnie z wolą Zamawiającego, należało przyjąć, że obejmuje on wszystkie roboty wynikające z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia. Zatem, na potrzeby niniejszego zamówienia wykonawca określał zakres świadczenia za pomocą dwóch dokumentów, oferty i wycenionego przedmiaru robót. Przystępujący sprostał w tym przedmiocie wymaganiom Zamawiającego, złożył stosowne oświadczenie i przedstawił wyceniony przedmiar robót, który jest kompletny. Oznacza to, że Przystępujący określił przedmiot i zakres świadczenia w sposób wymagany przez Zamawiającego i odpowiadający SIWZ. Biorąc zaś pod uwagę, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ co do zasady odnosi się do przedmiotu świadczenia i na taką wskazuje Odwołujący, nie sposób przypisać Przystępującemu woli zaoferowania przedmiotu zamówienia odmiennego od wymaganego przez Zamawiającego, skoro dokumenty złożone przez Przystępującego na żadną niezgodność nie wskazują.

Zdaniem Izby, za nieuprawnione należy uznać wnioskowanie o zakresie świadczenia na podstawie cen, a tym bardziej na podstawie cen jednostkowych. Doświadczenie życiowe wskazuje, że sposób konstruowania ceny oferty może być różny, potwierdzają to również działania podjęte przez wykonawców w niniejszym postępowaniu, których ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach przedmiarowych różnią się diametralnie i nie dotyczy to tylko kwestionowanych pozycji, ale również innych, na które przykładowo wskazywał Przystępujący i co ważne, nie zawsze ta najniższa wycena poszczególnych pozycji dotyczyła oferty Przystępującego. Należy więc przyjąć, że co do zasady, a tym bardziej w warunkach

niniejszego postępowania, cena jednostkowa nie rozstrzyga o zakresie i przedmiocie świadczenia, tym bardziej, że cena ma inne funkcje. Cena jest jednym z elementów zobowiązania i pozostaje w odpowiedniej relacji do przedmiotu zamówienia, ale relację ten określa oferent a nie inny wykonawca czy też oblat. Ponadto, cenę przyporządkowuje się do przedmiotu świadczenia, inaczej kalkuluje się w oparciu o przedmiot zamówienia a nie odwrotnie.

W konsekwencji, argumentację Odwołującego dotyczącą elementów cenotwórczych w ramach kwestionowanych cen jednostkowych należy uznać za nieprzydatną dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Natomiast może mieć znaczenie dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny czy też zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Z wystąpieniem deliktu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. będziemy mieć do czynienia w razie kumulatywnego wystąpienia następujących przesłanek: 1) utrudnienia dostępu do rynku, które jest realizowane przez 2) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu 3) eliminacji innych przedsiębiorców. W literaturze także słusznie wskazuje się, że sprzedaż poniżej kosztów należy rozumieć szeroko, jako sprzedaż towarów (przy czym rozumienie towaru w znaczeniu przyjętym przez art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów tzn. z rzeczy, energii, papierów wartościowych i innych praw majątkowych) lub usług, jak też robót budowlanych (tak T. Skoczny (w:) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, red. J. Szwaja, 2006, s. 565 i n.; E. Nowińska, M. du Vall, *Komentarz...*, 2008, s. 183).

Nadto, ustawodawca wyraźnie wskazał w komentowanym przepisie, że celem sprawcy deliktu nieuczciwej konkurencji jest eliminacja innych przedsiębiorców (ustawodawca posłużył się zwrotem "*w celu*"). Zatem po stronie sprawcy deliktu musi wystąpić zamiar lub zaistnienie skutku w postaci eliminacji konkurentów na rynku. W wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt: I ACa 231/07, SA w Warszawie wskazał, że "*sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co oznacza, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu np. jako próba wejścia na rynek. W takiej sytuacji bez znaczenia pozostawałby skutek nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy jako niezamierzony*".

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że pomijając nawet kwestię definiowania rynku i ustalenia rynku właściwego dla przedsiębiorców po pierwsze zauważyć należy, że sprzedaż odnosi się do robót

budowlanych jako produktu finalnego, stąd też dla stwierdzenia zaistnienia wskazanego deliktu należy wykazać, że sprzedaż poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia dotyczy nie elementu świadczenia ale roboty budowlanej jako całości. Zaniechanie dowodu w tym zakresie już chociażby z tych przyczyn czyni przedmiotowy zarzut chybionym. Po drugie, nie należy pomijać, że wskazany czyn nieuczciwej konkurencji jest działaniem celowym, a zatem posługując się kategoriami prawa karnego, może być popełniony tylko świadomie i z winy umyślnej. Zaistnienia przedmiotowej okoliczności Odwołujący również nie wykazał, co stanowi dalsze potwierdzenie bezpodstawności formułowanego zarzutu.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp formułuje dla Zamawiającego uprawnienie do żądania wyjaśnień, które mają służyć ustaleniu, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z ugruntowanej linii orzeczniczej Izby wynika, że przepis ten nie nakłada na zamawiających generalnego obowiązku w przedmiotowym zakresie ani też nie stwarza ogólnego wzorca, stanowiącego podstawę stwierdzenia konieczności wezwania do wyjaśnień, nieuprawnione jest również uciekanie się do automatyzmu w jego stosowaniu. O konieczności i zarazem celowości wdrożenia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, decydować więc będzie analiza okoliczności konkretnej sprawy i powzięte wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny. Zaś rzeczony wątpliwości winny być wynikiem analizy złożonych ofert, która prowadzi do następujących wniosków:

- 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług/kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę.
- 2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje na znaczne różnice w wysokości cen,
- 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że zarówno przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak i pozostający z nim w korelacji przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przedmiotem badania nakazują uczynić cenę oferty. Oznacza to, że za nieuprawnione należy uznać prowadzenie analizy poszczególnych cen jednostkowych składających się na cenę oferty dla stwierdzenia wystąpienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Stanowisko powyższe prezentowane jest nie tylko w orzecznictwie Izby, ale zyskało również aprobatę w orzecznictwie Sądów Okręgowych. I tak, wystarczy przywołać dla przykładu na wyrok SO w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 425/04, wyrok SO w Częstochowie z dnia 21.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 628/05, postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05, wyrok SO w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08.

Przenosząc poczynione rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że sformułowane przez Odwołującego żądanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oparte na wskazaniu niedoszacowania dwóch pozycji przedmiaru robót (elementów ceny) nie znajduje uzasadnienia w świetle powołanych przepisów prawa.

Na tle analizowanej sprawy warte przytoczenia wydaje się stanowisko SO w Poznaniu, wyrażone w postanowieniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05: *„Oceniając tylko ten jeden element oferty zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty. SO w pełni podziela ustalenie i ocenę ZA, że objęta protestem odwołującego i odwołaniem czynność polegająca na uznaniu, że oferta odwołującego zawierała rażąco niską cenę i odrzucenie nie znajdowało oparcia w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Rację miał ZA stwierdzając, iż niewątpliwie punktem odniesienia w tym przypadku jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające jedynie co do części oferty w zakresie ryczału na dojazd i dowóz części zamiennych, a kryterium to posiadało wagę 15 % ustalonych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert. Oceniając zatem tylko ten jeden element oferty zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty. Choćby nawet sama cena części oferty mogłaby być uznana za rażąco niską to żadną miarą w przyjętym kryterium wagowym nie czyniłaby ceny całej oferty rażąco niską. Nie zachodziły zatem przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp”.*

Nadto, zauważyć należy, że sam Odwołujący nie wykluczał i nie kwestionował możliwości skalkulowania kosztów składających się na daną pozycję przedmiarową w innych pozycjach, co wydaje się zresztą przyjętą zarówno przez Odwołującego i Przystępującego metodologią w kształtowaniu ceny oferty, biorąc pod uwagę istotne różnice pomiędzy cenami jednostkowymi zaproponowanymi przez obu wykonawców. Skoro zaś Odwołujący dopuszcza „przerzucenie” kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami przedmiarowymi to tym bardziej argumentację Odwołującego należy uznać za obciążoną błędem i niewystarczającą dla rozstrzygnięcia sprawy. Zdaniem Izby, oparcie się na dowodach, które nawet przesądzałyby o zaferowaniu ceny rażąco niskiej w dwóch pozycjach przedmiarowych nie stanowi wystarczającej podstawy do wszczęcia postępowania, o którym mowa w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Prowadzenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu jedynie do dwóch cen jednostkowych spośród wielu, składających się na ostateczną cenę oferty prowadziłoby bowiem do fałszywych wniosków, rażąco niska cena jednostkowa nie stanowi bowiem o rażąco niskiej cenie oferty, a ponadto wypaczałoby

instytucję „rażąco niskiej ceny oferty”, która przedmiotem oceny czyni cenę oferty a nie ceny jej elementów składowych. Z tych względów dowody przedstawione przez Odwołującego nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Jednocześnie zauważyć należy, że jeśli Odwołujący chciałby uczynić zaprezentowaną argumentację istotną dla sprawy to jedynie w kontekście wpływu ewentualnego niedoszacowania ceny w kwestionowanych pozycjach w stosunku do ceny oferty. Jednakże musiałby wykazać brak możliwości zrealizowania zamówienia za zaproponowaną cenę a nie konieczność podwyższenia w istocie ceny oferty z uwagi na jej niedoszacowanie. W okolicznościach niniejszej sprawy bowiem nie sposób, w ocenie Izby, zastosować takiego prostego przełożenia, jakie zastosował Odwołujący, że niedoszacowanie dwóch pozycji przedmiarowych powoduje niedoszacowanie oferty, z uwagi na fakt, że na cenę oferty składa się wiele elementów i wiele czynników cenotwórczych a nie tylko te ujęte w kwestionowanych pozycjach, nadto pozycje te nie mają wiodącego znaczenia dla skalkulowania ceny oferty.

Argument, iż cena mieszanki mineralno-asfaltowej, zawarta w załączniku nr I.2 do SIWZ, przedłożonym z ofertą Przystępującego, jest na tyle wysoka, że ceny w kwestionowanych pozycjach nie mogą być uznane za prawidłowo skalkulowane jest nietrafny z tego powodu, że świadczyć to może jedynie o rażąco niskiej cenie w konkretnych pozycjach, która to okoliczność nie ma doniosłości prawnej, o czym była mowa wyżej.

Na marginesie wskazać jedynie należy, bowiem Odwołujący na te okoliczności się nie powoływał, że podstaw do wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie stanowi także różnica w cenach ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Jest ona na tyle nieistotna, że przyjąć należy, iż mieści się ona w granicach funkcjonowania konkurencji. Oczywistym zaś jest, że takiej podstawy nie stanowi również okoliczność, iż cena oferty przewyższa wartość szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł i koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 1.064,70 zł.

Przewodniczący: