

WYROK
z dnia 10 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2016 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „AGROBEX” Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **AQUANET S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań** oraz **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o., ul. Matejki 57, 60-770 Poznań**, reprezentowanego przez **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o., ul. Matejki 57, 60-770 Poznań**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „AGROBEX” Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „AGROBEX” Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „AGROBEX” Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** na rzecz zamawiającego: **AQUANET S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań** oraz **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o., ul. Matejki 57, 60-770 Poznań**, reprezentowanego przez **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o., ul. Matejki 57, 60-770 Poznań** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – AQUANET S.A. oraz Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o. z siedzibami w Poznaniu, reprezentowany przez Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wybudowanie dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych oraz wybudowanie sieci wodociągowej i sieci kanalizacji sanitarnej zgodnie z dokumentacją projektową przy ul. Dymka w Poznaniu, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 144297 z 19.07.2016 r.

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe „AGROBEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, zarzucając bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego.

Wskazał, że postępowanie Zamawiającego narusza art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ oferta złożona przez Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, ponadto narusza art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów tej ustawy.

Uzasadnienie odwołania

Pismem z dnia 26 października 2016 r., otrzymanym w tym dniu przez Odwołującego, Zamawiający poinformował, że:

- a) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego z tego powodu, że rzekomo oferta „w zakresie wykonania sieci wodociągowych i kanalizacji sanitarnej zawiera rażąco niską cenę”,
- b) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego z tego powodu, że rzekomo jej złożenie ma stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

I. Ustosunkowując się do stwierdzenia Zamawiającego, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, bo rzekomo, cytat: „w zakresie wykonania sieci wodociągowych i kanalizacji sanitarnej zawiera rażąco niską cenę”, Odwołujący podał, co następuje.

I. 1. Zamawiający nie zarzuca Odwołującemu, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, lecz zarzuca, że rzekomo oferta Odwołującego „w zakresie wykonania sieci wodociągowych i kanalizacji sanitarnej zawiera rażąco niską cenę”. Zamawiający wskazuje jedynie na część zaoferowanej ceny. Nie kwalifikuje jako rażąco niskiej ceny całej ceny zaoferowanej za cały przedmiot zamówienia, lecz jedynie część składową tej ceny, dotyczącą wykonania sieci wodociągowych i kanalizacji sanitarnej.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym przed jego nowelizacją dokonaną z dniem 28 lipca 2016 r.), Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje konsekwentnie w orzecznictwie, że w tym przepisie mowa jest o całej cenie w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Odwołujący przytoczył tezy wyroków: z dnia 28 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 198/16; z dnia 9 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2608/15; z dnia 21 października 2015 r., sygn. akt KIO 2126/15.

Reasumując powyższe Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w żadnej mierze nie odnosi się do wartości całkowitej przedmiotu zamówienia (do całości ceny), lecz jedynie do jej części dotyczącej sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej. Już sam ten fakt przesądza, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

I. 2. Odwołujący wskazał, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową i z tego względu podział ceny na poszczególne elementy składowe nie ma jakiegokolwiek znaczenia w kontekście oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Przytoczył tezy wyroków: z dnia 29 [30] czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1210/14; z dnia 17 [18] grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2631/15, KIO 2636/15.

Dodatkowo wskazał, że w treści SIWZ Zamawiający w żaden sposób nie opisał sposobu, w jaki uczestnicy postępowania przetargowego mieliby wyliczać poszczególne ceny cząstkowe wskazane w formularzu ofertowym. Punkt 18.4 specyfikacji, który jako jedyny być może odnosi się do cen cząstkowych, postanawia tylko i wyłącznie, że ceny mają być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Skoro Zamawiający nie podał sposobu wyliczenia cen cząstkowych, przyjąć należy, że w tej mierze pozostawił uczestnikom postępowania przetargowego pełną swobodę decyzji. Oferenci mogli całkowicie dowolnie podzielić zaoferowaną cenę na poszczególne ceny cząstkowe. Odwołujący zresztą

wykazał, że cena częściowa za wykonanie sieci wodociągowych i kanalizacji sanitarnej podana została na podstawie oferty podwykonawcy, któremu Odwołujący ma zamiar powierzyć wykonanie tych robót. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu ofertę podwykonawcy.

I. 3. Odwołujący wskazał, że Zamawiający już raz odrzucił ofertę Odwołującego w tym postępowaniu z tej przyczyny, że rzekomo oferta miała być niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na skutek złożonego wówczas odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 13 września 2016 r. wyrok, sygn. akt KIO 1608/16, w którym uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Początkowo odrzucając ofertę, Zamawiający nie uznał, jakoby zaoferowana przez Odwołującego cena miała być ceną rażąco niską (ani w całości, ani w części), odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło wyłącznie z tego powodu, że zdaniem Zamawiającego, Spółka rzekomo nie wskazała osoby kierownika budowy. Gdyby Zamawiający już wówczas zarzucał Spółce, że zaoferowała cenę rażąco niską, to już wówczas Zamawiający wezwałby Spółkę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, a następnie już wówczas odrzuciłby ofertę nie tylko na podstawie jej rzekomej niezgodności z SIWZ, lecz także z uwagi na rzekome zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Nic takiego wówczas nie miało miejsca. Dopiero, gdy na skutek wydanego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiającemu nie udało się skutecznie odrzucić oferty Odwołującego na podstawie rzekomej niezgodności oferty ze specyfikacją, wówczas Zamawiający wysunął zarzut rzekomo rażąco niskiej ceny. Taki stan rzeczy pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający wcale nie powziął wątpliwości czy zaoferowana przez Odwołującego cena jest czy też nie jest, ceną rażąco niską.

II. Ustosunkowując się do twierdzenia Zamawiającego, że rzekomo złożenie oferty przez Odwołującego ma stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący podał, co następuje.

Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, aby istniały przesłanki wymienione w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które uzasadniałyby stwierdzenie, że złożenie oferty Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty przez Odwołującego w żaden sposób nie utrudnia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku i na taką okoliczność Zamawiający nie wskazuje. Zamawiający w szczególności nie wykazał, aby Odwołujący miał wykonać przedmiot zamówienia publicznego poniżej kosztów świadczenia. Na fakt, że taki przypadek nie ma miejsca wskazują bardzo niewielkie różnice w wysokości

cen zaoferowanych przez poszczególnych uczestników postępowania przetargowego. Zaoferowane ceny przedstawiają się następująco:

- a) PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. - 12.229.861,79 zł,
- b) BERGER BAU POLSKA Sp. z o.o. - 12.774.850,41 zł,
- c) Firma Remontowo-Budowlana P. S. - 12.816.334,31 zł,
- d) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane INFRA Sp. z o.o. - 13.069.186,32 zł,
- e) PEKABUD-MORASKO Sp. z o.o. - 13.176.702,68 zł.

Różnice w ujęciu procentowym pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego a cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców kształtują się następująco:

- a) cena zaoferowana przez BERGER BAU POLSKA Sp. z o.o. jest wyższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego zaledwie o 4,46%,
- b) cena zaoferowana przez Firmę Remontowo-Budowlaną P. S. jest wyższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego zaledwie o 4,80%,
- c) cena zaoferowana przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane INFRA Sp. z o.o. jest wyższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego zaledwie o 6,86%,
- d) cena zaoferowana przez PEKABUD-MORASKO Sp. z o.o. jest wyższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego zaledwie o 7,74%.

W sytuacji, w której różnice pomiędzy cenami zaoferowanymi przez poszczególnych uczestników są tak niewielkie, nie sposób twierdzić, aby oferta Odwołującego miała w jakikolwiek sposób utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, a nadto nie sposób twierdzić, aby Odwołujący miał wykonać przedmiot zamówienia poniżej kosztów świadczenia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Firmę Remontowo-Budowlaną P. S. . Oferta tego wykonawcy zawiera cenę wyższą od ceny zaoferowanej przez Odwołującego jedynie o 4,80%. W ocenie Odwołującego należy postawić pytanie, jak to możliwe, że Zamawiający uważa, że cena w kwocie 12.816.334,31 zł brutto (zaoferowana przez Firmę Remontowo-Budowlaną P. S.) jest ceną właściwą, a cena nieco tylko niższa, wynosząca 12.229.861,79 zł brutto (zaoferowana przez Odwołującego), ma już utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku i zaoferowanie takiej ceny ma już być czynem nieuczciwej konkurencji.

Ponadto nieuzasadniony jest zarzut Zamawiającego co do rzekomego manipulowania stawkami VAT. Jest tak dlatego, że Odwołujący wskazał cenę wykonania sieci wodociągowych i kanalizacji sanitarnej na podstawie oferty swojego podwykonawcy.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Firmy Remontowo-Budowlanej P. S. z siedzibą w Poznaniu jako najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wskazał zachowanie wymagań formalnych związanych z terminem wniesienia odwołania i przekazaniem kopii odwołania Zamawiającemu. Wskazał również, że ma interes we wniesieniu odwołania. Zaoferował najniższą cenę. Ponadto, mimo że obecnie Zamawiający zaniechał ujawnienia liczby punktów, jakie przyznał ofercie Odwołującego - to wcześniej, pismem z dnia 24 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował, że Odwołujący uzyskał największą liczbę punktów (Odwołujący uzyskał 100,00 punktów, podczas, gdy oferta Firmy Remontowo-Budowlanej P. S. uzyskała tych punktów jedynie 95,65). Zatem, uwzględnienie odwołania spowoduje skutek w postaci wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zawarcia pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym umowy na wybudowanie dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych oraz wybudowanie sieci wodociągowej i sieci kanalizacji sanitarnej zgodnie z dokumentacją projektową przy ul. Dymka w Poznaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego w kwocie 3.600 zł oraz kosztami dojazdu (wg rachunków przedłożonych na rozprawie).

Uzasadnienie

1. [stan faktyczny]

1.1. Dla rozstrzygnięcia odwołania istotne są okoliczności jego złożenia, a mianowicie treść oferty Odwołującego. Agrobex w formularzu ofertowym podał następujące ceny dla poszczególnych części zamówienia:

- wywóz gruntu i nieczystości z terenu objętego inwestycją przed przystąpieniem do robót budowlanych, usunięcie drzew i krzewów - 607.448,29 zł (w tym 8% VAT),
- roboty budowlano - montażowe - 11.441.357,50 zł (w tym 8% VAT),
- zagospodarowanie terenu - 73.800,00 zł (w tym 23% VAT),

- sieci wodociągowe oraz kanalizacji sanitarnej - na rzecz Aquanet S.A. -107.256,00 zł (w tym 23% VAT).

1.2. Spośród ofert złożonych przez pozostałych wykonawców ceny za ostatnią pozycję cenową - tj. wykonanie sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej - kształtują się na poziomie 1.184.772,90 zł - 2.862.355,34 zł, tj. 11-27 razy wyższym od ceny zaoferowanej przez Agrobex.

1.3. Ponadto także w ramach ustalania wartości szacunkowej zamówienia Zamawiający dokonał oszacowania prac wykonywanych na rzecz Aquanet na kwotę 890.499,97 zł netto, tj. 1.095.314,96 zł brutto.

1.4. Zamawiający pismem z dnia 21.09.2016 r. wezwał Agrobex do wyjaśnienia treści oferty w części dotyczącej wynagrodzenia za wykonanie ww. sieci, wraz z przedstawieniem kalkulacji kosztów (dalej jako „Wezwanie nr 1”). Jako podstawę prawną żądania wskazano art. 26 ust. 4 Pzp.

1.5. W odpowiedzi na Wezwanie nr 1 Agrobex wskazał, że Zamawiający na ww. podstawie nie ma prawa żądać wymienionych w tym wezwaniu wyjaśnień, a także przywołał wywód nt. niemożliwości kwestionowania jedynie części ceny oferowanej przez wykonawcę.

1.6. Zamawiający z daleko posuniętej ostrożności, z uwagi na wskazanie z Wezwaniu nr 1 błędnej podstawy prawnej tego wezwania ponowił wezwanie, wysyłając do Odwołującego pismo z dnia 11.10.2016 r. (dalej jako „Wezwanie nr 2”). W wezwaniu tym zażądał wyjaśnień oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wskazując jako podstawę prawną tego żądania art. 90 ust. 1 Pzp.

1.7. W dniu 17.10.2016 r. Agrobex udzielił odpowiedzi na Wezwanie nr 2. Odpowiedź ta (tak samo zresztą jak wcześniejsze pismo Odwołującego) stanowiła nie tyle wyjaśnienie ceny, a raczej polemikę z zasadnością wezwania. Brak było też jakichkolwiek wyjaśnień, co do samej ceny za wykonanie sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej, tj. wyjaśnień jak obliczono tę cenę, jakie są jej elementy kosztowe, co i w jakim zakresie wpłynęło na możliwość zaoferowania tak niskiej ceny, itp. Jedyne co zawarł Odwołujący w tym piśmie, to powołanie się na ofertę podwykonawcy H. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Hydro-Gaz Swarzędz, na kwotę 85.000,00 zł netto, tj. 104.550,00 zł brutto.

1.8. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne znaczenie mają także poniższe postanowienia siwz oraz wzoru umowy:

- Zamawiający informuje, iż część Zamówienia, tj. wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej oraz wodociągu realizowane jest na rzecz Aquanet S.A. – Zamawiający pełni przy tej części inwestycji jedynie funkcje inwestora zastępczego. Zapłata wynagrodzenia za tę część prac następować będzie bezpośrednio przez Aquanet S.A. (pkt 3 siwz);

- Zamawiający informuje, iż zapłata wynagrodzenia następować będzie w częściach zgodnie z § 8 istotnych postanowień umownych (pkt 18.9 siwz);
- Przedmiot umowy realizowany na rzecz Zarządu Komunalnych Zasobów Lokalowych sp. z o.o. (dalej ZKZL) obejmuje: (...) Przedmiot umowy realizowany na rzecz Aqanet S.A. (dalej Aqanet) obejmuje: a) wybudowanie sieci wodociągowej oraz sieci kanalizacji sanitarnej zgodnie z dokumentacją projektową (§ 1 ust. 1 i 2 wzoru umowy);
- Odbiór robót w zakresie budowy sieci wod.-kan., sieci kanalizacji sanitarnej odbywać się będzie na zasadach określonych w „Procedurze odbiorów sieci wodociągowych i kanalizacyjnych Aqanet S.A.” -stanowiącej załącznik nr 4 do niniejszej umowy (§ 5 ust. 5 wzoru umowy);
- Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają ryczałtowo w wysokości: (...), w tym: (...) d) sieci wodociągowe oraz kanalizacji sanitarnej (23% VAT) - realizowane na rzecz AQUANET (§ 7 ust. 1 wzoru umowy);
- Rozliczenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu niniejszej umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 nastąpi na podstawie faktur częściowych wystawionych do wartości 80% wynagrodzenia brutto, w oparciu o protokoły odbioru częściowego, przedkładane Zamawiającemu nie częściej niż jeden raz w miesiącu (§ 8 ust. 1 wzoru umowy) (...) Rozliczenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu niniejszej umowy, o którym mowa w § 1 ust. 2 nastąpi na podstawie faktur częściowych wystawionych do wartości 80% wynagrodzenia brutto, w oparciu o protokoły odbioru częściowego, przedkładane Aqanet S.A. nie częściej niż jeden raz w miesiącu oraz jednej faktury końcowej w wysokości 20% wynagrodzenia brutto po podpisaniu protokołu odbioru końcowego potwierdzającego w pełni bezusterkowe wykonanie przedmiotu umowy (§ 8 ust. 2 wzoru umowy);
- Wykonawca udzielił Zamawiającemu gwarancji na zasadach określonych w załącznikach nr 1 i 1A do niniejszej umowy stanowiących integralną część niniejszej Umowy. Załącznik nr 1 - Karta gwarancyjna dla prac realizowanych na rzecz ZKZL, Załącznik nr 1A - Karta gwarancyjna dla prac realizowanych na rzecz Aqanet (§ 10 ust. 1 wzoru umowy).

1.9. Powyższe wskazuje na to, że choć postępowanie prowadzone jest jako jedno zamówienie, to w swej istocie składa się z dwóch podzielnych elementów, tj. wykonania sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej na rzecz Aqanet S.A. oraz wykonanie pozostałej części przedmiotu umowy - na rzecz ZKZL.

2. [rażąco niska cena oferty Agrobex]

2.1. [możliwość badania rażąco niskiej ceny części oferty]

2.1.1. W ocenie Zamawiającego, zaoferowanie przez Agrobex za wykonanie sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej ceny ponad dziesięciokrotnie niższej od drugiej

złożonej w postępowaniu oferty, nosi znamiona rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji.

2.1.2. Przede wszystkim zauważenia wymaga to, że wbrew twierdzeniom Agrobex, w niektórych wypadkach dopuszczalna jest ocena poszczególnych składników ceny pod kątem ustalenia ceny rażąco niskiej. Nie zawsze zatem niezbędne jest wykazywanie, że wszystkie zsumowane elementy składowe ceny nie pozwalają na realizację przedmiotu zamówienia i są niższe od kosztów całości realizacji zamówienia.

2.1.3. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, dopuszczalność odrębnego badania elementów składowych ceny zachodzi przede wszystkim (ale nie wyłącznie), gdy dotyczy to: ceny za realizację opcji, ceny stanowiącej odrębne kryterium oceny ofert, ceny stanowiącej odrębny przedmiot rozliczeń.

2.1.4. Przykładowo wskazał wyroki KIO: z dnia 23.05.2016 r. (KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16); z dnia 24.09.2014 r. (KIO 1844/14), z dnia 19.02.2014 r. (KIO 216/14); z dnia 09.06.2014 r. (KIO 1049/14), z dnia 14.01.2015 r. (KIO 2734/14) oraz z dnia 19.09.2016 r. (KIO 1620/16).

2.1.5. W kontekście powyższego zauważyć należy, że wynagrodzenie za budowę sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej będzie przedmiotem odrębnych rozliczeń, bowiem zbudowane w toku inwestycji sieci będą stanowiły własność Aquanet S.A. i przez ten podmiot będą finansowane, podczas gdy pozostała część inwestycji będzie sfinansowana przez i będzie przysługiwać Zleceniodawcy (o czym świadczą postanowienia przywołane w pkt 1.7 powyżej). Tym samym, rozdział cen ma istotne znaczenie dla Zamawiającego, bowiem skutkuje obowiązkiem zapłaty odpowiednich kwot bądź przez ZKZL bądź przez Aquanet, czy też wpływa na wysokość roszczeń za niewykonanie części umowy.

2.1.6. Wynagrodzenie to jest też o tyle samodzielne, że w skład zamówienia wchodzi usługi obłożone różną stawką VAT, odpowiednio 8% i 23%, zaś w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający porównuje ceny brutto poszczególnych ofert. Tym samym, zastosowanie niższej ceny dla usług, do których zastosowanie znajduje stawka 23%, przy jednoczesnym zwiększeniu wartości usług obłożonych stawką 8% w sposób istotny wpływa na wysokość końcowej ceny ofertowej, a tym samym - ranking poszczególnych ofert.

2.1.7. Możliwość badania wysokości wynagrodzenia jedynie co do wartości budowy sieci kanalizacyjnej i wodociągowej potwierdzają także przepisy fiskalne. Mając bowiem na uwadze zastosowanie różnych stawek VAT, różna będzie wysokość odprowadzanego podatku - w zależności od rozdziału kosztów między poszczególne składowe ceny globalnej. Uznanie, że cena jednego elementu cenotwórczego została istotnie zaniżona, może spowodować wszczęcie przez organy kontroli skarbowej procedury sprawdzającej związanej

z badaniem wartości rynkowej tych robót. Może to w konsekwencji prowadzić do nałożenia na wykonawcę lub Zleceniodawcę kar fiskalnych.

2.1.8. Tym samym należy uznać, że wynagrodzenie to stanowi samoistny i odrębny od pozostałych składowych wynagrodzenia element rozliczeń.

2.1.9. W konsekwencji nie powinno być wątpliwości, co do możliwości oceny wynagrodzenia za budowę sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, pod kątem rażąco niskiej ceny. Jak bowiem wskazano w ww. orzeczeniach, istnieje możliwość badania jedynie części ceny. Skoro zaś cena oferowana za budowę sieci jest ponad 10-krotnie niższa od ceny oferowanej przez pozostałych wykonawców za tę część zamówienia, a także ustalonej wartości szacunkowej tej części zamówienia, to wszczęcie procedury rażąco niskiej ceny było nie tylko uprawnieniem, lecz wręcz obowiązkiem Zamawiającego.

2.2. [ciężar dowodu]

2.2.1. Zamawiający wskazał, że zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Stwierdzenie to wynika z dotychczasowego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, tak np. wyrok KIO z dnia 12.10.2009 r. (KIO/UZP 1415/09), także wyrok KIO z dnia 09.05.2013 r. (KIO 934/13).

2.2.2. Zatem powstanie domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli chce je obalić musi wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalili się już jednolity w tym zakresie poglądy, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki nie tylko, że jest cały czas aktualny, ale wręcz został istotnie wzmocniony nowym brzmieniem art. 90 ust. 2 Pzp.

2.2.3. Wskazał przykładowo wyrok KIO z dnia 17.03.2009 r. (KIO/UZP 262/09).

2.3. [ocena wyjaśnień Odwołującego]

2.3.1. Odwołujący przytoczył w Wyjaśnieniach długi wywód na temat małych różnic cenowych między jego ofertą, a ofertami pozostałych wykonawców. Wywody te nie mają jednak znaczenia dla niniejszej sprawy, albowiem odnoszą się one wyłącznie do globalnej ceny oferty. Tymczasem jak już wcześniej zauważono, uwzględniając specyfikę tego zamówienia dopuszczalne jest odrębne badanie cen za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia.

2.3.2. Po drugie, w kontekście rażąco niskiej ceny nie ma znaczenia, czy cena danego oferenta jest ceną najniższą. W istocie, może się bowiem okazać, że oferta

z najniższą ceną nie zostanie odrzucona, a oferta wyższa zostanie uznana za zawierającą rażąco niską cenę. Kluczowe jest bowiem nie to, czy za daną cenę możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia, lecz czy za daną cenę konkretny wykonawca jest w stanie je wykonać. Powyższe ocenia się wyłącznie w świetle informacji przedstawionych przez wykonawcę w wyjaśnieniach.

2.3.3. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były lakoniczne i nie obaliły ustanowionego w art. 90 ust. 1-3 Pzp domniemania. Odwołujący w Wyjaśnieniach nie podał szczegółowej kalkulacji prac. Jedynym dowodem, jaki załączył na rzekome potwierdzenie tego, że cena nie jest rażąco niska, była oferta jednego podwykonawcy. Nie jest to jednak dowód wystarczający.

2.3.4. Wskazał, że wykonawca nie powinien bezwiednie przyjmować oświadczeń podwykonawców o koszcie podzlecanych prac. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stosuje się bowiem również w sytuacji, gdy niedoszacowanie kosztów przez ewentualnego podwykonawcę prowadzi do rażącego zaniżenia ceny oferty wykonawcy.

2.3.5. Wskazał wyrok KIO z 23.01.2014 r., sygn. akt KIO 3036/14. Oparcie kalkulacji wyłącznie o oferty podwykonawców może być skrajnie nierzetelne, a wyjaśnienia takie jako niewystarczające prowadzić powinny do odrzucenia oferty wykonawcy.

2.3.6. Potwierdza to także inny wyrok KIO, z dnia 26.08.2014 r., sygn. akt KIO 1642/14.

2.3.7. Konkludując, Odwołujący w swych wyjaśnieniach nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, albowiem złożona oferta podwykonawcy jest całkowicie niewiarygodna w kontekście zakresu, rodzaju i ilość prac do wykonania w ramach tej części zamówienia, która realizowana jest na rzecz Aquanet. Brak poczynienia jakichkolwiek wyjaśnień skąd tak niska cena powoduje, że oferta ta nie może być uznana za wiarygodny dowód.

2.3.8. W konsekwencji odrzucenie oferty było prawidłowe i zgodne z prawem.

3. [czyn nieuczciwej konkurencji]

3.1 Nawet gdyby uznać, że cenie za wykonanie sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej nie można przypisać charakteru rażąco niskiej ceny ze względu konieczność rozpatrywania ceny jako całości (z czym oczywiście Zamawiający się nie zgadza), to taki a nie inny podział ceny (i ukształtowanie poszczególnych elementów ceny) jako całości, stanowi manipulację poszczególnymi cenami jednostkowymi, a w konsekwencji, czyn nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest sztuczne „przerzucanie” kosztów poszczególnych składowych ceny między tymi pozycjami, jeżeli ma lub może to mieć wpływ na cenę końcową, względnie ma na celu uzyskanie sztucznej przewagi konkurencyjnej wykonawcy.

3.2. Pomimo bowiem tego, że cena jest ceną ryczałtową i w teorii przerzucenie kosztu budowy sieci nie powinno mieć wpływu na wysokość końcowej ceny ofertowej, w praktyce ma to duże znaczenie, z uwagi na różne stawki VAT. Zastosowanie stawki 8% zamiast 23% do danej ceny powoduje, że cena końcowa tej pozycji jest o 13% niższa, niżby była, gdyby zastosować wyższą stawkę podatkową. Wpływa to też istotnie na punktację pozostałych wykonawców, bowiem jest ona liczona zgodnie ze wzorem: $C - \text{cena najniższa (brutto)} / \text{cena oferty sprawdzanej (brutto)}$. Wartość ceny końcowej brutto oferty Agrobex, która jest ofertą najtańszą, ma istotny wpływ na punktację przyznawaną pozostałym wykonawcom.

3.3. Oczywiście jest to, że manipulacja cenami dokonana przez Odwołującego miała na celu wykorzystanie różnic w stawkach podatku VAT, a tym samym sztuczne obniżenie wysokości tego podatku i w konsekwencji obniżenie całości ceny o tę sztuczną różnicę.

3.4. Tym samym działania Odwołującego miały na celu zdobycie nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami, którzy rzetelnie wycenili koszty realizacji poszczególnych prac.

3.5. Nie ma przy tym znaczenia, czy takie „przerzucenie” kosztów dotyczy ich całości czy tylko części. Istotą jest próba wpływania na punktację końcową wszystkich wykonawców przez nieuczciwe praktyki rynkowe. Takie działanie wykonawcy w sposób oczywisty narusza dobre obyczaje i zasadę zaufania wobec kontrahenta.

3.6. Ponadto takie przerzucanie kosztów jest także czynem naruszającym uzasadnione interesy Zamawiającego. Zauważyć raz jeszcze należy, że w postępowaniu występuje dwóch Zamawiających. Inwestorem w zakresie wykonania budynków jest ZKZL, a w zakresie sieci kanalizacyjno-wodociągowych Aquanet. Każdy z tych dwóch zamawiających ponosi koszty realizacji tej części zamówienia, którego jest ostatecznym beneficjentem.

3.7. Tym samym takie sztuczne przerzucenie kosztów wykonania sieci kanalizacyjno-wodociągowych do kosztów wykonania budynków powoduje bezzasadne obciążenie tymi kosztami jednego z zamawiających (ZKZL), podczas gdy drugi z zamawiających (Aquanet) odnosi nieuzasadnioną korzyść.

3.8. Zamawiający wskazał na wielokrotne orzekanie KIO, że manipulacja ceną (jej poszczególnymi składnikami) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, którego konsekwencją musi być odrzucenie oferty.

3.9. Wyroki KIO: z dnia 23.09.2014 r. (KIO 1852/14); z dnia 24.09.2014 r. (KIO 1844/14); z dnia 19.02.2014 r. (KIO 216/14); z dnia 09.06.2014 r. (KIO 1049/14); z dnia 14.01.2015 r. (KIO 2734/14).

3.10. Z punktu widzenia przepisów Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest istotna wartość takiej manipulacji, ale sam fakt jej wystąpienia. Bez względu czy

wynosi ona np. 1.000,00 zł czy też 2.000.000 zł, jest ona czynem nieuczciwej konkurencji, którego wystąpienie zobowiązuje do odrzucenia oferty. Dla oceny tej sytuacji nie ma także znaczenia, czy popełnienie takiego czynu ma wpływ na wynik klasyfikacji wykonawców, czy też takiego wpływu nie ma, albowiem obowiązek odrzucenia takiej oferty - przy uznaniu, że doszło do manipulacji cenowych - jest bezwzględny.

3.11. W konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego z powodu czynu nieuczciwej konkurencji było w pełni zasadne.

Odrzucenie oferty Odwołującego znajdowało swe oparcie w prawie, a zatem odwołanie Agrobex powinno zostać oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia ustawowe przesłanki uprawniające go do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

I. Izba ustaliła na podstawie akt sprawy oraz wyjaśnień pełnomocników stron złożonych na rozprawie, następujące fakty istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia pn: *Wybudowane dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych oraz wybudowanie sieci wodociągowej oraz sieci kanalizacji sanitarnej zgodnie z dokumentacją projektową przy ul. Dymka w Poznaniu* prowadzą dwaj zamawiający – AQUANET Spółka Akcyjna oraz Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibami w Poznaniu, w zakresie ich statutowego działania, z tym, że pierwsza jest spółką prowadzącą działalność również komercyjną, druga wyłącznie komunalną w zakresie zasobów mieszkaniowych na potrzeby Gminy, której jest jednostką.

Postępowanie o wybudowanie budynków zostało połączone z postępowaniem o wybudowanie sieci wodociągowej oraz sieci kanalizacji sanitarnej, z wyodrębnieniem tych części, stosownie do zakresu połączonego przedmiotu zamówienia. Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o. pełni przy tej części inwestycji jedynie funkcję inwestora zastępczego.

Przedmiot zamówienia obejmuje:

a) wybudowanie 2 budynków mieszkalnych wielorodzinnych (A, B) zgodnie z dokumentacją projektową wraz z infrastrukturą (w szczególności budowa przyłączy wodno-

- kanalizacyjnych) w Poznaniu przy ul. Dymka, obręb Kobylepole, ark. 09 dz. nr 13,14,16/3, a nadto zagospodarowanie terenu otaczającego budynki, wykonanie zjazdu z drogi publicznej oraz uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie budynków,
- b) wybudowanie sieci wodociągowej oraz sieci kanalizacji sanitarnej zgodnie z dokumentacją projektową,
- c) usunięcie drzew i krzewów zgodnie z decyzją Wydziału Ochrony Środowiska - tabelaryczne zestawienie drzew i krzewów przewidzianych do wycinki stanowi załącznik nr 13 do SIWZ. Decyzja Wydziału Ochrony Środowiska zostanie przekazana wyłonionemu Wykonawcy,
- d) uporządkowanie terenu budowy przed przystąpieniem do budowy 2 budynków mieszkalnych - wywóz gruzu znajdującego się na placu budowy oraz utylizację śmieci zgodnie z pkt. 3.2.1.1. SIWZ.

Uwaga! Zamawiający informuje, iż część Zamówienia tj. wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej oraz wodociągu realizowane jest na rzecz Aquanet S.A. – Zamawiający pełni przy tej części inwestycji jedynie funkcje inwestora zastępczego. Zapłata wynagrodzenia za tę część prac następować będzie bezpośrednio przez Aquanet S.A. (warunki płatności określone zostały w Istotnych Postanowienia Umownych – załączniku nr 9 do SIWZ). – pkt 3 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia.

Podział na odrębne części zamówienia, z odrębną wyceną tych części, z zastosowaniem stawek podatku VAT podanych przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ (FORMULARZ OFERTOWY) zróżnicowanych w zależności od rodzaju i zakresu robót, z odrębnym odbiorem robót, odrębnym wystawianiem faktur i odrębną zapłatą wynagrodzenia za wykonane części zamówienia – wynika z treści SIWZ i załączników, wskazanych również w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie (cytowany pkt 1.8, str. 9 i 10 niniejszego uzasadnienia).

Odwołujący przedstawił w formularzu ofertowym, zgodnie z zamieszczonym w nim opisem, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, z podziałem na 4 części zamówienia i 4 częściowe wynagrodzenia, w następujący sposób:

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają ryczałtowo w wysokości: Netto: 11 303 501,66 zł (słownie: jedenaście milionów trzysta trzy tysiące pięćset jeden zł, 66/100), brutto: 12 229 861,79 zł (słownie: dwanaście milionów dwieście dwadzieścia dziewięć tysięcy osiemset sześćdziesiąt jeden zł, 79/100) w tym:

- a) Wywóz gruntu i nieczystości z terenu objętego inwestycją przed przystąpieniem do robót budowlanych, usunięcie drzew i krzewów (8% VAT): netto: 562 452,12 zł (słownie: pięćset sześćdziesiąt dwa tysiące czterysta pięćdziesiąt dwa zł, 12/100), VAT: 44 996,17 zł

- (słownie: czterdzieści cztery tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt sześć zł, 17/100), brutto: 607 448,29 zł (słownie: sześćset siedem tysięcy czterysta czterdzieści osiem zł, 29/100);
- b) Roboty budowlano-montażowe (8% VAT): netto: 10 593 849,54 zł, (słownie: dziesięć milionów pięćset dziewięćdziesiąt trzy tysiące osiemset czterdzieści dziewięć zł, 54/100) VAT: 847 507,96 zł (słownie: osiemset czterdzieści siedem tysięcy pięćset siedem zł, 96/100), brutto: 11 441 357,50 zł (słownie: jedenaście milionów czterysta czterdzieści jeden tysięcy trzysta pięćdziesiąt siedem zł, 50/100);
- c) zagospodarowanie terenu (23% VAT): netto 60 000,00 zł (słownie sześćdziesiąt tysięcy zł), VAT: 13 800,00 zł (słownie trzynaście tysięcy osiemset zł), brutto: 73 800,00 zł (słownie siedemdziesiąt trzy tysiące osiemset zł);
- d) sieci wodociągowe oraz kanalizacji sanitarnej – na rzecz AQUANET S.A.(23% VAT): netto: 87 200,00 zł (słownie: osiemdziesiąt siedem tysięcy dwieście zł), VAT: 20 056,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy pięćdziesiąt sześć zł), brutto: 107 256,00 zł (słownie: sto siedem tysięcy dwieście pięćdziesiąt sześć zł).

W postępowaniu złożono 6 ofert, spośród których cena oferty odwołującego była najniższa.

Wynagrodzenie za roboty – sieci wodociągowe oraz kanalizacji sanitarnej na rzecz AQUANET S.A. (23% VAT) – odwołujący podał cenę 107 256,00 zł (brutto). Ceny ofert pozostałych wykonawców za tę pozycję zamówienia – wykonanie sieci wodociągowych oraz kanalizacji sanitarnej – kształtują się na poziomie od 1 184 772,90 zł do 2 862 355,34 zł, tj. od 11 do 27 razy wyższym od ceny zaoferowanej przez odwołującego. Zamawiający dokonał ustalenia wartości zamówienia wykonywanego na rzecz AQUANET S.A. na kwotę 890 499,97 zł netto, tj. 1 095 314,96 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 21.09.2016 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w części dotyczącej wynagrodzenia za wykonanie sieci wraz z przedstawieniem kalkulacji kosztów, wskazując podstawę prawną wezwania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący, w piśmie z dnia 28 września 2016 r., w odpowiedzi na wezwanie, zakwestionował podstawę prawną wezwania, nie udzielił wyjaśnień w zakresie wskazanym w wezwaniu.

Zamawiający, z daleko posuniętej ostrożności jak podał w odpowiedzi na odwołanie, z uwagi na wskazanie z wezwania nr 1 błędnej podstawy prawnej, ponowił wezwanie zwracając się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów,

dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – pismem z dnia 11.10.2016 r., o treści:

Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych sp. z o.o. działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (...), wzywa do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w części dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy z tytułu wykonania ok. 600mb sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej w ul. Dymka, tj. zakresu prac, które zgodnie z pkt. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia będą realizowane na rzecz AQUANET S.A. (zasady odbioru prac określone zostały w § 5 załącznika do SIWZ Istotne Postanowienia Umowy).

Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, w przedmiotowej części jeżeli nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie, przedstawił swoje stanowisko i załączył ofertę podwykonawcy (pismo z dnia 17 października 2016 r.):

„I. Spółka pod firmą PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. podaje, że jej oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na bardzo niewielkie różnice w wysokości cen zaoferowanych przez poszczególnych uczestników postępowania przetargowego. Zaoferowane ceny przedstawiają się następująco:

- a) PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. -12.229.861,79 złotych brutto,*
- b) BERGER BAU POLSKA Sp. z o.o. -12.774.850,41 złotych,*
- c) Firma Remontowo-Budowlana P. S. - 12.816.334,31 złotych brutto,*
- d) Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane INFRA Sp. z o.o. - 13.069.186,32 złotych brutto,*
- e) PEKABUD-MORASKO Sp. z o.o. - 13.176.702,68 złotych brutto.*

Różnice w ujęciu procentowym pomiędzy ceną zaoferowaną przez spółkę PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. a cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców kształtują się następująco:

- a) cena zaoferowana przez BERGER BAU POLSKA Sp. z o.o. jest wyższa od ceny zaoferowanej przez PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. zaledwie o 4,46%,*
- b) cena zaoferowana przez Firmę Remontowo-Budowlaną Piotr Szymański jest wyższa od ceny zaoferowanej przez PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. zaledwie o 4,80%,*
- c) cena zaoferowana przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane INFRA Sp. z o.o. jest wyższa od ceny zaoferowanej przez PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. zaledwie o 6,86%,*

d) cena zaofertowana przez PEKABUD-MORASKO Sp. z o.o. jest wyższa od ceny zaofertowanej przez PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. zaledwie o 7,74%.

W sytuacji, w której różnice pomiędzy cenami zaofertowanymi przez poszczególnych uczestników są tak niewielkie, w ogóle nie sposób mówić, aby którakolwiek z ofert zawierała cenę rażąco niską.

Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, że pismem z dnia 24 sierpnia 2016 roku Zamawiający poinformował o tym, że wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Firmę Remontowo-Budowlaną P. . . Oferta tego wykonawcy zawiera cenę wyższą od ceny zaofertowanej przez PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. jedynie o 4,80%. Należy zadać pytanie o to, jak to jest możliwe, że Zamawiający uważa, iż cena w kwocie 12.816.334,31 złotych brutto (zaofertowana przez Firmę Remontowo-Budowlaną P. S.) jest ceną właściwą, a cena nieco tylko niższa, wynosząca 12.229.861,79 złotych brutto (zaofertowana przez PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o.), ma być już rzekomo ceną rażąco niską. Przyjmując założenie, że Zamawiający jest obiektywny i nie wyróżnia żadnego z uczestników przetargu stwierdzić należy, że trudno zrozumieć takie postępowanie Zamawiającego.

Poza tym wymaga podkreślenia fakt, że początkowo, odrzucając ofertę spółki PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o., Zamawiający wcale nie uznał, jakoby zaofertowana przez tę spółkę cena miała być ceną rażąco niską. Odrzucenie oferty spółki PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. nastąpiło wyłącznie z tego powodu, że zdaniem Zamawiającego Spółka rzekomo nie wskazała osoby kierownika budowy. Gdyby Zamawiający już wówczas zarzucił Spółce, że zaofertowała cenę rażąco niską, tu już wówczas Zamawiający wezwałby Spółkę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie już wówczas Zamawiający odrzuciłby ofertę Spółki nie tylko na podstawie jej rzekomej niezgodności z SIWZ, lecz także z uwagi na rzekome zaofertowanie rażąco niskiej ceny. Nic takiego jednak nie miało wówczas miejsca. Dopiero bowiem, gdy na skutek wydanego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiającemu nie udało się skutecznie odrzucić oferty spółki PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. na podstawie rzekomej niezgodności oferty ze specyfikacją, dopiero wówczas Zamawiający wysunął zarzut rzekomo rażąco niskiej ceny. Takt stan rzeczy może rodzić pytanie o to, jakie intencje przyświecają Zamawiającemu wysuwającemu spóźniony i nieuzasadniony zarzut rzekomo rażąco niskiej ceny.

Poza tym należy wskazać na fakt, że w niniejszej sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek wymienionych w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, które mogłyby uzasadniać sformułowanie przez Zamawiającego zarzutu rażąco niskiej ceny. Jest tak dlatego, że cena całkowita oferty spółki PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. nie jest „niższa o co najmniej 30%” ani od wartości zamówienia, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a nawet jest od tego wskaźnika ustawowego bardzo daleka.

II. Niezależnie od powyższego podaję, co następuje. W treści SIWZ Zamawiający w żaden sposób nie opisał sposobu, w jaki uczestnicy postępowania przetargowego mieliby wyliczać poszczególne ceny cząstkowe wskazane w formularzu ofertowym. Punkt 18.4 specyfikacji, który jako jedyny być może odnosi się do cen cząstkowych, postanawia tylko i wyłącznie to, że ceny mają być podane z dokładnością dwóch miejsc po przecinku. Skoro Zamawiający nie podał sposobu wyliczenia cen cząstkowych, przyjęc należy, że w tej mierze pozostawił uczestnikom postępowania przetargowego pełną swobodę decyzji. Oferenci mogli zatem całkowicie dowolnie podzielić zaoferowaną cenę na poszczególne ceny cząstkowe. Nieuzasadnione jest zatem obecnie żądanie Zamawiającego, aby Spółka wskazała sposób wyliczenia ceny cząstkowej przewidzianej za wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej. Zważywszy na powyższe pragnę ponownie (jak to już uczyniłem w piśmie z dnia 28 września 2016 roku) zwrócić Państwa uwagę na tezy następujących wyroków Krajowej Izby Odwoławczej (...):

a) (...) z dnia 29 [30] czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1210/14;

b) (...) z dnia 17 [18] grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2631/15, KIO 2636/15.

III. Ustosunkowując się do pytania o wyjaśnienie ceny za wykonanie sieci wodociągowej oraz sieci kanalizacji sanitarnej podaję, że wykonanie tych prac spółka pod firmą PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. zamierza powierzyć podwykonawcy - firmie Przedsiębiorstwo „HYDRO-GAZ SWARZĘDZ” H. W. . Firma ta złożyła spółce PPUiH „AGROBEX” Sp. z o.o. ofertę z dnia 10 sierpnia 2016 roku na wykonanie przedmiotowych sieci za kwotę netto 85.000,00 złotych, a zatem za kwotę brutto 104.550,00 (sto cztery tysiące pięćset pięćdziesiąt złotych).

Jednocześnie, wykonując wezwanie Zamawiającego do przedstawienia stosownego dowodu, w załączeniu przedkładam ofertę Przedsiębiorstwa „HYDRO-GAZ SWARZĘDZ” H. W. z dnia 10 sierpnia 2016 roku.

Załącznik: - oferta Przedsiębiorstwa „HYDRO-GAZ Swarzędz” H. W. z dnia 10 sierpnia 2016 roku.

Oferta H. W. ze Swarzędza, z dnia 10.08.2016 r., przedstawia treść: Dotyczy przetargu: Wybudowanie dwóch budynków wielorodzinnych oraz wybudowanie sieci wodociągowej oraz sieci kanalizacji sanitarnej zgodnie z dokumentacją projektową przy ul. Dymka w Poznaniu

Przedsiębiorstwo HYDRO-GAZ Swarzędz – H. W. składa ofertę wykonania na w/w inwestycji następujących robót:

Sieci i przyłącza wod - kan w kwocie 85 000,00 zł netto

Ważność oferty: 30 dni,

Zakres wycenionych prac:

Zakres prac do wykonania:

Oferta sporządzona została na podstawie dokumentacji dostarczonej przez Inwestora.

Oferta zawiera: koszty wszystkich robót przygotowawczych, wykonanie dokumentacji powykonawczej zorganizowanie i przeprowadzenie niezbędnych prób, odbiorów.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (pismo z dnia 26 października 2016 r.), wskazując jak niżej:

Działając na podstawie art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...) Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych sp. z o.o. zawiadamia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wybudowanie dwóch budynków wielorodzinnych przy ul. Dymka w Poznaniu, w związku z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.09.2016 r., Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i stwierdził, co następuje:

1. Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości w zakresie elementu ceny oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe AGROBEX sp. z o.o. (dalej AGROBEX), ze względu na rażące dysproporcje pomiędzy ceną za wykonanie sieci wodociągowych i kanalizacji sanitarnej zaoferowaną przez AGROBEX, a cenami wskazanymi w ofertach pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz kosztami realizacji tych robót wynikającymi z ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia. W związku z tym Zamawiający zwrócił się do AGROBEX w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Wykonawca nie wykazał, że cena wskazana w jego ofercie w zakresie wykonania ok. 600mb sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej w ul. Dymka nie jest rażąco niska. W szczególności wykonawca nie przedłożył konkretnych wyjaśnień wraz z dowodami oraz nie wskazywał przyczyn, dla których możliwe było zaoferowanie takiej, a nie innej ceny. W ocenie Zamawiającego niewystarczające było przedłożenie oferty podwykonawcy, bez złożenia konkretnych wyjaśnień w jaki sposób tak niska cena została ustalona. Przedstawione przez AGROBEX wyjaśnienia mają charakter ogólny, nie odnoszą się do istoty rzeczy, a raczej stanowią polemikę z wezwaniem skierowanym w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a co za tym idzie, nie obaliły domniemania Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny.
3. Oferta AGROBEX w zakresie wykonania sieci wodociągowych i kanalizacji zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

4. Ponadto oferta AGROBEX podlega odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP, albowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci manipulacji poszczególnymi składnikami cen w celu uzyskania sztucznej przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami, ze względu na wykorzystanie różnych stawek podatku VAT. Według Zamawiającego zaoferowana cena za wykonanie sieci wodociągowej oraz kanalizacji sanitarnej jest nierealna, a AGROBEX dokonał przerwania kosztów za wykonanie robót w tym zakresie do innego rodzaju robót obłożonych niższą stawką podatku VAT. To w konsekwencji miało na celu sztuczne uzyskanie niższej ceny brutto za realizację całości zamówienia. Działanie takie narusza dobre obyczaje, jak też uzasadniony interes Zamawiającego, a także innych wykonawców ubiegających się o zamówienie i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

II. Oceniając zarzuty przedstawione w odwołaniu w świetle dokonanych ustaleń, z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę z ceną za cały przedmiot zamówienia dla porównania ofert, z wyszczególnieniem cen częściowych za poszczególne części zamówienia, wyodrębnione ze względu na rodzaj i zakres przedmiotu zamówienia, realizowany na rzecz dwóch różnych odbiorców robót. Oferta przedstawiała ceny częściowe, a nie ceny jednostkowe.

Wobec zaoferowania ceny za wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w kwocie 107 256,00 zł stanowiącej 5,93% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (6) w tej części zamówienia (1 809 092,22 zł) oraz stanowiącej 9,79% wartości zamówienia powiększonej o kwotę podatku VAT, ustalonej dla tej części zamówienia (1 095 314,96 zł) – wątpliwości zamawiającego, co do realności ceny były uzasadnione.

1. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (odwołujący omyłkowo wskazał ust. 1a artykułu, niewystępujący w ustawie w brzmieniu sprzed nowelizacji) stanowi: *Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,

oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Z cytowanego przepisu wynika, że zamawiający uprawniony jest w każdym przypadku, jeżeli ma wątpliwości, co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, do zwrócenia się do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień wraz z dowodami, natomiast gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zwrócenie się o złożenie wyjaśnień wraz z dowodami, jest obowiązkiem zamawiającego.

Zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień wraz z dowodami odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu dokonania kalkulacji ceny, a więc udowodnienia, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. W przypadku nie złożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień, których ocena wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że cena jest rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 Pzp - *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*). Konsekwencją oceny ceny jako rażąco niskiej jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*).

Zgodnie z interpretacją przepisów wynikającą z orzecznictwa – dotyczącą ceny częściowej za wyodrębniony przedmiot zamówienia, czy elementów składowych ceny, czy też cen jednostkowych – ocena części składowych wynagrodzenia podlega takim samym rygorom jak ocena za cały przedmiot zamówienia. Przykładowe orzecznictwo Izby – wyroki:

- z dnia 23 maja 2016 r., sygn. akt KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16: (...) *każda z tych usług rozliczana będzie przez Zamawiającego odrębnie co skutkuje tym, że każda z cen za poszczególne usługi winna podlegać odrębnej analizie pod kątem rażąco niskiej ceny;*

- z dnia 24 września 2014 r., sygn. akt KIO 1844/14: *Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego, iż badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny może podlegać wyłącznie cena za*

cały przedmiot zamówienia. Istotnie, w przedmiotowym postępowaniu kryterium oceny ofert stanowi cena całkowita obliczona według Załącznika nr 1a do formularza oferty. Jednak kalkulacja ceny za całość zamówienia była dokonywana przez wykonawców jedynie na użytek porównania ofert. (...). Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna być zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione;

- z dnia 19.02.2014 r., sygn. akt KIO 216/14: 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, specyfiką przedmiotu zamówienia czy też ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy;

- z dnia 22 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 53/15: Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że w każdym przypadku, niezależnie od uwarunkowań konkretnego postępowania, wymagane jest wzywianie do wyjaśnienia ceny całej oferty. Wręcz przeciwnie, zamawiający powinni wyjaśniać te elementy oferty, które wydają się im rażąco niskie i budzące wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu odwoławczym Izba ocenia czynności bądź zaniechania czynności przez zamawiającego, do których był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

W tym przypadku Izba oceniła czynność zamawiającego – ocenę wyjaśnień odwołującego uznając, że ocena dokonana przez zamawiającego nie stanowi naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i skutkuje zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący nie złożył wyjaśnień odpowiadających wezwaniu zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, wskazujących elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny za wybudowanie: sieci wodociągowych oraz kanalizacji sanitarnej na rzecz AQUANET S.A. w kwocie 107 256,00 zł (z 23% podatkiem VAT).

Treść pisma odwołującego z dnia 17 października 2016 r. (odpowiadająca treści odwołania), nie odnosi się do treści wezwania zamawiającego. Jedynie w części III pisma odwołujący podał, że potencjalny podwykonawca oferuje wykonanie tej części zamówienia za kwotę netto 85 000,00 zł, brutto 104 550,00 zł. Powyższe wskazuje wyłącznie na fakt ewentualnej możliwości powierzenia wykonania tej części zamówienia innemu podmiotowi za wskazaną cenę. Nie przedstawia natomiast jakiegokolwiek kalkulacji ceny cząstkowej oferty na zaoferowanym poziomie.

W okolicznościach sprawy, zamawiający nie miał podstawy do innej oceny braku wyjaśnień odwołującego, a w istocie przedstawionego negocjowania prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, niż takiej oceny, jaka została przedstawiona w piśmie z dnia 26 października 2016 r. (odrzućcie oferty).

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego odnośnie opisu poszczególnych cen częściowych wskazanych w formularzu ofertowym, a zwłaszcza wniosku odwołującego, że: *Oferenci mogli zatem całkowicie dowolnie podzielić zaoferowaną cenę na poszczególne ceny częściowe.*

Niezależnie od faktu, że takie stwierdzenie wskazuje przyznanie przez odwołującego dowolnego ustalenia ceny za wykonanie części zamówienia: sieci wodociągowych oraz kanalizacji sanitarnej na rzecz AQUANET S.A., to jest to niezgodne z opisem zamieszczonym w formularzu ofertowym, z którego wynika wskazanie 4. części zamówienia i zobowiązanie wykonawcy do przyporządkowania do poszczególnych części zamówienia cen częściowych odpowiadających rodzajowi i zakresowi robót, z zastosowaniem wskazanych przez zamawiającego, właściwych dla danych robót stawek podatku VAT.

Odwołujący, zobowiązany do udowodnienia przedstawionego w odwołaniu zarzutu, nie przedłożył dowodów, zarówno wnosząc odwołanie, jak też na rozprawie.

W zakresie dowodzenia w postępowaniu odwoławczym przed Izbą, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, przepis art. 190 ust. 1a Pzp stanowi: *Ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.*

Zatem ciężar dowodu, że cena oferty w zakresie wskazanym przez zamawiającego nie jest rażąco niska, spoczywał na odwołującym.

2. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie wskazanego przepisu uznając, że czyn nieuczciwej konkurencji polega na manipulacji poszczególnymi składnikami cen w celu uzyskania sztucznej przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami, ze względu na wykorzystanie różnych stawek podatku VAT. Oferując nierealną cenę za wykonanie sieci wodociągowych oraz kanalizacji sanitarnej, odwołujący dokonał przerzucenia kosztów za wykonanie robót w tym zakresie do innego rodzaju robót obłożonych niższą stawką podatku VAT. W konsekwencji miało to na celu sztuczne uzyskanie niższej ceny brutto za realizację

całości zamówienia. Działanie takie narusza dobre obyczaje, jak też uzasadniony interes zamawiającego, a także innych wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Wskazane faktyczne okoliczności czynu odpowiadają przesłankom normy art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odniósł się w odwołaniu do przesłanki z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (przepis ten nie został wskazany jako podstawa odrzucenia oferty), przedstawiając zestawienie cen 5. złożonych ofert oraz różnice procentowe ceny swojej oferty do cen 4. innych ofert złożonych w postępowaniu, podnosząc przy tym, że fakt zaoferowania ceny oferty na wskazanym poziomie nie utrudnia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, nie stanowi więc czynu nieuczciwej konkurencji. Odnośnie manipulowania stawkami podatku VAT, stwierdził jedynie, że zarzut jest nieuzasadniony, wskazując: *Jest tak dlatego, że Odwołujący wskazał cenę wykonania sieci wodociągowych i kanalizacji sanitarnej na podstawie oferty swojego podwykonawcy.*

Zamawiający na rozprawie wskazał protokół z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 19.09.2016 r. – zestawienie cen kosztów budowy sieci wodociągowych oraz kanalizacji sanitarnej i w nawiązaniu do tego zestawienia na tabelę (załącznik), w której przedstawiono: *Wartość całej oferty – brutto, Koszt sieci – brutto, Sama budowa.* W tabeli przedstawione ceny zaoferowane we wszystkich 6. złożonych ofertach (dokument został przedstawiony i przekazany w kopii pełnomocnikowi odwołującego).

Z zestawienia wynika, że cena oferty odwołującego (12 229 861,79 zł), najniższa spośród cen 6. złożonych ofert, po jej pomniejszeniu o cenę budowy sieci wodociągowych oraz kanalizacji sanitarnej (107 256,00 zł), stanowi cenę „samej budowy” w kwocie 12 122 605,79 zł. Po dokonaniu takiego samego pomniejszenia pozostałych cen ofert o podane przez wykonawców ceny budowy sieci wodociągowych oraz kanalizacji sanitarnej, ceny „samyh budów” wskazują, że oferta odwołującego byłaby oceniona na piątym miejscu w rankingu ofert, a nie na pierwszym, jak wynika z zestawienia cen wszystkich złożonych ofert za cały przedmiot zamówienia.

Zestawienie potwierdza, że oferując tak niską cenę budowy sieci wodociągowych oraz kanalizacji sanitarnej (107 256,00 zł, w tym 23% podatek VAT), odwołujący zyskuje przewagę w rankingu ofert, powodując przy tym obciążenie zamawiającego Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Sp. z o.o. – w przypadku wyboru oferty odwołującego i realizacji przez niego zamówienia – rzeczywistymi kosztami budowy sieci wodociągowych oraz kanalizacji sanitarnej, które w przypadku właściwej wyceny budowy powinien ponieść inwestor AQUANET S.A.

Zamawiający podkreślił, że przerzucając część rzeczywistych kosztów realizacji prac objętych stawką podatku VAT 23% do prac objętych stawką podatku VAT 8%, odwołujący wykorzystywał różnicę w wysokości 15% opodatkowania przez sztuczne obniżenie ceny jego oferty. Czynność ta zagraża innym wykonawcom, którzy rzetelnie wyceniając oferty i poszczególne elementy ofert, poddali się wyższej stawce podatku, tymczasem odwołujący sztucznie przerzucając koszty uniknął tego zwiększając w sposób nieuzasadniony swoją przewagę konkurencyjną. Działanie odwołującego zagraża interesom zamawiającego w ten sposób, że roboty wykonane na rzecz AQUANET S.A. finansowałby ZKZL Sp. z o.o. z budżetu przeznaczanego na budownictwo mieszkaniowe, w sytuacji, gdy potencjalna kwota około 1 000 000 zł pomniejszona na wykonaniu sieci sanitarnej i kanalizacyjnej, odpowiada kosztowi budowy kilkunastu mieszkań komunalnych. Z tego względu podtrzymał stanowisko, że czynność odwołującego wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w relacjach odwołujący-wykonawcy i odwołujący-zamawiający, będącego działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami. Powyższe stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w świetle ustawy, niezależnie czy czyn ten wywołał rzeczywiste zaburzenie warunków rynkowych. Przy czym w przypadku innych wykonawców zaburzenie to mogło potencjalnie zaistnieć, natomiast w przypadku zamawiającego zaistniałoby w wyniku wyboru oferty odwołującego i powierzenia mu wykonania zamówienia.

Podobna kwalifikacja czynu została przedstawiona w wyroku Izby z dnia 24 września 2014 r., sygn. akt KIO 1844/14.

Odwołujący, jak wyżej wskazano, nie odniósł się merytorycznie do istoty zarzutu zamawiającego przedstawionego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, nie odniósł się również do stanowiska zamawiającego przedstawionego na rozprawie, uzasadniając zaoferowanie częściowej ceny uzyskaniem oferty podwykonawcy załączonej do pisma z 17 października 2016 r., z ceną za budowę omawianych sieci w kwocie 85 000,00 zł netto.

W orzecznictwie Izby wskazuje się na odpowiedzialność wykonawcy oferującego udział podwykonawcy w realizacji zamówienia, następująco, m.in.: -wyrok z dnia 23 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 3036/13: (...) *za obliczenie ceny oferty odpowiada wyłącznie wykonawca, zatem niedoszacowanie wartości prac przez podwykonawcę jest traktowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako wadliwe i niestaranne działanie samego wykonawcy*; -wyrok z dnia 26 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1642/14: (...) *sami podwykonawcy, na których wskazuje wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinni być także wiarygodni. Wiarygodne i uzasadnione powinny być także oferty tych*

podwykonawców, w szczególności, jeśli są to oferty dotyczące wykonania przez podwykonawcę konkretnych robót budowlanych, a nie dotyczące zakupów konkretnych materiałów czy produktów (...). Samo wskazanie, że określone prace będą zlecone podwykonawcy za konkretną kwotę, nie uzasadnia samo w sobie „legalnego” zniżenia ceny ofertowej.

Dobre obyczaje, w definicji Sądu Apelacyjnego w Katowicach (przedstawionej w wyroku z dnia 28.06.2007 r., sygn. akt V ACa 371/07), 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 niezafalszowane współzawodnictwo.*

Reasumując powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na niewykazanie naruszenia przez zamawiającego przepisów prawnych wskazanych jako podstawy zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 10 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów przejazdu pełnomocnika w kwocie 258 zł na podstawie biletów internetowych PKP Intercity S.A. za przejazd na trasie Poznań Główny – Warszawa Zachodnia oraz Warszawa Centralna – Poznań Główny w dniu 9 listopada 2016 r., z uwagi na fakt, że bilet internetowy nie spełnia minimalnych wymagań określonych w § 14 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów

z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty
prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U.
Nr 165, poz. 1373).

Przewodniczący: