

Sygn. akt KIO 791/13

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Piotr Kozłowski
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2013 r. przez MOTA ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Inspektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Heilit Woerner Sp z o. o. w Wysokiej, Budimex S.A. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża MOTA ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MOTA ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od MOTA ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. w Krakowie na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Inspektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa- Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad – prowadzi, działając przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest kontynuacja budowy autostrady A-4, Tarnów Rzeszów na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia, km 502+796,97 do około 537+550.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 grudnia 2012 roku, pod numerem 383021-2012-PL.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

26 marca 2013 r. zamawiający za pośrednictwem faksu przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Heilit Woerner Sp. z o. o. w Wysokiej oraz Budimex S.A. w Warszawie, dalej jako „Konsorcjum Heilit Woerner”.

MOTA ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. w Krakowie wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 kwietnia 2013 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Heilit Woerner, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu, jako że jej treść nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Heilit Woerner, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu, jako że zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie naruszenie art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp w związku art. z 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Heilit Woerner do złożenia wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny i potwierdzających tym samym, że cena ta nie jest ceną rażąco niską;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm) dalej jako: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji” przez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Heilit Woerner w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu ze względu na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Heilit Woerner, odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Heilit Woerner oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych wykonawców. W przypadku uznania przez Izbę braku podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Heilit Woerner wniósł o nakazanie zamawiającemu wezwania Konsorcjum Heilit Woerner do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz ustalenie, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wniósł również o zwrot kosztów postępowania odwoławczego wedle norm przepisanych, w tym wpisu i wynagrodzenia pełnomocników odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że cena była wyłącznym kryterium oceny ofert. Wskazując na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wywiódł, że cena oferty nie była wartością, która mogła być dowolnie wskazywana przez wykonawców i z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia nie może być wprost utożsamiana z wynagrodzeniem należnym za wykonanie całości robót stanowiących przedmiot zamówienia.

Zwrócił uwagę, że ceny jednostkowe wskazane dla poszczególnych elementów w kosztorysie ofertowym stanowią, bez względu na ich odniesienie do rzeczywistych (rynkowych) cen lub kosztów, podstawę do dokonywania wszelkich płatności przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślał obowiązek wykonawcy zapewnienia, że ceny jednostkowe odpowiadają wartości danego przedmiotu zamówienia i nie dojdzie przez manipulowanie tymi stawkami do zmiany mechanizmu finansowania zamówienia lub zwiększenia zakresu zobowiązań zamawiającego. Wywodził szczególne znaczenie badania prawidłowości (braku rażąco niskiej ceny) cen jednostkowych, powołując orzecznictwo oraz argumentując, że w przypadku płatności przejściowych dowolne kształtowanie cen jednostkowych przez podmiot, którego oferta zostanie wybrana prowadzić może do sytuacji, w której nie otrzymuje on wynagrodzenia za wykonane roboty, lecz otrzymywać może znaczące zaliczki - bez pokrycia w realnej wartości rzeczywiście wykonanych robót. Uznał, że oderwane od realiów rynkowych i rzeczywistych kosztów określanie cen jednostkowych prowadzi do całkowitej zmiany modelu finansowania robót. Wskazał też, że w sytuacji odstąpienia od umowy, nawet gdy przyczyną jest wina wykonawcy, dochodzi do zapłaty kwoty, która jest iloczynem wykonanego zakresu prac oraz cen jednostkowych wynikających z Kosztorysu Ofertowego i to bez względu na rzeczywistą wartość wykonanych robót. Odwołujący podkreślił, że zapłata wynagrodzenia wedle cen sztucznie zaniżonych nie umożliwi w pełni pokrycia roszczeń podwykonawców, a solidarna odpowiedzialność

zamawiającego wobec podwykonawców nie będzie ograniczona do cen jednostkowych danego wykonawcy zawartych w Kosztorysie ofertowym, lecz będzie odpowiadała cenom rynkowym.

Uzasadniając zarzut niezgodności treści oferty wybranej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia odwołujący wskazał, że pismo Konsorcjum Heilit Woerner z dnia 20 marca 2013 r. potwierdza, że cena jednostkowa w pozycjach, które były przedmiotem pytania zamawiającego nie odpowiada rzeczywistej cenie (wartości) danych robót i nie jest całością ceny jednostkowej za dany zakres robót. Cena jednostkowa w innych pozycjach również nie odpowiada rzeczywistej cenie (wartości) danych robót, skoro obejmuje nie tylko cenę jednostkową danej pozycji, lecz także ujęto w niej również część ceny jednostkowej z tych pozycji, gdzie wykonawca przyznał się do zastosowania niepełnej, rażąco niskiej ceny. Tym samym Konsorcjum Heilit Woerner naruszyło określoną w SIWZ zasadę kosztorysowego ustalenia wynagrodzenia przez ujęcie w kilku pozycjach wynagrodzenia za te same roboty. Stanowisko Konsorcjum Heilit Woerner uznał za wewnętrznie sprzeczne i wobec jednoznacznego nakazu wypełniania Kosztorysu Ofertowego rzeczywistymi cenami jednostkowymi dla danego zakresu robót za sprzeczność treści oferty w tym zakresie z postanowieniami SIWZ.

Uznał, że postanowienie zamawiającego, zgodnie z którym koszty robót, przy których wykonawcy nie podali ceny jednostkowej lub wartości robót, będą uznane za wartości uwzględnione w innych cenach jednostkowych, nie zmienia sytuacji prawnej Konsorcjum Heilit Woerner.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odwołujący wskazał, że mimo iż w piśmie z 13 marca 2013 r., jako podstawę wskazano art. 87 ust. 1 Pzp, pismo należy odczytywać w kontekście dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący wywiódł, że brak powołania art. 90 ust. 1 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie wykonał obowiązku wynikającego z tego przepisu, skoro **żądanie wyjaśnień wyraźnie odnosi się do poszczególnych pozycji cenowych oferty Konsorcjum Heilit Woerner, w których wskazano całkowicie oderwane od realiów rynkowych ceny jednostkowe na poziomie 0,01 zł. i zawiera prośbę o wyjaśnienie jakie elementy (czynniki) składowe wpłynęły na dokonaną kalkulację cen jednostkowych wskazanych pozycji.**

Odwołujący ocenił, że **żądanie odrzucenia oferty uzasadnia odpowiedź Konsorcjum Heilit Woerner zawierająca ogólne powołanie się na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz mało szczegółowe i niepoparte jakimikolwiek dowodami wyjaśnienia, że ceny jednostkowe w odpowiednich pozycjach stanowią dodatkowo element cen jednostkowych wskazanych w innych pozycjach (bez wskazania wszak w jakich proporcjach i w jakiej wysokości dokonano podziału tychże cen jednostkowych).**

Odwołujący wskazał też, że **żądanie jest uzasadnione wartością wskazanych pozycji kosztorysowych (pkt 40.1 – 40.6), w których przyjęte zostały ceny rażąco niskie, które w**

znacznym zakresie stanowią ceny poniżej cen wytworzenia, zaś w skrajnych przypadkach nawet poniżej cen samego materiału niezbędnego do zrealizowania poszczególnych robót. Jako dowody odwołujący powołał oferty firmy Konwers oraz Kopalni GEORYT dostawców materiałów i surowców.

Jako uzasadnienie żądania odrzucenia oferty Konsorcjum Heilit Woerner na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odwołujący podniósł, że zarzut ceny rażąco niskiej jest utożsamiany w orzecznictwie z zarzutem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podniósł, że wykonawca realizujący zamówienie powinien dysponować prawami do projektu zamiennego na obiekt E-118 i zobowiązany jest uzyskać zgodę autora utworu pierwotnego na rozpowszechnianie projektu zamiennego. Odwołujący wyjaśnił, że uzyskał od podmiotów, które jako podwykonawcy realizowały Obiekt E-118 w ramach poprzedniego zamówienia, to jest od konsorcjum firm: Karmar S.A., Freyssinet Polska Sp. z o.o. oraz Mosty Gdańsk Sp. z o.o. (dalej jako „Konsorcjum”) wyłącznych dysponentów praw autorskich do przedmiotowego utworu, ofertę cenową ze zniżką na wykonanie obiektu wraz ze sporządzeniem dokumentacji zamiennej i wynagrodzeniem za wyrażenie zgody na wykonywanie zależnych praw autorskich. Wyjaśnił też, że nie składał odrębnej oferty jedynie na wyrażenie zgodny na dysponowanie i rozpowszechnianie dzieła zależnego – dokumentacji zamiennej dla obiektu E-118. Zarzucił, że Konsorcjum Heilit Woerner wyceniło stosowną pozycję kosztorysu na cenę ponad ośmiokrotnie niższą, niż cena zaoferowana przez Konsorcjum.

Wskazał też, że „Koszt dzierżawy wszystkich tymczasowych elementów stalowych wykorzystywanych przy nasuwaniu podłużnym obiektu: Roboty nierozpoczęte - Kosztorys 3.81, Obiekt E-118" przystępujący wycenił na 100.000,00 zł, to jest cenę ponad dwustukrotnie niższą niż cena zaoferowana mu przez Konsorcjum.

Powołane ceny uznał odwołujący za rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji o cenach stosowanych przez Konsorcjum.

Konsorcjum Heilit Woerner przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert (pkt 14 Instrukcji dla Wykonawców - Rozdział I SIWZ).

Zamawiający ustalił w pkt 9.5. Instrukcji dla Wykonawców - Rozdział I specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że na ofertę składają się: formularz ofertowy, załącznik - dane kontraktowe, Kosztorys Ofertowy (Formularz 2.2.) w wersji papierowej oraz wypełniona Tabela Wartości Elementów Scalonych (Formularz 2.3.). Wymagał również w pkt 10.2. Instrukcji dla Wykonawców, aby Kosztorys Ofertowy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle wedle kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót, przy czym wykonawcy byli zobowiązani do określenia cen jednostkowych netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót.

Zgodnie z postanowieniami formularza Kosztorysu Ofertowego (Rozdział 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Formularz 2.2.) cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa każdej pozycji Kosztorysu Ofertowego ma uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót i w Dokumentacji Projektowej (pkt. II, s. 1). Zamawiający wskazał, że ceny jednostkowe i wartości robót należy podać przy każdej pozycji w Kosztorysie Ofertowym, bez względu na to czy ilości zostały podane lub nie (pkt. III, s. 1).

Komplementarnie w postanowieniach dotyczących płatności zamawiający ustalił, że podstawą płatności będą rzeczywiste ilości zleconych i wykonanych robót, pomierzone przez Inżyniera, których wartość określona będzie na podstawie cen jednostkowych i cen podanych w danym Kosztorysie Ofertowym" (pkt I, s. 1). Wskazał, że podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu. (pkt II, s. 1) oraz że dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest podana wartość (kwota).

Zgodnie z pkt V Kosztorysu Ofertowego koszty robót, przy których wykonawca nie podał ceny jednostkowej lub wartości robót będą uznane za uwzględnione w innych cenach jednostkowych lub wartościach robót przedstawionych w przedmiarze – Kosztorysie Ofertowym.

W odpowiedziach nr 299, 342, 407, 416, 419, 579, 859 zamawiający wyraźnie wskazał, że wykonawca nie jest zobowiązany do korzystania ze sprzętu i urządzeń

Konsorcjum Karmar, może wykonać projekt własny, a urządzenia stojące na placu budowy zdemontować w ciągu 14 dni i dla realizacji przedmiotu zamówienia użyć urządzeń własnych.

Termin składania ofert upływał 15 lutego 2013 r. Przed otwarciem ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia kwotę 1.125.734.130,00 zł. Kwota ta stanowi ubruttowioną wartość przedmiotu zamówienia, która zamawiający obliczył na podstawie kosztorysu inwestorskiego oraz analizy rynku.

W postępowaniu złożono trzy oferty:

- Konsorcjum Heilit Woerner z ceną 981.542.031,54 zł;

- odwołujący z ceną 1.264.006.073,86 zł;

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Salini Polska Sp. z o.o. w Warszawie oraz Impregilo S.p.A. w Mediolanie (Włochy) z ceną ofertową 273.693.267,69 zł.

Konsorcjum Heilit Woerner wypełniając kosztorys ofertowy w części pozycji podało cenę 0,01 zł.

Zamawiający pismem z 13 marca 2013 r. zwrócił się do Konsorcjum Heilit Woerner w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści oferty, żądając wskazania elementów (czynników) składowych, które wpłynęły na dokonaną kalkulację cen jednostkowych 185 pozycji, w tym w większości tych, przy których wykonawca wskazał cenę jednostkową wykonania na poziomie 0.01 zł.

W odpowiedzi, pismem z 20 marca 2013 r. przystępujący wyjaśnił, że czynnikiem mającym istotne znaczenie jest posiadanie zaplecza budowy przy A4, w tym potencjału kadrowego i maszynowego w pobliżu realizowanej inwestycji związanej z kontynuacją budowy A4. Posiadanie w miejscu planowanej inwestycji zaplecza, zawartych umów cywilnoprawnych dla potrzeb jego utrzymania, maszyn, urządzeń oraz kadry pozwoliły na ukształtowanie ceny oferty w sposób konkurencyjny. Konsorcjum Heilit Woerner udzieliło również wyjaśnień, co do każdej pozycji wskazanej przez zamawiającego. Przystępujący odwołał się do przywołanych czynników i wskazał w szczególności, że ceny jednostkowe tych pozycji zostały ujęte w innych pozycjach kosztorysu dotyczących tego samego obiektu.

Po uzyskaniu wyjaśnień zamawiający zawiadomił w dniu 26 marca 2013 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego – Konsorcjum Heilit Woerner.

Izba dokonała ustaleń na podstawie dowodów z wymienionych dokumentów i pism.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Całkowicie błędnie zamawiający odmawia istnienia po stronie odwołującego przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp z tego powodu, że cena oferty odwołującego jest wyższa, niż kwota którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dla wykazania przesłanki szkody wymaganej przywołanym przepisem wystarczy jedynie potencjalna możliwość jej zaistnienia, co nastąpiło, gdyby bowiem zamawiający odrzucił ofertę przystępującego za najkorzystniejszą uznałby ofertę odwołującego.

Przedmiot sporu stanowi ocena czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nie zaś przyszła i niepewna czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, której zamawiający hipotetycznie dokonałby w wyniku wyboru oferty odwołującego. Niezasadnie też wskazuje zamawiający, że odwołujący winien udowodnić, że zamawiający może zwiększyć kwotę wskazaną bezpośrednio przed otwarciem ofert i przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Po pierwsze: ciężar dowodu tego faktu spoczywał na zamawiającym, jako na twierdzącym, zgodnie z art. 6 k.c. i art. 190 ust. 1 Pzp. Po drugie: *lex neminem cogit ad impossibilia* – prawo nikogo nie zmusza do czynienia rzeczy niemożliwych. Oczywistym jest, że przeprowadzenie przez odwołującego pewnego dowodu na możliwości finansowe zamawiającego jest niemożliwe.

Izba rozpoznała zatem zarzuty odwołania i uznała odwołanie za bezzasadne.

Dla rozpoznania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należało dokonać wykładni postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający ustalił kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Obecność w opisie przedmiotu zamówienia elementów rozliczanych na podstawie ryczału nie niweczy faktu, że wynagrodzenie wykonawcy a w konsekwencji i sposób obliczenia ceny oferty ustalane są na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (*vide*: art. 629 k.c.).

Czytelna jest intencja zamawiającego, aby zarówno każda pozycja kosztorysu, jak i całość prac składających się na przedmiot zamówienia została wyceniona i aby cena ta była realna. Nie można obowiązkowo prawidłowego wypełnienia kosztorysu ofertowego sprowadzać wyłącznie do wymagania o charakterze formalnym. Ujęcie w kosztorysach ofertowych wymaganego zakresu prac oraz ich prawidłowa wycena pozwala zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert na porównanie ofert konkurujących wykonawców z zachowaniem zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Natomiast w toku wykonywania prac prawidłowa wycena umożliwi zapłatę wykonawcy za prace, które rzeczywiście zostały wykonane.

Jednocześnie zamawiający mając, w ocenie Izby, na względzie sprawność przeprowadzenia postępowania oraz chcąc ograniczyć ewentualne spory postanowił, że pozycje pominięte lub niewycenione uzna za uwzględnione przez wykonawcę w innych pozycjach kosztorysu.

Dostrzec trzeba przy tym, że zamawiający zarówno formułując dyrektywy wypełniania poszczególnych pozycji kosztorysu, jak i łagodzenia skutków jej braku, nie wskazał zakresu dopuszczalnej zmiany. Nielogiczne byłoby jednak przyjęcie, że każde odstępstwo do wymaganego sposobu wypełnienia kosztorysu jest poważnym błędem wykonawcy, albo że pominięcie pozycji kosztorysu lub ich wyceny może nastąpić przez wykonawcę w sposób całkowicie nieograniczony, ze skutkiem uznania, że zostały ujęte w innym (jakimkolwiek) miejscu kosztorysu. W przeciwnym razie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące sposobu wyceny i zasada zapłaty wyłącznie za prace wykonane stanowiłyby normy puste, co przekreślałoby sens kosztorysowego charakteru wynagrodzenia.

Izba wyraża pogląd, że postanowienia dotyczące płatności, sposobu rozliczenia, mogą stanowić istotne wymagania zamawiającego – treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku kosztorysowego wynagrodzenia co do zasady taki przymiot posiadają. W konsekwencji zawartość kosztorysów ofertowych stanowi treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uznała jednak, że - niesporne między stronami - przeniesienie przez przystępującego wartości części pozycji kosztorysu do innych pozycji, nawet przy przyjęciu, że nie odpowiada ono wymaganiom zamawiającego, nie może automatycznie przynieść skutku w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis ten wskazuje wszakże, że zamawiający odrzuca ofertę której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ten z kolei przepis pozwala na poprawienie uchybień o nieistotnym charakterze.

Z przywołanego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. wypływa dyrektywa mająca w okolicznościach sprawy znaczenie również dla interpretacji postanowień specyfikacji i rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Po pierwsze: przeniesienie wartości pozycji jednostkowych jest dopuszczalne w sytuacji, gdy nie będzie miało istotnego znaczenia z punktu widzenia całości oferty wykonawcy.

Po drugie: pominięcie pozycji kosztorysowych lub ich wyceny jest dopuszczalne jedynie w razie, gdy są one nieistotne przedmiotowo - z punktu widzenia zakresu oferowanego świadczenia lub wartościowo - z punktu widzenia całości ceny oferty.

Wreszcie – co było trafnie podniesione na rozprawie – wykonawca, który pominął część pozycji lub zaniechał ich wyceny, nie może być w sytuacji lepszej, niż wykonawca, który wycenił wszystkie pozycje kosztorysowe, lecz ich cenę przeniósł do innych pozycji, o ile przeniesienie takie pozbawione jest przymiotu istotności. Pogląd przeciwny rażąco naruszałby zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący domagając się odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp pomija kwestię istotności podnoszonych uchybień, a żądanie swoje formułuje wyłącznie wobec faktu dokonanego przeniesienia, co nadaje postawionemu zarzutowi charakter wyłącznie formalny. Już choćby z tego względu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest chybiony.

Izba uznała nadto, że w okolicznościach sprawy przeniesienie przez przystępującego wartości pozycji kosztorysu ofertowego do innych pozycji nie ma charakteru istotnego. Przede wszystkim dotyczy nielicznej części pozycji - wątpliwości zamawiającego, które stały się podstawą wywodów odwołania dotyczą 185 z ponad 5.000 pozycji kosztorysu. Po wtóre: wycena prac nie została pominięta, ani przeniesiona przez przystępującego do innych pozycji w sposób całkowicie dowolny. Przystępujący wycenił pozycje, gdzie wskazał cenę 0,01 zł, co stało się przedmiotem wezwania do wyjaśnień, w innych pozycjach dotyczących tego samego obiektu. Zatem zapłata za nie zostanie dokonana przez zamawiającego na tym samym etapie wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z istotą wynagrodzenia kosztorysowego. Oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Prezentowana ocena uwzględnia całość normy art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Odpowiada również postulatowi wyrażanemu już w orzecznictwie, zgodnie z którym postanowienia specyfikacji podlegają takim samym regułom wykładni, jak przepisy prawa – to znaczy z zachowaniem prymatu wykładni językowej oraz szerokim zastosowaniem wykładni celowościowej.

Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przede wszystkim Izba uznała, że niezasadne byłoby uznanie wezwania skierowanego do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp za wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, o którym stanowi art. 90 ust. 1 Pzp.

Istotnie, w treści wezwania zamawiający wezwał do wyjaśnień w taki sposób, że odpowiedź na nie może mieć znaczenie dla badania ceny oferty. Jest to jednak niewystarczające dla uznania, że miało miejsce wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę odpowiadające art. 90 ust. 1 Pzp.

Dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia treści oferty oraz wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę mają z punktu widzenia wykonawcy różną doniosłość prawną, mimo że są wykorzystywane przez zamawiającego w toku jednej czynności - badania oferty.

Wykonawca wezwany do wyjaśnienia treści oferty może nie udzielić żądanych wyjaśnień, a jedyną konsekwencją takiego zaniechania będzie to, że zamawiający oceni ofertę wyłącznie na podstawie jej treści. Natomiast bierność wykonawcy i brak złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę powoduje bezwzględną konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Dodatkowo wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę nakłada na wykonawcę, który chce dowieść, że cena oferty została obliczona prawidłowo, obowiązek złożenia wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących zamawiającego i rozpraszających wątpliwości, które legły u podstaw wezwania. Doniosłość trybu wskazanego w art. 90 ust. 1 Pzp na gruncie przepisów ustawy podkreślona jest również tym, że – inaczej niż w przypadku wyjaśnienia treści oferty – ustawodawca w art. 90 ust. 3 Pzp sformułował dyrektywy oceny udzielanych przez wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, które zamawiający jest zobowiązany uwzględniać w toku oceny wyjaśnień. Znaczenie instytucji wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę dostrzegane jest powszechnie w orzecznictwie, w którym wyrażany jest pogląd, że wezwanie dokonane w trybie art. 90 ust.1 Pzp statuuje domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej, które wykonawca zobowiązany jest obalić, pod rygorem odrzucenia oferty.

Z tego względu, jeśli zamawiający chce skorzystać z trybu art. 90 ust. 1 Pzp winien swą wolę wyrazić jednoznacznie, ze wskazaniem prawidłowej podstawy prawnej wykonywanej czynności. W przeciwnym razie wykonawcy narażeni byłiby na arbitralne działania i oceny zamawiającego, co na gruncie postanowienia o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno mieć miejsca, gdyż godzi w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba uznała, że przystępujący nie był wzywany na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, zatem brak jest podstaw do uznania, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Nota bene odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że złożone wyjaśnienia nie nadają się do oceny z zastosowaniem obiektywnych kryteriów wymaganych przez art. 90 ust. 3 Pzp, a zarzucana im ogólnikowość nie znalazła potwierdzenia w stanie faktycznym.

Orzecznictwo jednoznacznie sprzeciwia się odrzucaniu ofert z uwagi na cenę rażąco niską bez dania wykonawcy możliwości wykazania, że prawidłowo i rzetelnie obliczył cenę swojej oferty. Należało zatem ocenić, czy zamawiający winien zwrócić się do przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zaniechanie tej czynności stanowiło alternatywny zarzut odwołania.

Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił, że zamawiający winien uzyskać wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, mimo że ciężar dowodu spoczywał wyłącznie na nim. To odwołujący ze swoich twierdzeń wywodził skutek prawny, tymczasem na poparcie swoich twierdzeń przywoływał on przede wszystkim orzecznictwo i wskazał na różnice procentowe między ofertami wykonawców lub w stosunku do przedmiotu zamówienia. Pogląd o niedopuszczalności kwestionowania ceny oferty wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego jest powszechnie wyrażany w orzecznictwie krajowym i europejskim.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do przyjęcia, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, mając na uwadze zakres i złożoność przedmiotu zamówienia, co uzasadniałoby wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wezwany na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnił zamawiającemu ceny wskazanych pozycji kosztorysowych oraz powołał obiektywne czynniki mające znaczenie dla ich wysokości. Oczywistym jest, że posiadanie niezbędnej infrastruktury bezpośrednio obok inwestycji stanowiącej przedmiot zamówienia oraz wykonywanie sąsiadującego odcinka autostrady A4 daje przystępującemu naturalną przewagę konkurencyjną, która wyraża się m.in. w braku konieczności ponoszenia kosztów związanych z wejściem na plac budowy, co ma znaczenie dla cen poszczególnych pozycji kosztorysowanych oraz ceny całej oferty.

Przepisy ustawy odnoszące się do badania ceny oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odwołują się do ceny oferty, a nie jej elementów. Zatem kwestionowanie poszczególnych cen jednostkowych, czy cen za niektóre elementy przedmiotu zamówienia, może odnieść zakładany skutek, o ile zostanie wykazane, że podważane ceny częściowe determinują cenę całej oferty. Odwołujący argumentuje zarzut ceny rażąco niskiej przez wskazanie pozycji kosztorysu zawierające jego zdaniem zaniżone wartości, jednak bez odniesienia do ceny oferty jako całości. Tym samym dowody z ofert kopalni GEORYT oraz firmy Konwers dowodzą wyłącznie cen uzyskanych przez odwołującego, zaś nie potwierdzają rażąco niskiego charakteru ceny oferty

Izba uznała, że odniesienie ceny oferty przystępującego do przedmiotu zamówienia i cen dwóch pozostałych złożonych ofert nie uzasadnia zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp. Brak jest podstaw do uznania, że cena oferty przystępującego została skalkulowana poniżej kosztów, jest nierynkowa, nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, ich prawidłowego ukończenie oraz osiągnięcia zysku. Twierdzenia odwołującego o nierynkowym charakterze części cen (pkt 40.1 – 40.6) zostały odparte przez przystępującego, który przez złożone oferty dostawców wykazał ich realność.

Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Izba zgadza się z poglądem odwołującego, że przenoszenie wartości, które winny być przypisane konkretnej pozycji kosztorysowej do innej pozycji może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności wskazany w klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby sytuacja taka nie zaszła w okolicznościach sprawy. Przede wszystkim, jak Izba zważyła wcześniej, działanie odwołującego nie miało cech dowolności i w tym zakresie podtrzymuje ocenę wyrażoną w części uzasadnienia dotyczącej art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nadto, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznaje wyłącznie zarzuty podniesione w odwołaniu. Rozpoznanie odwołania w granicach okoliczności faktycznych wskazanych w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp doprowadziło Izbę do przekonania, że zarzut ten nie znalazł potwierdzenia.

Przede wszystkim złożenie oferty z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia nie stanowi w każdym przypadku czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dostrzeżenia wymaga, że wskazany czyn nieuczciwej konkurencji musi być nakierowany na eliminację z rynku innych przedsiębiorców, co nie zostało przed Izbą wykazane.

Ponadto, jak było wskazane wcześniej, brak jest podstaw do przyjęcia, że ceny w pozycjach pkt 40.1 – 40.6 mają charakter nierynkowy.

Wreszcie brak jest podstaw do uznania, że projekt i urządzenia Konsorcjum Karman są niezbędne do wykonania zamówienia. Pogląd ten nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym, w szczególności w odpowiedziach na pytania. Tym samym odpada podstawowa faktyczna zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocnika zamawiającego związane z dojazdem pełnomocnika na posiedzenie w kwocie 1.137 zł 80 gr, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....