

WYROK
z dnia 29 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 22 i 25 września 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: PORR S.A, Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne POM Sp. z o.o. z siedzibą lidera - ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa (sygn. akt KIO 1875/17),**
- B. w dniu 8 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o., „NAVIGAL-STAL” Sp. z o.o., z siedzibą lidera - ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica (sygn. akt KIO 1877/17),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach, ul. Sienkiewicza 2, 44-100 Gliwice,**

przy udziale wykonawcy – **Skanska S.A, ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1875/17 i KIO 1877/17 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: PORR S.A, Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne POM Sp. z o.o. z siedzibą lidera - ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1877/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania,

1

-
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: PORR S.A, Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne POM Sp. z o.o. z siedzibą lidera - ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o., „NAVIGAL-STAL” Sp. z o.o., z siedzibą lidera - ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica, i:**

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:

- A. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: PORR S.A, Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne POM Sp. z o.o. z siedzibą lidera - ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - - **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o., „NAVIGAL-STAL” Sp. z o.o., z siedzibą lidera - ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2 zasądza kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: PORR S.A, Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne POM**

Sp. z o.o. z siedzibą lidera - ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o., „NAMGAL-STAL” Sp. z o.o., z siedzibą lidera - ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica** na rzecz zamawiającego: **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach, ul. Sienkiewicza 2, 44-100 Gliwice**, w tym:

- A. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: PORR S.A., Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne POM Sp. z o.o. z siedzibą lidera - ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach,**

2

ul. Sienkiewicza 2, 44-100 Gliwice stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 1875/17),

- B. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o., „NAMGAL-STAL” Sp. z o.o., z siedzibą lidera - ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica** na rzecz zamawiającego: **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach, ul. Sienkiewicza 2, 44-100 Gliwice** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 1877/17).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Gliwicach**.

.....

3

Sygn. akt KIO 1875/17

Sygn. akt KIO 1877/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach, ul. Sienkiewicza 2, 44-100 Gliwice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego p.n. „Modernizacja śluz odrzańskich na Kanale Gliwickim, na odcinku w zarządzie RZGW Gliwice - przystosowanie do III klasy drogi wodnej - etap II” obejmującego dwa odrębne przedsięwzięcia inwestycyjne o nazwie: 1) modernizacja śluzy Nowa Wieś; 2) modernizacja śluzy Sławiećice”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 marca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 053-097371.

W dniu 29 sierpnia 2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „Skanska”) jako najkorzystniejszej.

Zamawiający

KIO 1875/17

Konsorcjum PORR S.A., Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne POM Sp. z o.o., z siedzibą lidera w Warszawie (zwane dalej również „Konsorcjum PORR”) wniosło odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Skanska jako tajemnica przedsiębiorstwa (odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w dniu 21.06.2017 r. w zakresie rażąco niskiej ceny oferty), pomimo że zastrzeżenie to nie było (mogło nie być) skuteczne, gdyż wykonawca w terminie nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bądź

też udzielając wyjaśnień powoływał się na powszechnie znane informacje;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Skanska;

art. 3. 90 ust. 3 Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień wykonawcy Skanska i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Skanska pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Skanska, jako

4

najkorzystniejszej, a także poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. uznania za nieskuteczne zastrzeżenia przez wykonawcę Skanska, jako tajemnicy przedsiębiorstwa - odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane w dniu 21.06.2017 r. w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w odniesieniu do informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. np. powszechnie znanych, i ujawnienia zastrzeżonych informacji Odwołującemu;
3. odrzucenia oferty wykonawcy Skanska;
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę z najniższą ceną (oraz najkorzystniejszą pod względem wszystkich kryteriów oceny ofert) spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, zatem potwierdzenie się zarzutów, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Skanska mogłoby prowadzić do sytuacji umożliwiającej Odwołującemu uzyskanie zamówienia i korzyści z jego realizacji.

Wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 94.567.279,59 zł brutto. W postępowaniu zostało złożonych pięć ofert.

Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o., „NAVIGAL-STAL” Sp. z o.o. (zwane dalej: „Konsorcjum EKO-WOD”) z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Pomimo zaistnienia tożsamej przesłanki Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez Skanska - pomimo niewielkiej różnicy ceny obu ofert, a także pomimo faktu, że w badanych pozycjach rozliczeniowych występują ceny jednostkowe, które w przypadku oferty Skanska są niższe od cen z oferty Odwołującego.

W ofercie złożonej przez Skanska występuje szereg cen jednostkowych, które mają charakter rażąco zaniżony, w sposób uniemożliwiający pokrycie nawet minimalnych kosztów wykonania danych prac za zaoferowaną cenę, co wpisuje się w czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał na zaniżenie ceny oferty Skanska o kwotę co najmniej 7.344.709,73 zł netto. Rażąco zaniżone pozycje cen jednostkowych w ofercie Skanska stanowią istotną część oferty i tym samym uzasadniają konieczność wnikliwej ich analizy oraz oceny pod kątem realności ich zaproponowania, czemu nie sprostali Zamawiający, dokonując arbitralnej oceny wyjaśnień tego wykonawcy.

5

1. Zarzut naruszenia art. 8 Pzp

Zamawiający, udostępniając Odwołującemu dokumentację postępowania po wyborze oferty Skanska, zaniechał udostępnienia wyjaśnień tego wykonawcy ze względu na zastrzeżenie tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający udostępnił jedynie stronę początkową wyjaśnień z deklaracją i zapewnieniem wykonawcy o prawidłowej kalkulacji ceny oferty oraz o w kalkulowaniu w cenie zysku.

W wezwaniu z dnia 21 czerwca 2017 r. skierowanym do wykonawcy Skanska

Zamawiający wskazał, że „... wezwanie można wykonać poprzez doręczenie szczegółowych udokumentowanych wyliczeń dotyczących kosztów wykonania robót; których wezwanie dotyczy, w tym uwzględniając koszty pracy, materiałów, sprzętu i inne koszty rzeczowe lub innego materiału dowodowego, który przykładowo mogą stanowić cenniki, oferty, oświadczenia podmiotów, którym Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie adekwatnej części umowy. Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, jeżeli poszczególne ceny lub koszty mają charakter informacji ogólnodostępnych - w takim przypadku wystarczające będzie wskazanie źródła pochodzenia informacji”. Gdyby zatem uznać, że w wyjaśnieniach wykonawca Skanska powołuje się na „ogólnodostępne informacje” lub też na argumentację prawną - Zamawiający powinien je udostępnić, gdyż nie posiadają one waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Podobnie orzekła KIO w wyroku z 24 lutego 2017 r. (sygn. akt. KIO 242/17).

Niezrozumiałe jest zastrzeżenie całości wyjaśnień odnoszących się do kalkulacji stawek jednostkowych, jako cen rynkowych, które są znane na rynku. W ocenie Odwołującego, jak wskazano powyżej, nierynkowość (rażące zaniżenie) ceny oferty Skanska odnosi się aż do kwoty w wysokości co najmniej: 7.344.709,73 zł (w porównaniu do cen zaproponowanych przez Odwołującego).

Ponadto, Zamawiający poprzestał tylko na jednym wezwaniu skierowanym do Skanska w przeciwieństwie do Konsorcjum EKO-WOD, który był kilkakrotnie wzywany do wyjaśnień.

Stosownie do art. 8 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności dotyczy w szczególności ofert składanych w postępowaniu. Ich jawność może zostać ograniczona tylko w przypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Komentowany przepis, jakkolwiek odnosi się do ofert i wniosków, znajduje zastosowanie również do innych dokumentów noszących walor tajemnicy przedsiębiorstwa, m.in. wyjaśnień i uzupełnień (zob. m.in. wyrok KIO z dnia

6

10 marca 2015r., KIO 338/15). W takim wypadku terminem na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest chwila złożenia danego dokumentu. W niniejszym postępowaniu - chwila złożenia wyjaśnień przez wykonawcę Skanska. Od chwili wejścia w życie nowelizacji z 2016 r. skuteczność zastrzeżenia Informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest obwarowana dodatkowym warunkiem w postaci obowiązku wykazania przez wykonawcę, z chwilą zastrzeżenia, że przekazywane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie ma prawa wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanego zastrzeżenia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia z kolei powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów prawa.

W ocenie Odwołującego, wykonawca Skanska mógł uchybić obowiązkowi wykazania skuteczności zastrzeżenia w postaci przedłożenia stosownych dowodów. Wykonawca Skanska uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w całości utajnił. Fakt powołania się przez wykonawcę na ogólnodostępne informacje, które miałyby uzasadniać zastrzeżenie tajemnicy lub też potwierdzać realność zaproponowanej ceny - powinny być przez Zamawiającego odtajnione.

Należy poddać ocenie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Skanska, czy utajnienie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie miało na celu tylko i wyłącznie uniemożliwienia ich weryfikacji przez konkurencyjnych wykonawców.

Zamawiający przychylając się do wniosku Skanska mógł nie dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru tych informacji. Jeśli do uzasadnienia nie załączono żadnych wiarygodnych dowodów, że wykonawca podjął kroki lub niezbędne działania, zmierzające do zachowania poufności, to należałoby całość tych wyjaśnień odtajnić. Ponadto, jeżeli Skanska powołuje się na dokumenty podmiotów trzecich (oferty, oświadczenia) to powinna wykazać i udowodnić niejawną charakter tych informacji.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o dokonanie weryfikacji przez Izbę

skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Skanska w zakresie wykazania takiego zastrzeżenia, w tym przedstawienia dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności wyjaśnień w odniesieniu do cen jednostkowych - głównie w kontekście ich rynkowego poziomu.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp

Rażąco niska cena w zakresie prac: demontaż konstrukcji dalb cumowniczych na awanporcie (cięcie pod wodą) i usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe)

7

Zaproponowane wartości robót, przedstawione w kosztorysie ofertowym dot. realizacji projektu pn. „Modernizacja śluz odrzańskich na Kanale Gliwickim, na odcinku w zarządzie RZGW Gliwice - przystosowanie do III klasy drogi wodnej - etap II”, obejmującego realizację przedsięwzięcia modernizacji śluzy Nowa Wieś, znacząco odbiegają od wartości rynkowej dla danego typu robót. Odwołujący wskazał pozycje:

- w dziale 1.2.1.1.1 (Roboty demontażowe istniejących elementów i konstrukcji Rys R-NW-K-2.1-01-1 (SST 1.9) w pozycji nr 520 pn.: *Demontaż konstrukcji dalb cumowniczych na awanporcie (cięcie pod wodą)*, wykonawca Skanska zaoferował cenę jednostkową netto znacznie niższą od ceny rynkowej, zgodnie z ofertą na roboty podmiotu: Sławomir Szczęśny AQUAWORKS. W przypadku dalb prace demontażowe muszą być wykonywane z udziałem nurków, dźwigu i sprzętu pływającego, natomiast cena wykonawcy Skanska sugeruje wykonanie prac w tej pozycji niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, tj. całkowicie bez udziału sprzętu.
- w dziale 1.2.1.1.3 (Przygotowanie terenu robót na potrzeby wykonania naprawy i wzmocnienia kierownic awanportu Rys R-N W-K-2.1-03-01) w pozycji nr 550 (SST 1.10) pn.: *Usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe)*,
- w dziale 1.3.1.1.3 (Grodzą budowlana od strony wody górnej na potrzeby wykonania remontu głowy i języka rozdzielczego R-PW-NW-K-2.2-28-02, R-PW-NW-K-2.2-28-03) w pozycji nr 1490 (SST 1.10) pn. *Usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe)*,
- w dziale 1.3.1.1.5 (Wykonanie przejścia technologicznego dla przejścia mediami Rys R-PW-NW-K-2.2 29-01) w pozycji nr 1780 (SST 1.10) pn. *Usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe)*,
- w dziale 1.4.1.1.5 (Grodzą budowlana od strony wody dolnej Rys R-PW-NW-K-2.2-28-03, R-PW-NW-K-2.2-28-01) w pozycji nr 4610 (SST 1.10) pn. *Usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe)*,
- w dziale 1.4.1.1.6 (Wykonanie przejścia technologicznego dla przejścia mediami Rys R-PW-NW-K-1.2-29-01) w pozycji nr 4750 (SST 1.10) pn. *Usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe)*.

Odwołujący podniósł, że w ww. pozycjach wykonawca Skanska zaoferował cenę jednostkową netto znacznie niższą niż cena rynkowa za tego typu roboty. Twierdzenie to zostało poparte ofertą podmiotu: Sławomir Szczęśny AQUAWORKS.

Ponadto, zaoferowane ceny sugerują wykonanie prac niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia- tj. wykonanie usunięcia narzutu kamiennego w sposób mechaniczny- koparką, a nie jak nakazuje dok. projekt. ST i SIWZ w sposób ręczny - ponieważ 1 m3 to ok. 2 tony kamienia, które ręcznie można usunąć w min. 2 godz. pracy nurka. Dodatkowo, w części ww. pozycji cena za wykonanie całości robót dla danej pozycji

8

jest niższa niż średnia jednostkowa cena rynkowa. Wykonanie prac za cenę zaoferowaną jest niemożliwe. Odwołujący wskazał także, że pozycje te były przedmiotem badania w aspekcie ceny jednostkowej Konsorcjum EKO-WOD, gdzie zaoferowana cena jednostkowa kształtowała się na wyższym poziomie niż w przypadku Skanska, a pomimo to Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Konsorcjum EKO-WOD.

Odwołujący wskazał, że w zakresie pozycji obejmującej ręczne usuwanie narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe) (SST 1.10) - dla wykonania tych prac konieczne było objęcie pozycją rozliczeniową następujących kosztów:

- 1) pracy nurka z kompletnym wyposażeniem do pracy pod wodą (według załączonej

przykładowej oferty: kwota 250,00 zł netto/m-g);

2) pracy specjalistycznego sprzętu do rozbiórek podwodnych - eżektor, młot pneumatyczny (według załączonej przykładowej oferty: kwota 195,50 zł netto/ m-g);

3) pracy dźwigu z koszem do transportu kamieni (według załączonej przykładowej oferty: kwota 125,00 zł netto/ m-g).

Powyższe daje sumę 1.141,00 zł netto za 1 m3, w czasie wykonania min. 2 m-g/m3, co czyni niemożliwym wykonanie tych prac za kwotę 58,79 zł/m3 netto zaoferowaną przez Skanska.

W zakresie pozycji obejmującej demontaż dalb cumowniczych na awanporcie (cięcie pod wodą) (SST. 1.9.) - dla wykonania tych prac konieczne było objęcie pozycją rozliczeniową następujących kosztów:

1) pracy nurka z kompletnym wyposażeniem do pracy pod wodą (według załączonej przykładowej oferty: kwota 2000,00 zł netto/l kpi. dalby);

2) pracy specjalistycznego sprzętu do przepalania stali pod wodą - spawarka, elektrody (lance) (według załączonej przykładowej oferty: kwota 1795,20 zł netto/l kpi. dalby);

3) pracy sprzętu pływającego - ponton + holownik + dźwig na pontonie (według załączonej przykładowej oferty: kwota 3640,00 zł netto/l kpl. dalby)

Powyższe daje sumę 7435,20 zł netto za 1 dalbę w czasie wykonania min. 8 godz./1 dalbę, co czyni niemożliwym wykonanie tych prac za kwotę 4712,63 zł zaoferowaną przez Skanska.

Powyższe rzutuje na cenę całkowitą za dane prace zaoferowane przez Skanska, bowiem w zakresie prac opisanych w niniejszym rozdziale różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Skanska, a ceną zaoferowaną przez podmiot, którego wyliczenie zostało przedstawione w załączeniu do odwołania, wynosi dla danego przedsięwzięcia 161.642,09 zł netto.

Odwolujący podniósł także, że zaproponowane w ofercie Skanska wartości robót, przedstawionych w kosztorysie ofertowym dot. realizacji projektu pn. „Modernizacja śluz odrzańskich na Kanale Gliwickim, na odcinku w zarządzie RZGW Gliwice - przystosowanie do III klasy drogi wodnej - etap II”, obejmującego realizację przedsięwzięcia modernizacji śluzy Sławęcice znacząco odbiegają od wartości rynkowej dla danego typu robót:

9

- w dziale 1.2.1.1.1 (Roboty demontażowe istniejących elementów i konstrukcji) (SST 1.9) w pozycji nr 530 pn.: *Demontaż konstrukcji dalb cumowniczych na awanporcie (cięcie pod wodą)* wykonawca Skanska zaoferował cenę jednostkową netto znacznie niższą od ceny rynkowej, zgodnie z ofertą na roboty podmiotu: Sławomir Szczęsny AQUAWORKS. W przypadku dalb prace demontażowe muszą być wykonywane z udziałem nurków, dźwigu

i sprzętu pływającego, natomiast cena wykonawcy Skanska sugeruje wykonanie prac w tej pozycji niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, tj. całkowicie bez udziału sprzętu.

- w dziale 1.3.1.1.3 (Grodzą budowlana od strony wody górnej na potrzeby wykonania remontu głowy i języka rozdzielczego - rysunki R-PW-SL-K-2.2-29-02) w pozycji nr 1310 (SST 1.10) pn.: *Usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe)*,
- w dziale 1.3.1.1.4 (Grodzą budowlana od strony wody dolnej rysunki R-PW-SL-K-2.2-29-02) w pozycji nr 1450 (SST 1.10) pn.: *Usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe)*,

- w dziale 1.4.1.1.3 (Grodzą budowlana od strony wody górnej na potrzeby wykonania remontu głowy i języka rozdzielczego rysunki R-PW-SL-K-2.2-29-01 do 03) w pozycji nr 4180 (SST 1.10) pn.: *Usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe)*

- w dziale 1.4.1.1.4 (Grodzą budowlana od strony wody dolnej rysunki R-PW-SL-K-2.2-29-01 do 03) w pozycji nr 4320 (SST 1.10) pn.: *Usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe)*.

Odwolujący wskazał, że w ww. pozycjach wykonawca Skanska zaoferował cenę jednostkową netto znacznie niższą niż cena rynkowa za tego typu roboty. Twierdzenie to zostało poparte ofertą podmiotu: Sławomir Szczęsny AQUAWORKS.

Ponadto, zaoferowane ceny sugerują wykonanie prac niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia- tj. wykonanie usunięcia narzutu kamiennego w sposób mechaniczny- koparką, a nie jak nakazuje dok. projekt. ST i SIWZ w sposób ręczny - ponieważ 1 m3 to ok. 2 tony kamienia, które ręcznie można usunąć w min. 2 godz. pracy nurka. Ponadto w części ww. pozycji cena za wykonanie całości robót dla danej pozycji jest niższa niż średnia jednostkowa cena rynkowa. Wykonanie prac za cenę zaoferowaną jest niemożliwe. Odwołujący wskazał także, że pozycje te były przedmiotem badania w aspekcie ceny jednostkowej Konsorcjum EKO-WOD, gdzie zaoferowana cena jednostkowa

kształtowała się na wyższym poziomie niż w przypadku Skanska, a pomimo to Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Konsorcjum EKO-WOD.

W zakresie pozycji obejmującej ręczne usuwanie narzutu kamiennego z dna z pod wody (prace nurkowe) (SST 1.10) - dla wykonania tych prac konieczne było objęcie pozycją rozliczeniową następujących kosztów:

1) praca nurka z kompletnym wyposażeniem do pracy pod wodą (według załączonej przykładowej oferty: kwota 250,00 zł netto/m-g);

10

2) ^{praca} specjalistycznego sprzętu do rozbiórek podwodnych - eżektor, młot pneumatyczny (według załączonej przykładowej oferty: kwota 195,50 zł netto/ m-g);

3) pracy dźwigu z kosztem do transportu kamieni (według załączonej przykładowej oferty: kwota 125,00 zł netto/ m-g).

Powyższe daje sumę 1.141,00 zł netto za 1 m³, w czasie wykonania min. 2 m-g/m³, co czyni niemożliwym wykonanie tych prac za kwotę 58,79 zł netto zaoferowaną przez Skanska.

W zakresie pozycji obejmującej demontaż dalb cumowniczych na awanporcie (cięcie pod wodą) (SST. 1.9.) - dla wykonania tych prac konieczne było objęcie pozycją rozliczeniową następujących kosztów:

1) praca nurka z kompletnym wyposażeniem do pracy pod wodą (według załączonej przykładowej oferty: kwota 2000,00 zł netto/l kpi. dalby);

2) praca specjalistycznego sprzętu do przepalania stali pod wodą - spawarka, elektrody (lance) (według załączonej przykładowej oferty: kwota 1795,20 zł netto/l kpi. dalby);

3) praca sprzętu pływającego - ponton + holownik + dźwig na pontonie (według załączonej przykładowej oferty: kwota 3640,00 zł netto/l kpi. dalby)

Powyższe daje sumę 7435,20 zł netto za 1 dalbę w czasie wykonania min. 8 godz./1 dalbę, co czyni niemożliwym wykonanie tych prac za kwotę 4712,63 zł zaoferowaną przez Skanska. Powyższe rzutuje na cenę całkowitą za dane prace zaoferowane przez Skanska, bowiem w zakresie prac opisanych w niniejszym rozdziale różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Skanska, a ceną zaoferowaną przez podmiot, którego wyliczenie zostało przedstawione w niniejszym postępowaniu, wynosi 161.642,09 zł netto.

Łącznie więc doszło do zaniżenia ceny oferty w opisywanym powyżej zakresie o kwotę: 323.284,18 zł netto.

Rażąco niska cena w zakresie innych prac zaoferowanych przez Skanska S.A. prowadzących do ich zaniżenia poniżej wartości robocizny i materiałów

W ofercie Skanska również w innych pozycjach kosztorysowych doszło do rażącego zaniżenia ceny. Zaoferowane ceny jednostkowe w zaskarżonym zakresie niejednokrotnie nie pokrywają nawet kosztów materiału niezbędnego do zakupienia.

Odwolujący w załączeniu do odwołania przedstawił tabelaryczne zestawienie rynkowych cen jednostkowych z podziałem na pozycje rozliczeniowe wraz z porównaniem odpowiadających im cen jednostkowych zaoferowanych przez Skanska. Wskazał, że uzasadnienie poziomu cen rynkowych dla materiałów i robocizny wynika z przedstawionych w załączeniu wyliczeń popartych ofertami otrzymanymi od szeregu podmiotów świadczących usługi danego rodzaju na rynku. Już nawet pobieżna lektura ww. zestawienia oraz załączonych ofert wskazuje, iż dostarczenie materiału i wykonanie prac za cenę jednostkową zaoferowaną przez Skanska jest obiektywnie niemożliwe, bowiem w wielu przypadkach

11

sama cena zakupu materiału przekracza zaoferowaną cenę jednostkową wykonania całej pozycji.

Co więcej, część przedmiotowych pozycji była przedmiotem badania przez Zamawiającego w aspekcie cen jednostkowych Konsorcjum EKO-WOD, który zaoferował ceny jednostkowe na wyższym poziomie niż Skanska, a mimo to Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Konsorcjum EKO-WOD.

Odwolujący wskazał, że różnica sumy cen zaoferowanych przez Odwołującego za wskazane pozycje rozliczeniowe a sumą cen jednostkowych zaoferowaną przez Skanska wynosi: 3.666.043,70 zł netto dla przedsięwzięcia modernizacji śluzy Nowa Wieś oraz 3.355.381,85 zł netto w przypadku przedsięwzięcia modernizacji śluzy Sławęcice. Łącznie zaniżenie ceny dla opisanego zakresu wynosi 7.021.425,55 zł netto. Różnica ta jest bardzo zbliżona w odniesieniu do rynkowych cen jednostkowych, co potwierdzają załączone

wyliczenia oraz przedstawione oferty.

Wykonawca Skanska, w ocenie Odwołującego, wobec rażącego zaniżenia cen jednostkowych nie udowodnił Zamawiającemu (w szczególności na podstawie tylko jednego wezwania), że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna i będzie wystarczająca by wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. W związku z powyższym zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Przy ocenie wyjaśnień Skanska uszło uwadze Zamawiającego, że art. 90 ust. 3 Pzp jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty, w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Ze względu na to, że celem złożenia wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podana w ofercie cenę (wyrok SO w Warszawie w wyroku z 5.1.2007 r. V Ca 2214/06, niepubl.). Wyjaśnienia wykonawcy Skanska, aby mogły zostać uznane za prawidłowe, powinny potwierdzać realność ceny oraz wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ofertową bez ryzyka ponoszenia strat. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, oferta tego wykonawcy zawiera zaniżenie o co najmniej ponad 7 mln zł, oferując całkowicie nierynkowe ceny jednostkowe. Wobec powyższych argumentów i dowodów Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy Skanska.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zaniżenie przez Skanska licznych pozycji kosztorysu, poniżej poziomu rynkowego zostało, w ocenie Odwołującego, wykorzystane przez Skanska do stworzenia sobie szczególnej sytuacji, która mogłaby mu umożliwić złożenie bardzo niskiej cenowo oferty. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm - dalej UZNK) i stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym

12

przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na rynku, poprzez naruszenie jego interesu. Ziszczenie się przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (tak wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007 r., III CKN 271/01). Obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów wynika z art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.

Ponadto, brak możliwości wykazania przez wykonawcę Skanska realnych kosztów wykonania prac związanych z kwestionowanymi przez Odwołującego cenami jednostkowymi potwierdza także brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanych pozycji.

Oferta wykonawcy Skanska, zaniżona do nierynkowych stawek, nosi znamiona spekulacyjnego manipulowania cenami w pozycjach kosztorysu, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym bezpośrednio w celu polepszenia swojej sytuacji przy pozyskaniu i następnie realizacji zamówienia.

Złożenie przez Skanska takiej oferty już u podłoża prowadziło do naruszenia interesu innych przedsiębiorców występujących w postępowaniu, a także tych, którzy mogliby złożyć swoje oferty. Takie działanie jest objęte dyspozycją art. 3 ust. 1 uznk i stanowi samoistną nieuczciwą praktykę rynkową (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01 oraz w wyroku KIO z dnia 22 października 2014 r., sygn. akt. KIO 2046/14).

Zamawiający, pismem z dnia 22 września 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał wyboru oferty Skanska jako najkorzystniejszej, która nie podlega odrzuceniu, w oparciu o kryteria oceny ofert ustalone w postępowaniu. Zamawiający poddał badaniu ofertę Skanska w trybie art. 90 ust. 1a Pzp. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca złożył zastrzeżenie wraz z wyjaśnieniami i załączył

dowody, potwierdzające, że podjął czynności zmierzające do zapewnienia poufności tych informacji. Zamawiający podniósł, że zarzut Odwołującego sprowadza się jedynie do przypuszczenia, że Skanska nie podołała obowiązkowi wykazania skuteczności

13

zastrzeżenia, co nie ma potwierdzenia w dokumentacji postępowania.

Wyjaśnienia z dnia 3 lipca 2017 r. dotyczące rażąco niskiej ceny zawierają rzetelne wyliczenia cen w zakresie działów i pozycji wybranych przez Zamawiającego do wyjaśnienia. Wykonawca przedstawił wyjaśnienia wyczerpujące i konkretne uzasadniające odpowiednio ceny lub koszty. Zaoferowane ceny były poparte szczegółowymi kalkulacjami i dowodami. Wykonawca przedstawił konkretne okoliczności dające mu możliwość zaoferowania ceny niższej niż konkurencja. Skanska udowodniła, że posiada zaplecze technologiczne i sprzęt, know how, sposób organizacji oraz doświadczenie pozwalające zastosować taką a nie inną cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Obowiązek wyczerpującego wyjaśnienia i udowodnienia realności ceny został wyczerpany przy pierwszych wyjaśnieniach złożonych przez Skanska. Różnica w cenie oferty Skanska i Konsorcjum EKO-WOD (ok. 1,8 mln zł) utwierdziła Zamawiającego w przekonaniu, że możliwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę niższą niż wyliczył Zamawiający w kosztorysie inwestorskim. W ocenie Zamawiającego, przedłożona przez Odwołującego oferta firmy AQUWORKS jest tylko jedną z ofert, nie stanowi zatem średniej ceny rynkowej, dla ustalenia której jest konieczne porównanie kilku co najmniej ofert. Kwestionowany przez Odwołującego koszt robót z udziałem nurka był badany przez Zamawiającego w ofercie Skanska. Zamawiający podkreślił, że w żadnym z zapisów SIWZ nie znajduje się wymóg, aby nurek samodzielnie bez udziału sprzętu wydobywał kamień z wody, a wskazana przez Odwołującego norma w zakresie możliwości wydobywania przez nurka 1m3 w ciągu dwóch godzin nie została poparta żadnymi dowodami. Ponadto, przedstawiona przez Odwołującego oferta firmy AQUWORKS zawiera koszt sprzętu przy tych robotach. Zamawiający wskazał również, że porównanie cen usunięcia starych dalb w ofercie Skanska i Odwołującego potwierdza, że to cena oferty Odwołującego jest zaniżona, gdyż podał on w kosztorysie cenę bez uwzględnienia kosztów odzysku złomu. Dodatkowo, w innym postępowaniu natomiast firma POM sp. z o.o. (członek Konsorcjum PORR) zaoferował cenę tych robót na poziomie analogicznym, jak Skanska w tym postępowaniu.

Stawki roboczogodziny, na które powołuje się Odwołujący zostały przez niego zawyżone o ok 50%, zatem nie dowodzą rażąco niskiej oferty Skanska.

Wyliczona przez Odwołującego różnica w cenie oferty Skanska i oferty Odwołującego – 7 021 525,55 zł w zakresie wybranych pozycji, świadczy tylko o różnicy cenowej, nie świadczy natomiast automatycznie o rażąco niskiej cenie oferty Skanska. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę potwierdziły, że przedmiot zamówienia może być wykonany w cenie niższej niż wartość zamówienia wyliczona w oparciu o kosztorys inwestorski oraz niższej od ceny oferty Odwołującego. Sam fakt zaoferowania ceny niższej od innego wykonawcy nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk.

14

KIO 1877/17

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” sp. z o.o., „NAVIGA-STAL” sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (zwane dalej Konsorcjum EKO-WOD) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego. Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że zaoferowana przez Konsorcjum EKO-WOD cena nie jest ceną rażąco niską, co potwierdzają złożone wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty oraz załączone do nich dowody;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum EKO-WOD;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący powziął w dniu 29 sierpnia 2017 r. informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z informacją o odrzuceniu oferty Konsorcjum EKO-WOD. Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę, która ze względu na zaoferowaną cenę uplasowała się na pierwszej pozycji w rankingu ofert lecz została odrzucona, pomimo że jej cena nie jest rażąco niska.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający uznał, że niedopuszczalne i wewnętrznie sprzeczne było posiłkowanie się ofertami przedstawiającymi ceny podmiotów realizujących roboty branżowe, wyjaśnienia ceny były niewystarczające, lakoniczne, nie zawierały kalkulacji, jak również były niekompletne, bowiem nie odnosiły się do wszystkich wskazanych w wezwaniach pozycji kosztorysowych.

Odwołujący podniósł, że składane przez Konsorcjum EKO-WOD wyjaśnienia za każdym razem były rzeczowe, konkretne i poparte dowodami. Zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest zatem ceną rażąco niską, co zostało jednoznacznie wykazane w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz w załączonych do nich dowodach.

15

Aby cena została uznana za rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp musi ona odbiegać od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku, bądź też, nie pozwalać na utrzymanie rentowności wykonawcy na danym zadaniu (por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 88/09, opubl. LEX nr 552013). Stosownie natomiast do treści art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie nie zaszła podstawa do zastosowania wobec oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ani art. 90 ust. 3 Pzp. Cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną realną i rynkową, za którą możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Cena ta obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, a także gwarantuje Konsorcjum EKO-WOD osiągnięcie godziwego zysku. Potwierdzają to wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, tj.:

- wyjaśnienia z dnia 30 czerwca 2017 r. (na wezwanie z dnia 21 czerwca 2017 r.),
- wyjaśnienia z dnia 25 lipca 2017 r. (na wezwanie z dnia 18 lipca 2017 r.),
- wyjaśnienia z dnia 3 sierpnia 2017 r. (na wezwanie z dnia 1 sierpnia 2017 r.),

w których odnoszono się do wszystkich aspektów wskazanych w wezwaniach, jak również wskazano obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz załączono do nich dowody. W żaden sposób nie można stwierdzić, że treść złożonych wyjaśnień potwierdza, iż doszło do niedoszacowania zaoferowanej ceny oferty, czy cen jednostkowych.

Zamawiający odmawia uznania za uprawnione powoływanie się przez Odwołującego na oferty/wyceny otrzymane od firm specjalistycznych dotyczące realizacji poszczególnych robót wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdził, iż Konsorcjum EKO-WOD oświadczyło w treści formularza, że zrealizuje przedmiot zamówienia samodzielnie w związku z czym, nieprawidłowe jest dowodzenie realności ceny za pomocą ofert innych podmiotów współpracujących.

Zdaniem Odwołującego, brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania za nieprawidłowe posługiwanie się wycenami otrzymanymi z rynku, przy udzielaniu odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Oferty dołączone do wyjaśnień zostały przygotowane przez podmioty specjalizujące się w robotach branżowych, które mają najlepszą wiedzę, jakie są stawki rynkowe za wykonanie określonych prac, a zatem wycena przez nie dokonywana powinna zostać uznana za najbardziej miarodajną i wiarygodną.

Konsorcjum EKO-WOD w całości poparło oświadczenie złożone w ofercie

wskazywania dla celów dowodowych ofert potwierdzających wysokość cen rynkowych. Przedstawienie Zamawiającemu wycen dokonanych przez podmioty specjalizujące się w określonego rodzaju robotach miało wyłącznie pokazać, iż ceny za realizację tego typu prac wskazane w ofercie Konsorcjum EKO-WOD są cenami rynkowymi i realnymi. Niezależnie od powyższego, w razie potrzeby, na etapie realizacji będzie możliwość zlecenia podwykonawstwa podmiotom, które złożyły swoje oferty Konsorcjum EKO-WOD.

Zamawiający, pomijając szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie, poddał w wątpliwość możliwość negocjacji cen wskazanych w ofertach handlowych otrzymanych od podmiotów trzecich na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Konsorcjum EKO-WOD wskazywało w wyjaśnieniach z dnia 25 lipca 2017 r. (str. 3), iż z praktyki rynkowej wynika, że oferty handlowe są ofertami wstępnymi i na etapie realizacji podlegają dalszym negocjacjom, umożliwiając tym samym obniżenie stawek wskazanych w wycenach (upusty średnio osiągają wartość ok. 10% zaoferowanych stawek). Konsorcjum EKO-WOD powołało konkretne oferty handlowe i wysokość uzyskiwanych upustów. Zamawiający pominął też to, że bezpośrednio z treści ofert wynikało zastrzeżenie o możliwości negocjacji wskazanych w nim cen. W związku z tym, że Konsorcjum EKO-WOD wykazało, iż jest w stanie pozyskać upusty w stosunku do otrzymanych ofert handlowych, nie może budzić wątpliwości fakt, że w razie zlecenia podwykonawstwa tym podmiotom, istnieje możliwość wykonania przedmiotowych prac po jeszcze niższych cenach, co oznacza, że ceny zaoferowane przez Odwołującego w kosztorysie nie mogą być uznane za rażąco niskie.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie określił katalogu dokumentów (środków dowodowych), za pomocą których wykonawca mógł wykazywać realność swojej ceny (takiego zestawu dokumentów nie określa również ustawodawca) w związku z czym kwestionowanie możliwości powoływania się na oferty i wyceny otrzymane od podmiotów branżowych należy uznać za całkowicie bezzasadne. Ponadto, Odwołujący przedstawił również wyceny własne i kalkulacje poszczególnych pozycji kosztorysowych, jak również przedstawił stosowne wyjaśnienia.

Nie sposób zgodzić się, że wyjaśnienia składane przez Konsorcjum EKO-WOD były „niewystarczające”, „czy „lakoniczne”. Wyjaśnienia z dnia 30 czerwca 2017 r. charakteryzują się dużym stopniem szczegółowości i są poparte dowodami, odnoszą się do pozycji kosztorysowych wskazanych w wezwaniu z dnia 21 czerwca 2017 r. i odpowiadają zakresowi ww. wezwania. Również kolejne składane Zamawiającemu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odpowiadały na wskazane przez Zamawiającego wątpliwości i czyniły zadość wystosowanym wezwaniom. Treść wyjaśnień była podyktowana stopniem szczegółowości wezwania i terminem wyznaczonym na udzielenie odpowiedzi. Zamawiający wymagał, aby odpowiedzi na wezwania były udzielone w formie pisemnej, co skracало czas na przygotowanie wyjaśnień. Łącznie na przygotowanie odpowiedzi obejmujących (wraz

z załącznikami) kilkaset stron Konsorcjum EKO-WOD miało wyznaczone 14 dni roboczych, podczas gdy analiza tych wyjaśnień zajęła Zamawiającemu 41 dni roboczych.

Odwołujący w wyjaśnieniach, oprócz wskazania okoliczności faktycznych, które przesądziły o możliwości zaoferowania takiej ceny, wskazał też na ceny rynkowe analogicznych usług i robót (por. wyjaśnienia z dnia 3 sierpnia 2017r. s. 15-17). Zamawiający nie odniósł się do tej analizy.

W zakresie robót dotyczących zakupu i przyspawania dennic zamykających dalby do rur.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach z dnia 25.07.2017 r. w zakresie pozycji 220, poz. 670 - „Wyrób, zabezpieczenie antykorozyjne i dostawa konstrukcji słupów dalb” oraz poz. 1200 „Wyrób, zabezpieczenie antykorozyjne o dostawa konstrukcji stalowej słupów pomostów” nie uwzględniono kosztu zakupu i przyspawania dennic do rur oraz wskazano zakup rur o właściwościach innych, niż wskazuje dokumentacja.

Twierdzenie to jest błędne i potwierdza wybiórczą ocenę złożonych wyjaśnień, gdyż Odwołujący w przedmiotowych wyjaśnieniach wskazał koszt:

- zakupu rur - na kwotę 7546zł/szt.,
- wykonania dennic - na kwotę 46,52zł /szt. oraz robocizną na poziomie 6,5zł/szt.,

- montażu i spoinowania - 55zł/szt.

Zarzuty związane z błędnie skalkulowaną grubością blachy jest także niezasadny, bowiem obliczenia w tym zakresie zawarte w treści wyjaśnień wykonane zostały w sposób prawidłowy. Odwołujący w treści wyjaśnień jedynie omyłkowo wskazał 11mm zamiast 14 mm, jednak wynikało to z błędu pisarskiego, bowiem wynik przedstawionej Zamawiającemu kalkulacji (wyjaśnienia z dnia 3 sierpnia 2017 r.) w przedmiotowej pozycji kosztorysowej jest prawidłowy.

Analogiczna sytuacja dotyczy kosztów zakupu rur. W odróżnieniu od wyjaśnień z dnia 25 lipca 2017 r. wyjaśnienia przedłożone w dniu 3 sierpnia 2017 r. zawierają podwyższoną wycenę (686 zł/mb zamiast 556 i 583 zł/mb) i uwzględniając podwyższenie ww. stawki w dalszym ciągu potwierdzają realność ceny wskazanej w ofercie.

Odwołujący wskazał, że do wyjaśnień z dnia 3 sierpnia 2017 r. nie załączono prawidłowej oferty zakupu rur od jednego z podmiotów, a omyłkowo powołano się na ofertę tego podmiotu dołączoną do wyjaśnień z dnia 25 lipca 2017 r., jednak powyższa rozbieżność wynikała z krótkiego terminu (2 dni) na udzielenie odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 sierpnia 2017 r.

Odwołujący wskazał na niekonsekwencję i wewnętrzną sprzeczność argumentacji Zamawiającego, który z jednej strony zarzucił, że Odwołujący w sposób całkowicie bezzasadny posiłkuje się ofertami złożonymi przez podmioty realizujące roboty branżowe, a z drugiej strony, że Odwołujący nie przedstawił dowodu w zakresie ceny zwiększonej stawki

18

wykonania prac - pomijając okoliczność, że w zakresie wskazanych robót Konsorcjum EKO-WOD przedstawiło sposób wyliczenia tej pozycji kosztorysowej.
W zakresie robót betoniarskich.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 21 czerwca 2017 r. wskazał, że jego wątpliwości budzi 26 pozycji kosztorysowych dotyczących robót betoniarskich. W treści

wezwania

Zamawiający zbiorczo wskazał, że wyjaśnieniu podlegają określone zakresy prac, bez określenia, jakie konkretnie wątpliwości powziął w związku z zastosowanymi w ofercie stawkami.

Mając na uwadze tak sformułowane wezwanie w odpowiedzi z dnia 30 czerwca 2017 r. Odwołujący przedłożył szczegółowe kalkulacje dla 5 przykładowych pozycji robót betoniarskich (poz. 1090, poz. 3000, poz. 5540, poz. 3020, poz. 3140), natomiast dla pozostałych przedstawił przykładowe oferty, potwierdzające zbliżony w stosunku do zastosowanych przez Odwołującego poziom stawek.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 18 lipca 2017 r. zapytał o pozostałe 21 pozycji kosztorysowych dotyczących robót betoniarskich.

W odpowiedzi z dnia 25 lipca 2017 r. Odwołujący przedłożył ofertę kolejnego podmiotu branżowego obejmującą całość prac betoniarskich (wszystkie 26 pozycji, o które pytał Zamawiający w pierwszym wezwaniu), potwierdzając tym samym prawidłowość wyceny.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 1 sierpnia 2017 r. ponownie wskazał na konieczność wyjaśnienia pozostałych 21 pozycji kosztorysowych dotyczących robót betoniarskich.

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił szczegółowe kalkulacje kolejnych 5 przykładowych pozycji, a dla pozostałych przedstawił oferty pozyskane z rynku.

Reasumując, Konsorcjum EKO-WOD złożyło szczegółowe kalkulacje dla 10 przykładowych pozycji kosztorysowych dla pozostałych przedkładając oferty kilku podmiotów branżowych. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wymienił 15 pozycji kosztorysowych o ogólnej wartości 353 000 zł netto, co stanowi zaledwie ok. 1% wartości zadania modernizacji służby Nowa Wieś. Nie sposób uznać, że przedstawienie kalkulacji, wyjaśnień ceny oraz ofert pozyskanych z rynku może być niewystarczające w świetle art. 90 ust. 3 Pzp.

W zakresie robót pogłębiarskich i wyburzeniowych.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 21 czerwca 2017 r. wskazał, że jego wątpliwości budzi 18 pozycji kosztorysowych dotyczących robót pogłębiarskich i wyburzeniowych. W treści wezwania Zamawiający wskazał jedynie, że pozycje te podlegają wyjaśnieniu, nie wyjaśniając, jakie wątpliwości dotyczą tego zakresu prac.

W odpowiedzi z dnia 30 czerwca 2017 r. Odwołujący złożył szczegółowe kalkulacje 5 przykładowych pozycji, a dla pozostałych wskazał oferty podmiotów branżowych.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 18 lipca 2017 r. wskazał na konieczność wyjaśnienia pozostałych 13 pozycji kosztorysowych dotyczących robót pogłębiarskich i wyburzeniowych.

W odpowiedzi Konsorcjum EKO-WOD ponownie powołało się na ofertę podmiotów branżowych, uzupełniając wyjaśnienie o opis technologii prowadzenia prac.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 1 sierpnia 2017 r. ponownie wskazał na konieczność wyjaśnienia omawianego zakresu prac.

W odpowiedzi z dnia 3 sierpnia 2017 r. Odwołujący przedłożył szczegółowe kalkulacje kolejnych 2 przykładowych pozycji, dla pozostałych podtrzymując prawidłowość wyceny dokonaną w ofertach pozyskanych z rynku. Równocześnie Odwołujący wskazał na możliwość wykonania prac pogłębiarskich w odmiennej (aczkolwiek zgodnej z założeniami projektu) technologii potwierdzającej „rynkowość” zaproponowanej wyceny.

Dla robót rozbiórkowych (oprócz ofert podmiotów branżowych) Odwołujący opisał również posiadany sprzęt własny i przedstawił oferty na wynajem sprzętu jaki należałoby wykorzystać dla wykonania tego zakresu prac (koszty pracy sprzętu stanowią zasadniczy element wyceny takich pozycji). Przedłożone wyceny potwierdziły możliwość realizacji prac wyburzeniowych w zaproponowanych w ofercie cenach.

Zamawiający nie zaakceptował złożonych wyjaśnień i w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, że nie uwzględnił przełożonej kalkulacji w zakresie dwóch pozycji kosztorysowych (poz. 160, poz. 610), nie odnosząc się do wycen opartych o oferty pozyskane z rynku, czy też do wyjaśnień dotyczących możliwości wykonania prac wyburzeniowych przy użyciu sprzętu własnego i pochodzącego z wynajmu.

Abstrahując od powyższego, argumentacja Zamawiającego w zakresie sporządzonej przez Odwołującego kalkulacji własnej jest błędna, a wyjaśnienia – prawidłowe i wystarczające. Zamawiający zakwestionował przedstawione wyliczenia wskazując iż „*brak jest naliczenia kosztów ogólnych budowy, w tym tymczasowych dróg dojazdowych w obszarze rozładunku oraz zysku wykonawcy*”. Stanowisko takie jest nieuzasadnione, albowiem zaproponowana w ofercie wycena pozycji kosztorysowych 160 i 610 to 55 zł/m³, podczas gdy przedłożona kalkulacja wskazuje na możliwość wykonania prac objętych tymi pozycjami za kwotę 38,64 zł/m³ (70% wartości ceny ofertowej).

Nie znajduje również uzasadnienia powołanie się przez Zamawiającego na normy przewidziane w KNR 2-11 na okoliczność, że zaniżone zostały nakłady związane z czasem pracy sprzętu. Zamawiający posiłkuje się normami czasowymi zawartymi w KNR-ach 2- 11, które zostały wydane ponad 20 lat temu (Wydanie I 1995, biuletyn 9 1996) i oparte są na użyciu innego sprzętu, tj. koparki linowej, a nie hydraulicznej. Sprawność będącego w posiadaniu wykonawcy sprzętu jest nieporównywalna do założeń wynikających z norm przyjętych w powołanych przez Zamawiającego Katalogach Nakładów Rzeczowych (KNR).

20

Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty podniósł, że jego obawy i wątpliwości budzi również propozycja optymalizacji procesu wykonania zamówienia modernizacji śluz, w oparciu o którą Konsorcjum EKO-WOD skalkulowało ofertę, nie posiadając jeszcze zatwierdzonej technologii wykonania robót, która tylko prawdopodobnie miała prowadzić do obniżenia ceny.

Niezrozumiałe jest powyższe twierdzenie, skoro zastosowana przez Odwołującego technologia wykonania przedmiotu zamówienia została uznana za zgodną z SIWZ. Jest to element bezsporny - Zamawiający nie wymagał wyjaśnienia ww. okoliczności w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jak również nie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wykonawca, analizując treść wymagań dokumentacji przetargowej i bazując na swoim wieloletnim doświadczeniu, był w stanie zaoferować rozwiązanie zgodne z SIWZ, przy takim doborze poszczególnych aspektów technologicznych, które pozwoliły na zaoferowanie konkurencyjnej ceny. W wyjaśnieniach z dnia 25 lipca 2017 r. Konsorcjum EKO-WOD potwierdziło, że opisana w wyjaśnieniach z dnia 30 czerwca 2017 r. technologia nie stanowi odmiennego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia od tego, który jest wymagany w projekcie. Przyjęta przez Odwołującego technologia została *de facto* przez Zamawiającego zaakceptowana, gdyż część pozycji kosztorysowych zawartych w wyjaśnieniach złożonych w odpowiedzi na kolejne wezwania zawierała wykonanie prac właśnie przy użyciu wspomnianej technologii.

Skierowane do Odwołującego wezwania dotyczyły selektywnie wybranych elementów składowych ceny, które nie stanowią w stosunku do całej ceny oferty jej elementów istotnych w aspekcie cenotwórczym. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający jest uprawniony badać w ofercie ceny jednostkowe, jeśli stanowią „*istotne części składowe*” ceny oferty.

Pierwsze wezwanie dotyczyło wybranych 120 pozycji kosztorysowych, z których najdroższa - pozycja 220, poz. 670 „*Wyrób, zabezpieczenie antykorozyjne i dostawa konstrukcji stalowej słupów dalb**” wynosi 513 000 zł netto, co stanowi zaledwie ok. 1% wartości całej oferty (ok. 2% wartości dla zadania modernizacji śluzy Nowa Wieś). Pozostałe pozycje kosztorysowe, o które pytał Zamawiający, nie osiągały nawet takiego pułapu, bowiem ich wartości wynosiły od kilkuset złotych (np. poz. 8890 „*Wyrób, zabezpieczenie antykorozyjne, dostawa i montaż konstrukcji wspornika mechanizmu napędowego przepustnicy DN 1000*”) do kilku - kilkunastu tysięcy.

Biorąc pod uwagę sumę robót w ujęciu rodzajowym - np. wszystkie roboty betoniarskie, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego dla zadania modernizacji śluzy Nowa Wieś, nie stanowi ona istotnej części składowej ceny oferty. Ilość betonu niezbędna do wykonania zakresu rzeczowego odpowiadającego pozycjom kosztorysu kwestionowanym przez Zamawiającego została określona na poziomie 1089,49 m³, co w przełożeniu na wycenę dokonaną przez Konsorcjum EKO-WOD stanowi wartość jedynie 531 261,02 zł. Porównując powyższe do wartości zadania modernizacji śluzy Nowa Wieś - 24 308 427, 68

21

zł - stanowi zaledwie 2,2%. W zakresie robót dotyczących śluzy Sławięcice udział ten jest jeszcze mniejszy. Także suma wszystkich zakwestionowanych w informacji o odrzuceniu pozycji kosztorysowych z oferty Konsorcjum EKO-WOD z różnego rodzaju robót wchodzących w zakres zamówienia (41 pozycji) to ok. 2 mln zł, co przy ogólnej wartości i skali zamówienia również nie stanowi istotnej części cenotwórczej w rozumieniu art. 90 ust.

1 Pzp. Nie sposób zatem uznać, że ww. wybiórczo wskazane przez Zamawiającego zakresy prac, choć niewątpliwie istotne z punktu widzenia realizacji robót, mogą stanowić „*istotne części składowe ceny*”.

W związku z powyższym, odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp było nieprawidłowe i sprzeczne z przepisami prawa.

Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w sposób bardzo dokładny weryfikował składane przez Konsorcjum EKO-WOD wyjaśnienia ceny i trzykrotnie wzywał do ich złożenia, wskazując każdorazowo kilkadziesiąt pozycji podlegających wyjaśnieniu, podczas gdy przy ocenie pozostałych ofert Zamawiający nie wykazywał takiego stopnia szczegółowości. W stosunku do Skanska wystosowane zostało tylko jedno wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, obejmujące 72 pozycje o łącznej wartości niespełna 3 mln zł. Z dokumentacji postępowania wynika, że złożone przez Skanska wyjaśnienia zostały całkowicie zaakceptowane przez Zamawiającego i nie podlegały takiej szczegółowej analizie, jak odpowiedzi składane przez Konsorcjum EKO-WOD.

Zamawiający w przypadku oferty Odwołującego bardzo dokładnie badał pozycje, które w jego ocenie są zaniżone, natomiast w przypadku wykonawcy Skanska zaniechał wezwania do wyjaśnienia kilkunastu rażąco zaniżonych pozycji kosztorysowych np.: 250, 440, 460, 700, 2140, 4220, 4330, 6770, 8460, 8870, 9070, 9490, 9770, 9890, 9950, 10040, 13650. Suma wartości tych pozycji w kosztorysie Skanska to niespełna 637 000 zł, podczas gdy w ofercie Odwołującego to blisko 1 230 000 zł.

O ile oszacowanie wartości wszystkich wymienionych w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum EKO-WOD 13 „*niewyjaśnionych*” pozycji w zakresie robót pogłębiarskich i wyburzeniowych w kosztorysie Odwołującego na kwotę 433 000 zł wzbudziło zastrzeżenia Zamawiającego, to wycena tych samych pozycji w ofercie Skanska na kwotę 450 000 zł została przyjęta bez zastrzeżeń. Co więcej, wezwanie rażąco niskiej ceny do Skanska skierowane zostało w zakresie jedynie 4 z 13 ww. pozycji, natomiast wartość owych pozycji w ofercie Skanska wynosi 285 000 zł, a wartość tych samych pozycji w odrzuconej ofercie Konsorcjum EKO-WOD to 359 000 zł.

Należy zauważyć, że ogólna różnica w wysokości zaoferowanej ceny pomiędzy Konsorcjum EKO-WOD, a Skanska wynosi zaledwie 1,98%. To oznacza, że oferty

22

podmiotów, które dokonały wyceny przedmiotu zamówienia na bardzo zbliżonym poziomie zostały ocenione w sposób zupełnie odmienny - oferta Odwołującego została znacznie dokładniej zbadana i odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, natomiast oferta złożona przez Skanska została zaakceptowana niemal bez zastrzeżeń. Zamawiający również w stosunku do innych wykonawców stosował w sposób wybiórczy postanowienia dokumentacji przetargowej. Pismem z dnia 21 czerwca 2017 r. przesłanym do Konsorcjum PORR Zamawiający powołał się na ust. 15 pkt 15.11 IDW i na podstawie ww. postanowienia uznał, że brak wyceny dwóch pozycji kosztorysowych został uwzględniony w innych pozycjach wycenionego przedmiaru robót. Jednocześnie, jak wskazuje dokumentacja postępowania, Zamawiający w sposób bardzo ostrożny weryfikował wyjaśnienia Konsorcjum EKO-WOD, i w przypadku, gdy Odwołujący wskazywał, że określony koszt jest uwzględniony w innej pozycji kosztorysowej - twierdził, że wyjaśnienia są niewiarygodne i wzywał do szczegółowego wyjaśnienia (por. np. pkt 4 wezwania z dnia 1 sierpnia 2017 r. dot. poz. 2570). Jednocześnie Zamawiający nie dał wiary wyjaśnieniom Odwołującego dotyczącym uzyskania przychodów ze sprzedaży złomu, którego wartość wyniesie co najmniej 155 tys. zł, pomimo jednoznacznego brzmienia SST-000 pkt. 1.2. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego w tym zakresie.

W tym świetle nie sposób uznać, że działania Zamawiającego podejmowane w toku postępowania były przeprowadzone z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Pismem z dnia 22 września 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że na etapie badania ofert powziął wątpliwości dotyczące rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Konsorcjum EKO-WOD i oferty Skanska. Zamawiający dokonał analizy cen kosztorysów ofertowych dla wszystkich 5 wykonawców i porównania cen działów i poddziałów w kosztorysach ofertowych w celu wyłonienia tych, dla których cena była niższa o 30% od średniej arytmetycznej tych cen wszystkich złożonych ofert. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że niskie koszty poszczególnych działów lub poddziałów nie zawsze były odzwierciedleniem rzeczywistych zaniżonych cen składowych pozycji tych działów. Ponadto, domniemanie rażąco niskiej ceny działu lub poddziału było wynikiem udziału konkretnych pozycji kosztorysowych w średniej arytmetycznej cen danego działu lub poddziału, dla wszystkich złożonych ofert. Zamawiający dokonał również analizy porównawczej dwóch najniższych ofert, tj. Konsorcjum EKO-WOD i Skanska w zestawieniu ze średnią arytmetyczną danych pozycji kosztorysowych wszystkich ofert, co pozwoliło wytypować pozycje z kosztorysów obu ofert do wyjaśnienia. Zamawiający przedstawił stosowne zestawienia.

Zamawiający wskazał, że Konsorcjum EKO-WOD w ofercie zobowiązało się do

23

samodzielnego wykonania zamówienia, tj. bez udziału podwykonawców, a ponadto w wyjaśnieniach z dnia 30 czerwca 2017 r. wyjaśniło, że kosztorys ofertowy został przygotowany w oparciu o własne kalkulacje wykonawcy. W tych okolicznościach Zamawiający uznał za nieuprawnione wykazywanie kosztów realizacji robót w oparciu o oferty innych podmiotów, które Odwołujący załączał do składanych wyjaśnień. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie własnych kalkulacji lub kalkulacji kosztów innych podmiotów, lecz jedynie ceny robót wykonywanych przez te podmioty. W odpowiedzi na pierwsze wezwanie Odwołujący w ogóle nie przedstawił wyjaśnień dotyczących pozycji 1200 – „Wyrób, zabezpieczenie antykorozyjne i dostawa konstrukcji stalowej słupów pomostu” oraz w sposób niepełny wyjaśnił poz. 220 i 670 „Wyrób, zabezpieczenie antykorozyjne i dostawa konstrukcji stalowej słupów dalb”. W kolejnych wyjaśnieniach Odwołujący złożył ponownie wyjaśnienia niepełne i budzące wątpliwości w zakresie kosztów zakupu i przyspawania dennic zamykających dalby od góry do rur oraz rozbieżności pomiędzy przyjętą w założeniach projektowych klasą stali konstrukcyjnej, a klasami i normami stali przyjętymi w przedłożonych przez Odwołującego ofertach.

W kwestii prac betonowych, w odpowiedzi na drugie wezwanie do przedstawienia kalkulacji cen tych robót, dla poszczególnych elementów konstrukcji Odwołujący przedłożył jedynie ofertę cen jednostkowych podwykonawcy, która nie zawierała ważnych elementów składowych związanych z nakładami i kosztami robocizny, materiałem i sprzętem, bez uwzględnienia wszystkich czynników kształtujących daną cenę.

W odpowiedzi na kolejne wezwanie z 18 lipca 2017 r. Odwołujący ponownie nie

przedstawił szczegółowych wycen kalkulacji dotyczących prac pogłębiarskich i wyburzeniowych oraz remontowo-renowacyjnych zamknięć i napędów w zakresie 23 pozycji. Kolejne – ostatnie wyjaśnienia z dnia 3 sierpnia 2017 r. Zamawiający uznał za niewiarygodne, niespójne i niekompletne. Rozbieżności dotyczyły:

- kosztu wykonania pala (poz. 220 i 670) – zmiana wyjaśnień w każdej z trzech odpowiedzi na wezwania Zamawiającego,
- kosztu zakupu rur ze stali konstrukcyjnej 18G2 lub jej odpowiednika S355K2G3 – przedstawione w wycenie typy rur nie odpowiadają typom wskazanym w dokumentacji projektowej, a złożone oferty nie potwierdzają ceny wskazanej przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 3 sierpnia 2017 r., która jest niższa niż w ww. ofertach. Ponadto, oferta podwykonawcy załączona do wyjaśnień dotyczy innej grubości ścianek rur i innego gatunku stali, a wyjaśnienia Odwołującego są wewnętrznie sprzeczne.
- obmiaru zabezpieczenia antykorozyjnego pali (malowania) – raz wykonawca wyjaśnił, że przyjął dwukrotne malowanie, a w ostatnich wyjaśnieniach z dnia 3 sierpnia 2017 r., że jednokrotnie.
- koszt zakupu dekli zamykających do rur – Odwołujący nie uwzględnił faktycznego zakresu

24

zakupu materiałów i wykonania,

- prace betoniarskie – nie udzielono pełnej odpowiedzi odnośnie kalkulacji ww. prac.
- Odwołujący przyznał w odwołaniu, że przedstawił przykładowe kalkulacje jedynie dla 5 pozycji i przykładowe oferty innych podmiotów, brak wyjaśnień dla 15 pozycji o łącznej wartości 353 000,00 zł netto, w odniesieniu do pozycji dla których wykonawca przedstawił kalkulację Zamawiający stwierdził brak przyjęcia wskaźnika kosztów ogólnych budowy, który obejmuje również wykonanie tymczasowych dróg dojazdowych, brak naliczenia zysków wykonawcy, brak uwzględnienia ubytków materiałowych w zakresie betonu, zaniżenie ilości kosztów zużycia drewna na szalunki, pominięcie w kalkulacji kosztów zagęszczenia betonu,
- prace pogłębiarsko- wyburzeniowe oraz remontowo-renowacyjne mechanizmów zamknięć i napędów – Zamawiający wskazał na analogiczne okoliczności, jak powyżej z uwagi na brak przedstawienia w wyjaśnieniach szczegółowej kalkulacji dla 21 pozycji, a jedynie przykładowych oraz przykładowych ofert innego podmiotu.

Odnośnie powoływania się przez Zamawiającego na stary KNR 2-11, Zamawiający wskazał, że nie określa on typu koparki, a jedynie pojemność chwytaka, co jest istotne z punktu widzenia grubości odmulaney warstwy dna kanału (średnio 1,00m). Wykonawcy nie kwestionowali treści SIWZ w tym zakresie.

Podtrzymując swoje wcześniej stanowisko, Zamawiający wyjaśnił, że nie zaakceptował wyjaśnień w zakresie proponowanej autorskiej technologii wykonania modernizacji śluz wskazanej. Odwołujący ponadto, zmienił swoje wyjaśnienia w tym zakresie w piśmie z dnia 18 lipca 2017 r. Wszelkie zmiany dotyczące technologii i organizacji wykonania prac Zamawiający dopuścił w SIWZ pod warunkiem akceptacji przez Nadzór Inwestorski i zatwierdzenia przez Zamawiającego.

Twierdzenie wykonawcy o możliwości uzyskania rabatów (w wysokości 10%) na etapie realizacji zamówienia Zamawiający uznał za daleko przypuszczające, nie poparte żadnymi dowodami w żadnym z przedłożonych wyjaśnień.

Zamawiający podkreślił, że podstawą odrzucenia oferty była tzw. „bierna postawa adresata wezwań” na trzykrotne wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczące rażąco niskiej ceny w stosunku do wskazanych 120 pozycji kosztorysowych. Zamawiający zaprzeczył twierdzeniu, że określił zbyt krótkie terminy na udzielenie wyjaśnień (7 dniowy, 5 dniowy i 2 dniowy). Wskazał, że wykonawca powinien dysponować odpowiednią dokumentacją odnośnie kalkulacji ceny już na etapie tworzenia kosztorysu ofertowego.

Wymaganej kalkulacji robót hydrotechnicznych nie może zastąpić zestawienie wartości ofert złożonych w historycznych postępowaniach, co uczynił Odwołujący w ramach wyjaśnień z dnia 3 sierpnia 2017 r. Zestawienie to nie ma znaczenia również dla niniejszego postępowania odwoławczego.

Ceny jednostkowe, które były przedmiotem wyjaśnienia mają znaczenie dla całkowitej

25

ceny ofertowej o łącznej wartości 3 577 859,55 zł netto, co stanowi 14,74% wartości całego zadania modernizacji śluzy Nowa Wieś i 7,54% całej oferty. Te same pozycje zostały

wycenione przez Skanska na kwotę 7 301 674,39 zł netto.

Zamawiający wskazał również, że oferta Konsorcjum EKO-WOD była wyjaśniana trzykrotnie, wobec braków w wyjaśnieniach, choć mogła zostać odrzucona już po pierwszych złożonych wyjaśnieniach. Zamawiający w ten sposób dał szansę wykonawcy na złożenie wyjaśnień wiarygodnych i pełnych. Wyjaśnienia złożone przez Skanska były pełne i spójne, więc nie wymagały dalszych wyjaśnień. Zamawiający badał wszystkie oferty z taką samą należytą starannością.

Konsorcjum PORR zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie (KIO 1877/17) po stronie Zamawiającego.

Wykonawca Skanska S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1875/17 i KIO 1877/17 po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący się wykonawcy Konsorcjum PORR i Konsorcjum EKO-WOD wykazali spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, legitymujących ww. wykonawców do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych przez wykonawcę Skanska S.A. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w obu sprawach tj. KIO 1875/17 i KIO 1877/17 oraz przystąpienie Konsorcjum PORR do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1877/16 po stronie Zamawiającego. Zgłoszone przystąpienia spełniają warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów przedstawionych w obu odwołaniach.

26

Wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 94.567.279,59 zł brutto. W postępowaniu zostało złożonych pięć ofert:

1. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” Sp. z o.o., „NAVIGA-STAL” Sp. z o.o., z ceną 58 388 100,00 zł.
2. Skanska S.A. z ceną 60.263.241,22 zł;
3. Konsorcjum: PORR S.A., Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne POM Sp. z o.o. z ceną 73.760.278,23 zł;
4. Konsorcjum Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX Sp. z o.o. AZI-BUD Sp. z o.o. z ceną 88.546.797,21 zł;
5. Control Process S.A., z ceną 103.898.100,00 zł.

Oferta Konsorcjum EKO-WOD oraz oferta Skanska zawierają ceny niższe o ponad 35% od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego w postępowaniu. Różnica w cenie pomiędzy tymi ofertami wynosi 1.875.141,22 zł brutto. Natomiast różnica pomiędzy ofertą Skanska, a kolejną ofertą, tj. ofertą Konsorcjum PORR, wynosi 13.497.037,01 zł.

KIO 1875/17 – odwołanie wniesione przez Konsorcjum PORR S.A., Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne POM Sp. z o.o.,

Zarzut naruszenia art. 8 Pzp

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2017 r. dokonane na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wykonawca Skanska złożył w dniu 3 lipca 2017 r. wyjaśnienia, zastrzegając treść tych wyjaśnień jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Wykonawca przedstawił jednocześnie pełne uzasadnienie do dokonania tego zastrzeżenia wraz z dowodami, potwierdzającymi, że wykonawca podjął odpowiednie działania w celu zabezpieczenia tych informacji przed ich ujawnieniem do wiadomości publicznej.

Stosownie do art. 8 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności dotyczy w szczególności ofert składanych w postępowaniu. Ich jawność może

zostać ograniczona tylko w przypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia złożone przez Skanska odnoszące się do kalkulacji stawek jednostkowych podlegały zastrzeżeniu jako jeden z istotnych elementów składanych wyjaśnień, które posiadają znaczną wartość gospodarczą.

27

Ujawnienie tych informacji mogłoby niewątpliwie negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami. Podkreślić przy tym należy, że przywołany przez Odwołującego wyrok KIO z dnia 24 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 102/17 i KIO 110/17 zapadł w całkowicie odmiennym stanie faktycznym.

W ocenie Izby, złożone przez Skanska uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pełni wyczerpuje przesłanki określone w art. 8 ust. 3 Pzp, wobec czego Zamawiający miał obowiązek zachowania poufności informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń w ramach tego zarzutu. Co więcej, Odwołujący wskazywał, że „Skanska S.A. mogła uchybić temu obowiązkowi wykazania skuteczności zastrzeżenia w postaci przedłożenia stosownych dowodów”, a zatem dopuszczał jedynie taką możliwość, opartą wyłącznie na swoich subiektywnych przypuszczeniach. W konsekwencji Odwołujący złożył w odwołaniu wnioski - „o dokonanie weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Skanska S.A. w zakresie wykazania takiego zastrzeżenia, w tym w zakresie przedstawienia dowodów potwierdzających podjęcie przez tych wykonawców niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.” W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że postępowanie odwoławcze nie jest postępowaniem kontrolnym inicjowanym wnioskiem wykonawcy, lecz postępowaniem w pełni kontradyktoryjnym, w którym strony są obowiązane przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Powyższe oznacza, że zarzuty zawarte w odwołaniu muszą być poparte przez odwołującego się wykonawcę stosownymi dowodami. Ciężar dowodowy rozkłada się na strony z uwzględnieniem art. 190 ust.1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp

Rażąco niska cena w zakresie prac: demontaż konstrukcji dalb cumowniczych na awanporcie (cięcie pod wodą) i usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna spod wody (prace nurkowe)

Odwołujący podnosił, że zaproponowane przez Skanska wartości robót, przedstawione we wskazanych pozycjach w kosztorysie ofertowym dotyczącym realizacji projektu pn. „Modernizacja śluz odrzańskich na Kanale Gliwickim, na odcinku w zarządzie RZGW Gliwice - przystosowanie do III klasy drogi wodnej - etap II”, obejmującego realizację przedsięwzięcia modernizacji śluzy Nowa Wieś oraz śluzy Sławęcice, znacząco odbiegają od wartości rynkowej dla danego typu robót. Na dowód rażącego zaniżenia tych cen

28

Odwołujący przedstawił ofertę podmiotu: Sławomir Szczęsny prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „AQUA WORKS” Przedsiębiorstwo Remontowo-Podwodne z siedzibą w Niestępowie, przyjmując, że oferta ta dowodzi poziomu cen tzw. rynkowych.

Izba nie podzieliła tego stanowiska. Nie ma podstaw by uznać, że jedna oferta wybrana przez Odwołującego na potrzeby tego postępowania przedstawia średnią cenę rynkową. Jest to oferta danego przedsiębiorcy, która uwzględnia ponoszone przez niego koszty, z uwzględnieniem wielu czynników wpływających na poziom tych kosztów. Z tego względu porównanie cen jednostkowych z oferty Skanska do cen zawartych w tej ofercie nie stanowi dowodu na rażąco niską cenę oferty Skanska, a jedynie dowód na występującą różnicę pomiędzy obu ofertami. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można wykluczyć sytuacji, że w obie ww. oferty (i oferowane w nich ceny) mogą być ofertami (cenami)

rynkowymi. Ponadto, Izba uwzględniła w tym zakresie dowód z oferty przedstawionej przez Przystępującego (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) i złożonej Zamawiającemu w ramach wyjaśnień z dnia 3 lipca 2017 r.

Izba nie stwierdziła jednocześnie niezgodności wykonania zaoferowanych przez Skanska prac z opisem przedmiotu zamówienia: w dziale 1.2.1.1.1 (Roboty demontażowe istniejących elementów i konstrukcji Rys R-NW-K-2.1-01-1 (SST 1.9) w pozycji nr 520 pn.: Demontaż konstrukcji dąb cumowniczych na awanporcie (cięcie pod wodą) oraz w dziale 1.2.1.1.1 (Roboty demontażowe istniejących elementów i konstrukcji) (SST 1.9) w pozycji nr 530 pn.: Demontaż konstrukcji dąb cumowniczych na awanporcie (cięcie pod wodą), odpowiednio w obu przedsięwzięciach modernizacyjnych. Wykonawca Skanska wyjaśnił, że uwzględnił koszty pracy sprzętu dla tych pozycji. Koszty te zostały ujęte w kosztach ogólnych oferty, co nie stoi w sprzeczności z wymaganiami SIWZ.

W odniesieniu do prac tzw. nurkowych (dział 1.2.1.1.3 pozycja nr 550 (SST 1.10) pn.: Usunięcie ręczne narzutu kamiennego z dna spod wody (prace nurkowe), dział 1.3.1.1.3 pozycja nr 1490 (SST 1.10), dział 1.3.1.1.5 pozycja nr 1780 (SST 1.10), dział 1.4.1.1.5 pozycja nr 4610 (SST 1.10), dział 1.4.1.1.6 pozycja nr 4750 (SST 1.10) kosztorysu dla służby Nowa Wieś i odpowiednio kosztorysu dla służby Sławęcice, Izba nie stwierdziła faktu zaoferowania przez Skanska wykonania ww. prac niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, tj. wykonania usunięcia narzutu kamiennego w sposób mechaniczny - koparką, a nie jak nakazuje dokumentacja projektowa, ST i SIWZ w sposób ręczny.

Powołując się na dokumentację projektową, specyfikacje techniczne i SIWZ, Odwołujący nie wskazał jakichkolwiek postanowień, które zakazywałyby użycia specjalistycznego sprzętu przy realizacji tych prac. Odwołujący wskazał jedynie na rozprawie, że powyższe wynika z treści opisu tych pozycji w przedmiarze, gdzie jest mowa o „usunięciu ręcznym” narzutu kamiennego z dna spod wody. Zgodnie ze specyfikacją techniczną ST 1.10, powyższe prace mają być wykonywane pod nadzorem nurka przede

29

wszystkim przy użyciu sprzętu (pkt 3.2 b), a ręcznie jedynie tam, gdzie nie jest to możliwe (pkt 5.1).

Izba wskazuje, że sam fakt, że dana cena za wykonanie określonych robót jest niższa od średniej ceny rynkowej nie dowodzi faktu, że wykonanie robót za wskazaną cenę przez danego wykonawcę nie jest możliwe, w szczególności wówczas gdy wykonawca dysponuje korzystniejszymi niż przeciętny wykonawca w danej branży warunkami realizacji zamówienia. W niniejszej sprawie wykonawca Skanska wykazał, że skalkulował ceny robót w sposób realny, umożliwiający wykonanie prac, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Okoliczność, że w przypadku Konsorcjum EKO-WOD wskazane przez Odwołującego pozycje w odniesieniu do oferty Skanska również były przedmiotem wyjaśnień, które nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione, dowodzi jedynie tego, że to jakość złożonych wyjaśnień, w tym przedstawione dowody, przesądziła o uznaniu przez Zamawiającego, że zaoferowana cena przez Konsorcjum EKO-WOD jest rażąco niska, a nie sama wysokość wskazanych cen jednostkowych.

W zakresie zarzutu dotyczącego innych prac zaoferowanych przez Skanska, skalkulowanych poniżej wartości robocizny i materiałów Odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienie „rynkowych cen jednostkowych” z podziałem na pozycje rozliczeniowe wraz z ich cen porównaniem do odpowiadających jednostkowych zaoferowanych przez Skanska. Odwołujący wyjaśnił, że poziom cen rynkowych dla materiałów i robocizny przyjął na podstawie ofert otrzymanych od podmiotów świadczących usługi danego rodzaju na rynku, obrazujących ceny rynkowe. Odwołujący wskazał również na różnicę pomiędzy cenami zaoferowanymi przez Odwołującego za wskazane pozycje rozliczeniowe a ceną zaoferowaną przez Skanska, która w zakresie obu przedsięwzięć wynosi łącznie 7.021.425,55 zł netto.

Jak wynika z dowodów przez Przystępującego załączonych do pisma procesowego z dnia 22 września 2017 r. przyjęte przez Odwołującego stawki na nieuzasadnionym poziomie w porównaniu do stawek robocizny kosztorysowej dla robót inżynierskich (w tym robót hydrotechnicznych) wynikających z Sekocenbud za I i II kwartał 2017 r. Ponadto, jak wynika z przedstawionej analizy wskazanych przez Odwołującego cen i kalkulacji – zawierają one liczne nieprawidłowości i nieścisłości, które podważają ich wiarygodność jako dowodu na poziom cen występujących na rynku.

Wykonawca Skanska przedstawił natomiast Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z

dowodami, które uwiarygodniły zaoferowane ceny jednostkowe i cenę oferty jako cenę realną, wiarygodną, wystarczającą dla wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wyjaśnienia Skanska zostały dodatkowo poparte dowodami złożonymi przez Przystępującego a rozprawie, które potwierdziły rzetelność wyjaśnień i przedstawionych

30

Zamawiającemu kalkulacji. W tych okolicznościach należało uznać, że Zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia. Nieuprawnione jest zatem twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie dysponował przekonującym materiałem dowodowym, który prowadziłby do stwierdzenia, że cena oferty Skanska nie jest rażąco niska. Sam Odwołujący, powołując się na wyrok

KIO z dnia 19 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO 1902/09) wskazywał w odwołaniu, że „Cena nawet znacząco odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet od cen innych wykonawców, nie musi być ceną rażąco niską, o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych.”

W świetle powyższego, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający winien był odrzucić ofertę Skanska podobnie jak ofertę Konsorcjum EKO-WOD z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny z uwagi na zaistnienie tożsamej przesłanki w postaci niewielkiej różnicy cen obu ofert, a także z uwagi na fakt, że w badanych pozycjach rozliczeniowych występowały ceny jednostkowe, które w przypadku oferty Skanska były niższe od cen z oferty odrzuconej. Fakt, że w ofercie Skanska występują ceny jednostkowe, które są niższe niż w innych ofertach, w tym w ofercie Odwołującego nie przesądza o rażąco niskiej cenie tych elementów przedmiotu zamówienia lub rażąco niskiej cenie całej oferty, a jedynie stanowią uzasadnienie do żądania wyjaśnień w tym zakresie. Ostateczna ocena ceny oferty w zakresie zarzutu rażącego jej zaniżenia musi być dokonywana z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Okoliczność, którą podnosił Odwołujący, że Zamawiający poprzestał tylko na jednym wezwaniu skierowanym do Skanska, jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, świadczy wyłącznie o tym, że wyjaśnienia były zupełne i nie wzbudziły jakichkolwiek dalszych wątpliwości Zamawiającego wymagających dodatkowego wyjaśnienia..

Wobec powyższych ustaleń nie wystąpiła przesłanka do odrzucenia oferty Skanska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający nie naruszył powyższych przepisów, poprzez dokonanie pozytywnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Skanska.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący twierdził w ramach niniejszego zarzutu, że zaniżenie przez Skanska części pozycji kosztorysu poniżej ich poziomu rynkowego zostało

wykorzystane przez

Skanska do stworzenia sobie szczególnej sytuacji, która mogłaby mu umożliwić złożenie bardzo niskiej cenowo oferty, co dowodzi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm - dalej „uznk”).

31

Przepis art. 3 ust. 1 uznk stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stanowi on samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III KKN 271/01). W świetle tego przepisu, uznanie działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz dokonania odpowiedniej kwalifikacji pod względem prawnym. Aby stwierdzić popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- działanie podmiotu ma związek z jego działalnością gospodarczą,
- jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami,
- stanowi ono zagrożenie lub prowadzi do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub

klienta.

W okolicznościach niniejszej sprawy, w szczególności w świetle wyjaśnień złożonych przez Skanska w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz wobec niewykazania przez Odwołującego okoliczności potwierdzających czynność „spekulacyjnego manipulowania cenami jednostkowymi”, nie potwierdził się zarzut złożenia oferty, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, w wyniku naruszenia dobrych obyczajów w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej, w tym także art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, który stanowi, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszných interesów konsumentów. Odwołujący w szczególności nie wykazał zastosowania przez Skanska manipulacji cenami jednostkowymi w złożonym w ofercie kosztorysie ofertowym. Co więcej, wobec niepotwierdzenia się okoliczności - wskazania przez Skanska w ofercie nierealnych kosztów w zakresie kwestionowanych przez Odwołującego pozycji kosztorysowych, należało uznać, że nie wypełniły się podstawy do uznania, że wykonawca Skanska dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, który skutkowałby odrzuceniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż nie wystąpiła przesłanka odrzucenia oferty Skanska, określona w tym przepisie.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Skanska, jako najkorzystniejszej.

32

KIO 1877/17 – odwołanie wniesione przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” sp. z o.o., „NAVIGA-STAL” sp. z o.o.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Odwołujący podnosił, że składane przez Konsorcjum EKO-WOD wyjaśnienia były rzeczowe, konkretne i poparte dowodami, zatem zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest ceną rażąco niską, co zostało jednoznacznie wykazane w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz w załączonych do wyjaśnień dowodach.

Stosownie do treści art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ramach prowadzonego postępowania Zamawiający trzykrotnie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący trzykrotnie na wezwania Zamawiającego składał wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia z dnia 30 czerwca 2017 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 czerwca 2017 r., wyjaśnienia z dnia 25 lipca 2017 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 lipca 2017 r., wyjaśnienia z dnia 3 sierpnia 2017 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 sierpnia 2017 r.

W pierwszym wezwaniu Zamawiający wskazał konkretne pozycje kosztorysowe do wyjaśnienia, w tym wyjaśniając, że wezwanie można wykonać poprzez doręczenie szczegółowych udokumentowanych wyliczeń dotyczących kosztów wykonania robót. Których wezwanie dotyczy, w tym uwzględniając koszty pracy, materiałów, sprzętu i inne koszty rzeczowe lub innego materiału dowodowego, który przykładowo mogą stanowić cenniki, oferty, oświadczenia podmiotów, którym wykonawca zamierza powierzyć wykonanie adekwatnej części umowy. Wezwanie o tej treści zostało też skierowane do drugiego wykonawcy. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył kalkulacje jedynie pięciu przykładowych pozycji, natomiast dla pozostałych przedstawił oferty innych podmiotów, bez szczegółowych kalkulacji.

W kolejnym wezwaniu z dnia 18 lipca 2017 r. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie kalkulacji pozostałych pozycji. W odpowiedzi Odwołujący na potwierdzenie zastosowanych cen przedstawił ofertę innego podmiotu, która nie zawiera wymaganych części składowych kalkulacji.

W konsekwencji w ponownym wezwaniu z dnia 1 sierpnia 2017 r. Zamawiający

zwrócił się o wyjaśnienie konkretnych pozycji kosztorysowych, w odniesieniu do których Odwołujący nie przedstawił do tej pory prawidłowych kalkulacji, w odniesieniu do których

33

Odwołujący przedstawił jedynie oferty innych podmiotów, wraz z przedstawieniem szczegółowych kalkulacji i wyjaśnień elementów w zakresie których złożone w dniu 25 lipca 2017 r. wyjaśnienia były lakoniczne, niepełne bądź niespójne.

W wyniku analizy treści wezwań i odpowiedzi złożonych przez Odwołującego Izba ustaliła, że nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że w wyjaśnieniach każdorazowo odnosił się do wszystkich aspektów wskazanych w wezwaniach, wskazał obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz załączył odpowiednie dowody. Nie można przyjąć, że treść złożonych przez Konsorcjum EKO-WOD wyjaśnień potwierdza, że kalkulacja ceny oferty i cen jednostkowych została wyjaśniona w sposób zapewniający Zamawiającego, że jest możliwe zrealizowanie zamówienia za kwotę określona w ofercie, w tym w badanym przez Zamawiającego zakresie.

Izba w pełni podzieliła stanowisko Zamawiającego, że powoływanie się w ramach wyjaśnień przez Odwołującego na oferty otrzymane od firm specjalistycznych dotyczące realizacji poszczególnych robót wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, nie może zastępować własnej kalkulacji ceny wykonawcy, w szczególności wówczas, gdy wykonawca ten nie przewidział w ofercie udziału podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia. Oferty innych podmiotów dołączone do wyjaśnień na okoliczność, jakie są „stawki rynkowe” za wykonanie określonych prac, nie dowodzą prawidłowości kalkulacji ceny zaoferowanej przez Konsorcjum EKO-WOD, w szczególności wówczas gdy takiej kalkulacji wykonawca nie przedłożył. Są to dowody potwierdzające określone stawki stosowane przez dany podmiot działający na rynku, jednak nie mają one istotnego znaczenia dla oceny, czy Odwołujący przyjął stawki uzasadnione w jego przypadku, tj. z uwzględnieniem konkretnych kosztów ponoszonych przez wykonawcę, a także zakładanego poziomu zysku. Dowód na realność zaoferowanej ceny nie może polegać jedynie na przyrównaniu danej ceny złożonej oferty do ceny występującej na rynku.

Podkreślić należy, że uruchomienie przez Zamawiającego procedury wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zobowiązuje wykonawcę do wykazania sposobu kalkulacji zaoferowanej ceny i przedstawienia wszelkich dowodów, które przekonają zamawiającego, że cena ta jest ceną realną gwarantującą prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Dobór rodzaju dowodów, jakie złoży wykonawca, jest decyzją samego wykonawcy. Nie mogą być to jednak jakiekolwiek dowody, lecz takie które potwierdzają rzetelność kalkulacji własnych wykonawcy.

Wskazywana przez Odwołującego możliwość negocjacji cen wskazanych w ofertach handlowych otrzymanych od podmiotów trzecich - na etapie realizacji przedmiotu zamówienia - nie jest informacją, która ma istotne znaczenie dla uzasadnienia rzetelności zaoferowanej ceny. Są to argumenty jedynie hipotetyczne, niepewne, które nie zostały poparte dowodami potwierdzającymi udzielenie konkretnych rabatów. Odwołujący nie

34

przedstawił dowodów na fakt, że uzyska rabaty w wysokości ok. 10% pierwotnie zaoferowanych stawek wynikających z przedłożonych Zamawiającemu oferty innych podmiotów. Sama możliwość negocjacji ofert nie dowodzi jeszcze skutków tych negocjacji.

W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający nie określił ścisłego katalogu dokumentów, za pomocą których wykonawca mógł wykazywać realność swojej ceny, stosownie do brzmienia przepisów ustawy Pzp, pozostawiając w tym zakresie decyzję Odwołującemu. Wykonawca korzystając z tej swobody, powinien jednak wykazać konkretne okoliczności mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zatem wykonawca powinien tak dobrać dowody, aby nie pozostawić żadnych wątpliwości, że dokonał on rzetelnej i prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może zakazać złożenia jakichkolwiek dowodów, ale to wykonawca ponosi ryzyko złożenia dokumentów, których moc dowodowa w zakresie kalkulacji ceny oferty Odwołującego jest znikoma lub całkowicie nieistotna.

Odwołujący co prawda przedstawił dla niektórych pozycji wyceny własne i kalkulacje oraz wyjaśnienia, jednak w znacznej części dotyczyły one tylko tzw. pozycji przykładowych, co Odwołujący sam przyznał w odwołaniu. Przedstawienie takich przykładowych kalkulacji nie jest wystarczające w przypadku, gdy wezwanie dotyczy znacznie większej ilości pozycji

kosztorysowych wskazanych w sposób konkretny i jednoznaczny.

Zarzut dotyczący formy wyjaśnień lub terminu na ich udzielenie jest spóźniony. Zarzut powyższy powinien zostać podniesiony w odwołaniu wniesionym w stosownym terminie wobec czynności wezwania. Na obecnym etapie zarzuty te nie podlegają rozpoznaniu.

W zakresie robót dotyczących zakupu i przyspawania dennic zamykających dalby do rur.

W pozycjach 220, poz. 670 - „Wyrób, zabezpieczenie antykorozyjne i dostawa konstrukcji słupów dalb” oraz poz. 1200 „Wyrób, zabezpieczenie antykorozyjne o dostawa konstrukcji stalowej słupów pomostów” - nie uwzględniono kosztu zakupu i przyspawania dennic do rur oraz wskazany został zakup rur o właściwościach innych, niż określono w dokumentacji. Odwołujący przyznał, że w wyjaśnieniach z dnia 25 lipca 2017 r. omyłkowo wskazał grubość blachy 11mm zamiast 14 mm, jednak wynikało to z błędu pisarskiego, bowiem wynik przedstawionej Zamawiającemu kalkulacji (wyjaśnienia z dnia 3 sierpnia 2017 r.) w przedmiotowej pozycji kosztorysowej jest prawidłowy.

Analogiczna sytuacja dotyczy kosztów zakupu rur. W odróżnieniu od wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 25 lipca 2017 r. wyjaśnienia przedłożone w dniu 3 sierpnia 2017 r. zawierają podwyższoną wycenę (686 zł/mb zamiast 556 i 583 zł/mb). Odwołujący przyznał, że do wyjaśnień z dnia 3 sierpnia 2017 r. nie załączył prawidłowej oferty zakupu rur od jednego z podmiotów, a omyłkowo powołał się na ofertę podmiotu dołączoną do wyjaśnień z dnia 25 lipca 2017 r.

35

W zakresie robót betoniarskich.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 21 czerwca 2017 r. wskazał konkretne pozycje kosztorysowe dotyczące robót betoniarskich podlegające wyjaśnieniu. W odpowiedzi z dnia 30 czerwca 2017 r. Konsorcjum EKO-WOD przedłożyło szczegółowe kalkulacje dla 5 przykładowych pozycji robót betoniarskich (poz. 1090, poz. 3000, poz. 5540, poz. 3020, poz. 3140), natomiast dla pozostałych wskazane jedynie zostały przykładowe oferty otrzymane od innych podmiotów na potwierdzenie zbliżonego w stosunku do zastosowanych przez Odwołującego w ofercie - poziomu stawek.

Pozostałe 21 pozycje były przedmiotem wezwania z dnia 18 lipca 2017 r., a wobec ich niewyjaśnienia – w odpowiedzi z dnia 25 lipca 2017 r. Odwołujący przedłożył ofertę kolejnego podmiotu branżowego obejmującą całość prac betoniarskich, Zamawiający ponownie w wezwaniu z dnia 1 sierpnia 2017 r. wskazał na konieczność wyjaśnienia pozostałych 21 pozycji kosztorysowych dotyczących robót betoniarskich. W odpowiedzi Odwołujący przedstawił szczegółowe kalkulacje kolejnych 5 przykładowych pozycji, dla pozostałych wskazując oferty pozyskane od innych podmiotów.

W zakresie robót pogłębiarskich i wyburzeniowych.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 21 czerwca 2017 r. wskazał konkretne pozycje kosztorysowe dotyczące robót pogłębiarskich i wyburzeniowych, które podlegały wyjaśnieniu. W odpowiedzi z dnia 30 czerwca 2017 r. Odwołujący złożył szczegółowe kalkulacje jedynie 5 przykładowych pozycji, a dla pozostałych wskazując oferty podmiotów branżowych. Ponowne wezwanie z dnia 18 lipca 2017 r. dotyczyło pozostałych 13 pozycji kosztorysowych. W odpowiedzi Konsorcjum EKO-WOD ponownie powołało się na ofertę podmiotów branżowych, uzupełniając wyjaśnienie o opis technologii prowadzenia prac. Kolejne wezwanie z dnia 1 sierpnia 2017 r. ponownie dotyczyło tych samych pozycji. W odpowiedzi z dnia 3 sierpnia 2017 r. Konsorcjum EKO-WOD przedłożyło kalkulacje kolejnych 2 przykładowych pozycji, a dla pozostałych podtrzymało oświadczenie w zakresie prawidłowości wyceny dokonanej w ofertach pozyskanych z rynku. Odwołujący wskazał na możliwość wykonania prac pogłębiarskich w odmiennej technologii potwierdzającej „rynkowość” zaproponowanej wyceny.

Dla robót rozbiórkowych (oprócz ofert podmiotów branżowych) Odwołujący opisał również posiadany sprzęt własny i przedstawił w tym zakresie oferty na wynajem sprzętu jaki należałoby wykorzystać dla wykonania tego zakresu prac.

Przedłożone kalkulacje dwóch pozycji kosztorysowych (poz. 160, poz. 610 – „wydobycie zanieczyszczeń spod wody na barkę, przewóz i przeładunek na samochodów samowyładowczy i wywóz na odległość do 2 km na tymczasowe składowisko uformowanie w pryzmy i zagęszczenie oraz oczyszczenie osadu (objętość osadów wyliczono w oparciu o numeryczny model terenu wykonany w czerwcu 2015 r.)” zawierają braki w zakresie

uwzględnienia kosztów ogólnych budowy, w tym tymczasowych dróg dojazdowych w obszarze rozładunku, a także zysku wykonawcy. Ponadto, Odwołujący zaproponował cenę 55 zł/m³ w ww. pozycjach kosztorysowych, podczas gdy przedłożona kalkulacja wskazuje na kwotę 38,64 zł/m³ (70% wartości ceny ofertowej). Powyższe wyjaśnienia wskazują, że Odwołujący jedynie pobieżnie potraktował

wezwania kierowane przez Zamawiającego. Złożone wyjaśnienia za każdym razem były niekompletne, niewyczerpujące, zawierające „omyłki” i niespójne informacje z poprzednio udzielonymi wyjaśnieniami. Wyjaśnienia takie nie mogą być uznane za wystarczające do stwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska, a wręcz przeciwnie dowodzą, że oferta nie została skalkulowana rzetelnie, tym bardziej, że wykonawca oferował samodzielne wykonanie przedmiotu zamówienia bez udziału podwykonawców.

W zakresie zarzutu dotyczącego przestarzałych norm przewidzianych w KNR 2-11 powołanych przez Zamawiającego na okoliczność czasu pracy sprzętu Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Zamawiający wskazał powyższe normy w treści SIWZ, co nie było podważane przez żadnego z wykonawców na etapie formułowania postanowień SIWZ.

Nie budzi też wątpliwości niezasadność powoływania się przez Odwołującego w wyjaśnieniach na możliwość optymalizacji procesu wykonania zamówienia modernizacji śluz, w oparciu o nową technologię, która zgodnie z SIWZ dopiero na etapie realizacji zamówienia może podlegać ewentualnemu zatwierdzeniu przez nadzór budowlany i Zamawiającego. Konsorcjum EKO-WOD skalkulowało zatem ofertę, nie posiadając jeszcze zatwierdzonej technologii wykonania robót, co stanowi istotne ryzyko nieuwzględnienia wszystkich kosztów koniecznych do zrealizowania danego zakresu prac. Nie jest przy tym prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w powyższym zakresie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, Zamawiający jest uprawniony badać w ofercie ceny jednostkowe, które stanowią „istotne części składowe” ceny oferty, tj. istotne części składowe z punktu widzenia cenotwórczego.

Zamawiający wzywał Odwołującego do wyjaśnienia wybranych 120 pozycji kosztorysowych. Kolejne wezwania dotyczyły za każdym razem pozycji kosztorysowych wskazanych w pierwszym wezwaniu – Zamawiający nie rozszerzył zakresu rzeczowego wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę sumę robót w ujęciu rodzajowym - np. wszystkie roboty

betoniarskie, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego dla zadania modernizacji śluzy Nowa Wieś, stanowi ona istotną część składową ceny oferty. Suma wszystkich zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysowych z oferty Konsorcjum EKO-WOD z różnego rodzaju robót wchodzących w zakres zamówienia (41 pozycji) to ok. 2 mln zł, co przy danej wartości i skali zamówienia stanowi istotną część cenotwórczą oferty w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że zakres prac, który podlegał wyjaśnieniu był istotny z punktu widzenia realizacji robót, a także jako „istotne części składowe ceny”, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za spóźniony dowód w postaci „Opinii dotyczącej prawidłowości kalkulacji wyceny kosztorysowej [...]” złożonej przez Odwołującego na rozprawie. Dowód ten nie może bowiem zastępować lub uzupełniać wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w toku postępowania przed Zamawiającym, w oparciu o które Zamawiający miał obowiązek dokonać oceny oferty Odwołującego. Z tych samych względów Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność prawidłowości kalkulacji wyceny kosztorysowej oferty Odwołującego.

W danym stanie faktycznym, odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp było prawidłowe i zgodne z powołanymi przepisami prawa, bowiem trzykrotnie składane wyjaśnienia, dotyczące tego samego

zakresu, wyczerpały możliwość wzywania wykonawcy do wyjaśnień. W ocenie Izby Zamawiający nie ma obowiązku dalszego wzywania do złożenia wyjaśnień wówczas gdy za pierwszy raz wykonawca nie przedstawia wyjaśnień pełnych i wyczerpujących. Dodatkowe wezwanie może nastąpić w przypadku, gdy złożone już przez wykonawcę wyjaśnienia wymagają uszczegółowienia. W ustalonym stanie faktycznym złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie zawierały wymaganych szczegółowych kalkulacji, były niespójne, niedokładne i niepełne. Nie można zatem uznać tych wyjaśnień za rzetelne i wykazujące jednoznacznie rynkowy charakter zaoferowanej przez Konsorcjum EKO-WOD ceny. Posiłkowanie się w wyjaśnieniach ofertami przedstawiającymi ceny podmiotów realizujących roboty branżowe, które pozostają bez związku ze złożoną ofertą należy uznać za nieistotne dla oceny rzetelności wyceny oferty Odwołującego.

Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Okoliczność, że Zamawiający w sposób bardzo dokładny weryfikował składane przez Konsorcjum EKO-WOD wyjaśnienia ceny i trzykrotnie wzywał wykonawcę do ich złożenia, nie stanowi podstawy do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp. Powyższe czynności Zamawiającego należą do jego obowiązków w zakresie badania ofert - nie można z samego faktu wykonywania tych czynności czynić Zamawiającemu zarzutu. Nie jest przy tym zasadne twierdzenie Odwołującego, że przy ocenie pozostałych ofert Zamawiający nie

38

wykazywał takiego stopnia szczegółowości. Żaden dowód na potwierdzenie tych okoliczności nie został przez Odwołującego wskazany. Czynności Zamawiającego podejmowane w odniesieniu do poszczególnych ofert wynikały z konkretnych okoliczności oraz potrzeb, istotnych z punktu widzenia oceny ofert. Nie sposób uznać, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty podlegać powinny wyjaśnieniu w takim samym zakresie i wymagają takiej samej ilości wezwań. Zarówno wezwania, jak i ocena złożonych wyjaśnień powinny być odpowiednio zindywidualizowane.

Izba nie stwierdziła również, aby Zamawiający w stosunku do innych wykonawców stosował w sposób wybiórczy postanowienia dokumentacji przetargowej, w szczególności postanowienia ust. 15 pkt 15.11 IDW o treści „Stawki i ceny winny być wprowadzone do każdej pozycji „Wycenionego Przedmiaru Robót”. Jeżeli w pozycji nie zostanie określona cena jednostkowa czy wartość robót, uważa się, że są one uwzględnione w innych pozycjach wycenionego przedmiaru robót”. W przypadku Konsorcjum EKO-WOD, Odwołujący wskazał wartość pozycji (wycenioną) oraz wyjaśnił, że określony koszt jest uwzględniony w innej pozycji kosztorysowej, podczas gdy zgodnie z opisem tej pozycji – nie obejmowała ona danych kosztów. Tej sytuacji nie można w żaden sposób porównać z przypadkiem braku wskazania wartości w danej pozycji kosztorysowej. Nie można w tych okolicznościach zatem wywodzić, że wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przypadku Odwołującego było nieuprawnione (wezwanie z dnia 1 sierpnia 2017 r. dotyczące poz. 2570).

Ponadto, fakt, że obaj wykonawcy, tj. Konsorcjum EKO-WOD i Skanska, dokonali wyceny przedmiotu zamówienia na bardzo zbliżonym poziomie, nie dowodzi tego, że obie oferty zostały prawidłowo wycenione. Zamawiający miał obowiązek szczegółowo zbadać oferty, uwzględniając złożone przez wykonawców wyjaśnienia. To jedynie niekompletność wyjaśnień składanych przez Odwołującego implikowała kolejne wezwania kierowane przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe nie sposób przyjąć, że Zamawiający podejmował w postępowaniu czynności z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba nie stwierdziła zatem w danym stanie faktycznym naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Skanska jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz ust. 8 Pzp.

39

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp

oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: