Sygn. akt: KIO 1315/16
Sygn. akt: KIO 1324/16

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2016 r. przez:
1) **Odwołującego** – **PORR Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1315/16),**
2) **Odwołującego** – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Vistal Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni, 2) Vistal Infrastructure Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (sygn. akt KIO 1324/16),**
w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, ul. Sienkiewicza 3, 90-113 Łódź,**

przy udziale:
A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu 3) Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie,**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1315/16 oraz KIO 1324/16 po stronie Zamawiającego,
B) wykonawcy **PORR Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie**
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1324/16 po stronie Zamawiającego,

---

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1315/16 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
2. **oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1324/16.**

3. kosztami postępowania:
   3.1. w sprawie o **sygn. akt KIO 1315/16** obciąża **Zamawiającego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania oraz zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złoty zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
   3.2. w sprawie o **sygn. akt KIO 1324/16** obciąża **Odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania oraz zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Sygn. akt: KIO 1315/16
Sygn. akt: KIO 1324/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa Drogi Wojewódzkiej nr 710 – budowa mostu przez rzekę Warta w m. Warta".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2016/S 071-123664 z dnia 12 kwietnia 2016 r.

W dniu 8 lipca 2016 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu 3) Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1315/16.

W dniu 18 lipca 2016 r. Odwołujący – PORR Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 3) oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności oraz bez przedstawienia dostatecznego uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności;
2) art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm. - dalej „uznk") - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum INTOP Warszawa sp. z o.o., INTOP Tarnobrzeg sp. z o.o. oraz TRAKCJA PRKiL S.A. (dalej jako „konsorcjum INTOP") pomimo, ze jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

3) art 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum INTOP jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej konsorcjum INTOP;
2) nakazanie Zamawiającemu wykonania zaniechanej czynności, polegającej na odrzuceniu oferty konsorcjum INTOP,
3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - złożonej przez Odwołującego — na zasadach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł w pierwszej kolejności, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną (oraz najkorzystniejszą pod względem wszystkich kryteriów oceny ofert) spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, zatem potwierdzenie się zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, tj. bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania odrzucenia skarżonej oferty konkurenta - konsorcjum INTOP, mogłoby prowadzić do sytuacji umożliwiającej Odwołującemu uzyskanie

przedmiotowego zamówienia i korzyści z jego realizacji.

Wskazano następnie, iż:

W dniu 8 lipca 2016 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej konsorcjum INTOP oraz jednoczesnym odrzuceniu oferty Odwołującego. W ocenie Odwołującego podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest to, że *„jej treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na obliczenie ceny istotnej części robót, a w konsekwencji ceny oferty, w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ i stanowiący czyn nieuczciwej konkurencji wynikający z przesunięcia wartości części robót pomiędzy poszczególnymi elementami kosztorysu ofertowego, a tym samym mający wpływ na uczciwą konkurencję w postępowaniu oraz z uwagi na zadeklarowanie zakresu robót przewidzianych do osobistego wykonania przez Wykonawcę sprzecznie z postanowieniami SIWZ".* Ponadto Zamawiający wskazał, że *„Wykonawca nie złożył również rzetelnych wyjaśnień, w odpowiedzi na wystąpienie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a więc w odniesieniu do zagadnień rażąco niskiej ceny...".*

Ze szczegółowej analizy podstaw odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że wątpliwości Zamawiającego wzbudziła wycena przez Odwołującego cena netto za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego w wysokości 1.278.420,82 zł, co w ocenie Zamawiającego stanowi 39,58% szacunkowej wartości zamówienia ustalonej w tym przypadku na 3.229.830,00 zł za ten zakres robót oraz 38,56% średniej ze złożonych w postępowaniu ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Ta wątpliwość Zamawiającego, związana z możliwością wykonania, utrzymania i rozbiórki mostu objazdowego spowodowała wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (pismo Zamawiającego z dnia 16.06.2016 r., znak DZ.342.26.14.2016). W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił wyjaśniania w jakim zakresie skalkulował i na jakiej podstawie wycenę mostu objazdowego oraz przedłożył szczegółowe kalkulacje (kosztorys; pismo Odwołującego z dnia 23.06.2016 r., znak PPI/TTG/PP/149/16).

Wskazano, że przedłożone wyjaśnienia i dowody Odwołującego na ww. pismo Zamawiającego w trybie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty, nie spowodowały odrzucenia oferty jako rażąco niskiej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Oznacza to, że Zamawiający nie miał - po złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach - wątpliwości, że wycena przez Odwołującego cena za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego jest prawidłowa.

Faktyczną podstawą, jak się wydaje z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, jest sposób kalkulacji mostu sprzeczny z pkt. 9.5 SIWZ oraz mający negatywny wpływ na uczciwą konkurencję w Postępowaniu, co można *expresis verbis* wyczytać z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Trudno jednak w pełni uznać to za podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż we fragmencie tego uzasadnienia odnoszącym się do Odwołującego, Zamawiający wskazuje wprost na kalkulację wykonawcy Strabag sp. z o.o. (tak str. 12 uzasadnienia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lipca 2016 r.).

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że ww. niezgodność z pkt. 9.5 SIWZ oraz naruszenie uczciwej konkurencji przez Odwołującego, potwierdza się w jednym zdaniu złożonym przez Odwołującego w wyjaśnianiach na wezwanie Zamawiającego (pismo Odwołującego z dnia 23.06.2016 r., znak PP1/TTG/PP/149/16), tj.: *„Jednocześnie Wykonawca oświadcza, ze jeżeli w ocenie Zamawiającego w załączonej Kalkulacji robót, w opisie tej roboty, nie ujęto wprost jakiejś roboty lub czynności ujętej w Opisie Przedmiotu Zamówienia to nie oznacza to, że nie została ona w ogóle ujęta w ofercie. Deklarujemy, że wszystkie wymagane objętym przedmiotowym Postępowaniem zamówienie zostało w całości skalkulowane w ofercie*

Wykonawcy. Na wszelkie ewentualne dalsze wątpliwości z tym związane jesteśmy w stanie odnieść się na dalsze żądanie *Zamawiającego, gdyż elementy te mogą być ujęte w innych pozycjach albo uwzględnione w Ryzykach Wykonawcy".* Zamawiający ww. fragment wyjaśnień Odwołującego skonfrontował z pkt 9.5. SIWZ, w brzmieniu: *„Cena oferty i ceny jednostkowe (w tym ceny netto) muszą być wyrażone w złotych polskich z dokładnością do*

dwóch miejsc po przecinku i dla wszystkich pozycji podanych w Formularzu wyceny ofertowej. Ceny jednostkowe (w tym ceny netto) powinny być realne. Cena jednostkowa musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów dla tej pozycji. Elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji i związanych z tym kosztów nie można przenosić do innych pozycji Formularza wyceny ofertowej" i uznał, że niektóre z elementów (niewycenione w ocenie Zamawiającego) prac związanych z mostem objazdowym zostały skalkulowane w innej części oferty (innej pozycji formularza wyceny ofertowej).

Odwołujący argumentował, iż powyższe stwierdzenie stanowi *de facto* jedyne uzasadnienie zasadności uznania w ocenie Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ (pkt 9.5) oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wskazano powyżej, do dalszego uzasadnienia (głównie prawnego) odrzucenia oferty Odwołującego trudno się odnieść ze względu na wprost wskazanie w nim, że odnosi się ono do innego wykonawcy - Strabag Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że w zakresie pozycji kosztorysu dot. budowy i rozbiórka mostu objazdowego wraz z dojazdami wycena tej pozycji w odniesieniu do poszczególnych wykonawców przedstawia się następująco:

a) Odwołujący: 1 278 420,82 zł,
b) Konsorcjum Banimex i AZ1-BUD: 4 040 090,66 zł,
c) Konsorcjum Vistal: 862 416,00 zł (oferta odrzucona na takiej samej podstawie jak Odwołującego, z tym że podstawą odrzucenia oferty było w dużej mierze zaniżenie cen jednostkowych robót rozbiórkowych i ceny za całość tych robót, co Zamawiający w obszerny sposób - odmienny niż u Odwołującego - starał się wykazać w uzasadnieniu odrzucenia oferty konsorcjum Vistal);
d) Strabag: 305 424,00 zł (oferta odrzucona na takiej samej podstawie jak Odwołującego, z tym że podstawą odrzucenia oferty było w dużej mierze zaniżenie cen jednostkowych robót rozbiórkowych i ceny za całość tych robót, co Zamawiający w obszerny sposób — odmienny niż u Odwołującego - starał się wykazać w uzasadnieniu odrzucenia oferty Strabag),
e) Konsorcjum INTOP: 6 029 185,98 zł,

f) Mosty-Łódź: 2 452 115,00 zł,
g) Eurovia: 3 573 502,88 zł,
h) Himmel i Papesch Opole: 3 990 000,00 zł,
i) Energopol Szczecin: 3 588 360,00 zł,
j) Budimex: 3 484 426,73 zł,
k) PUT Intercor: 4 067 201,49 zł,
l) Ekonova: 6 114 038,19 zł.

W zakresie zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołujący wskazał następnie, że:

Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było rzekome przerzucenie przez niego kosztów związanych z budową i rozbiórką mostu objazdowego do innych pozycji kosztorysu ofertowego, co ma stanowić sprzeczność z pkt 9.5 SIWZ. W ocenie Odwołującego Zamawiający całkowicie błędnie zinterpretował wyjaśnienia Odwołującego, które to wyjaśnienia mają rzekomo uzasadniać potwierdzenie określonego w pkt. 9.5 SIWZ zakazu *„przenoszenia elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji i związanych z tym kosztów do innych pozycji Formularza wyceny ofertowej".*

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący w przywołanym przez Zamawiającego fragmencie z wyjaśnień Odwołującego zadeklarował (potwierdził), że w jego cenie ofertowej *wszystkie wymagane objętym przedmiotowym Postępowaniem zamówienie zostało w całości skalkulowane.* Miało to stanowić jednoznaczne potwierdzenie, że w cenie oferty Odwołującego (w wysokości 32 948 482,55 zł) zawierają się wszystkie określone przedmiotem zamówienia prace. Deklaracja taka była związana z wyjaśnieniami domniemania złożenia przez Odwołującego oferty z rażąco niską ceną (odpowiedź na wezwanie Zamawiającego w trybie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny), które to wyjaśnienia - jak wskazano powyżej - zostały w całości uwzględnione przez Zamawiającego i uznane za prawidłowe. Świadczy o tym brak odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, a także brak przywołania w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego jakichkolwiek wyliczeń podważających sposób wyceny elementów robót będących podstawą

składanych przez Odwołującego wyjaśnień (jak to miało miejsce w przypadku innych wykonawców, których oferty zostały odrzucone, tj. Strabag i Vistal).

Ponadto uszło całkowicie uwadze Zamawiającego, że podniesiony fragment wyjaśnień Odwołującego *(,,Deklarujemy, ze wszystkie wymagane objętym przedmiotowym Postępowaniem zamówienie zostało w całości skalkulowane w ofercie Wykonawcy. Na wszelkie ewentualne dalsze wątpliwości z tym związane jesteśmy w stanie odnieść się na dalsze* żądanie *Zamawiającego, gdyż elementy te mogą być ujęte w innych pozycjach albo*

---

uwzględnione w Ryzykach Wykonawcy") nie ma stanowić potwierdzenia niedopuszczalnego przenoszenia elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji i związanych z tym kosztów do innych pozycji Formularza wyceny ofertowej. Odwołujący wyraźnie zastrzegł, że gdyby się okazało, ale tylko i wyłącznie w zakresie „dalszych ewentualnych wątpliwości" Zamawiającego w zakresie wyceny budowy i rozbiórki mostu objazdowego to Odwołujący deklarował gotowość złożenia dalszych wyjaśnień *(„jesteśmy w stanie odnieść się na dalsze* żądanie *Zamawiającego"),* gdyż jak wskazał może (ale nie musi) zdarzyć się, że wątpliwe *„elementy te mogą być ujęte w innych pozycjach albo uwzględnione w Ryzykach Wykonawcy".* Powyższe zdanie absolutnie nie potwierdza jednoznacznie, że nastąpiło przeniesienie kosztów elementów prac do innych pozycji Formularza wyceny ofertowej. Odwołujący wskazał w tym zdaniu na taką możliwość, a ponadto odniósł się do „innych pozycji", mając na myśli wyłącznie wyjaśniane pozycje związane z budową i rozbiórką mostu objazdowego, a nie innych prac objętych zamówieniem. Ponadto, co bardzo istotne, Odwołujący w spornym zdaniu zastrzegł także, że w przypadku dalszych wątpliwości co do wyceny elementów, może też być tak, że mogą one być uwzględnione też w Ryzykach Wykonawcy. Wskazuje na to wprost użyta alternatywa rozłączna zdania „albo". Oznacza to, że Odwołujący dopuszcza sytuację, że takie elementy prac mogłyby też (o ile byłyby jakiekolwiek w ich zakresie wątpliwości) nie znajdować się w innych pozycjach, ale być wykazane w tzw. Ryzykach Wykonawcy, czyli w ramach zaoferowanej ceny (alternatywa „albo" wyklucza jedną z dwóch wskazanych w zdaniu możliwości; tak Z. Ziembiński, "Logika praktyczna").

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że całkowicie niezrozumiałe jest twierdzenie i zarazem konkluzja Zamawiającego, że ww. fragment wyjaśnień Odwołującego stanowi jakiekolwiek potwierdzenie naruszenia zakazu przenoszenia elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji i związanych z tym kosztów do innych pozycji Formularza wyceny ofertowej. Zresztą w pkt. 9.5 SIWZ mowa jest o zakazie przenoszenia elementów składowych ceny jednostkowej i związanych z tym kosztów danej pozycji (tutaj dotyczących budowy i rozbiórki mostu objazdowego) do innej pozycji Formularza wyceny ofertowej. Tymczasem Odwołujący nie wskazał, że w jego przypadku taka sytuacja może mieć miejsce. Jego wyjaśnienia odnosiły się tylko do jednej pozycji, tj. mostu objazdowego. Mając na uwadze powyższe uznać należy, że nie potwierdził Zamawiający, w jaki sposób Odwołujący naruszył wskazany punkt 9.5 SIWZ.

Ponadto wskazano, że przedstawiona na wezwanie Zamawiającego w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty kalkulacja budowy i rozbiórki mostu tymczasowego zawierała wszystkie niezbędne elementy składające się na koszt budowy i rozbiórki.

Niezależnie od przedstawienia jak najbardziej szczegółowej kalkulacji, Odwołujący wprost wskazał, że *„deklarujemy,* że *wszystkie wymagane objętym przedmiotowym Postępowaniem zamówienie zostało w całości skalkulowane w ofercie Wykonawcy".* Tym samym całkowicie niezrozumiałe są twierdzenia Zamawiającego zawarte w utajnionej części uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego o braku ujęcia w kalkulacji wszystkich czynności związanych z przeprawą mostową. Jak wskazano na wstępie, wyjaśnienia Odwołującego należy uznać za wyczerpujące i w pełni kompletne, gdyż Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego jako rażąco niskiej. A jak wskazano powyżej całkowicie niezasadne jest stwierdzenie Zamawiającego, że *„Wykonawca liczy się z możliwością,* że *nie ujął wszystkich robót i czynności dla wymaganego zakresu przedłożonej kalkulacji".* Odwołujący powołał jednocześnie dowód z części niejawnej informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał następnie, że wyjaśniając cenę swojej oferty w pozycji dotyczącej tymczasowej przeprawy mostowej przedłożył szczegółowy kosztorys z

wykazaniem robocizny, materiału, sprzętu niezbędnych do wykonania objazdu, a także z wykazaniem narzutów tj. kosztów ogólnych i zysku. Zamawiający oceniając te wyjaśnienia w ogóle nie odniósł się do tych kosztorysów w zakresie merytorycznym, czyli wielkości liczbowych, a jedynie uznał że opis robót w poszczególnych pozycjach kosztorysowych jest nie do końca zgodny (literalnie) z opisami zawartymi w STWIORB. Takie podejście Zamawiającego jest nie tylko niezrozumiałe, ale także jest całkowicie niezasadne. Z uwagi na fakt objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych wyjaśnień, jak i uzasadnienia ich kwestionowania przez Zamawiającego w części niejawnej uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący w załączniku nr 5 przedstawił argumentację, którą również w całości utajnił jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Argumentowano także, że wskazany przez Zamawiającego pkt 9.5 SIWZ stanowi, iż *„Ceny jednostkowe (w tym ceny netto) powinny być realne. Cena jednostkowa musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów dla tej pozycji".* Oceniając powyższy fragment należy wskazać, że realność zaproponowanej przez Odwołującego ceny netto za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego w wysokości 1.278.420,82 zł, szczególnie w kontekście całości zaoferowanej przez Odwołującego ceny oferty, nie została przez Zamawiającego zakwestionowana i uznana za nierynkową (nierealną). Ponadto wyjaśnienia Odwołującego i jego deklaracja realizacji wszystkich wymaganych prac i czynności w ramach zaproponowanej ceny nie stanowi sprzeczności ze zdaniem, że *„Cena jednostkowa musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów dla tej pozycji".* Wykonawca bowiem - jak wyraźnie wskazał - po dokonaniu wizji lokalnej w terenie oraz analizie dokumentacji projektowej wykonał przedmiary stanowiące bazę do wyceny mostu

objazdowego. Stąd nie można uznać, że zaoferowana cena za most objazdowy nie stanowi sumy wszystkich planowanych do poniesienia kosztów. Gdyby Zamawiający miał jakąkolwiek dalszą wątpliwość w zakresie zakresu jak i sposobu ujęcia prac składających się na budowę i rozbiórkę mostu objazdowego winien zwrócić się do Odwołującego z takimi wątpliwościami.

Odwołujący podniósł tym samym, że mając na uwadze powyższe, nie sposób uznać, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Uszło uwadze Zamawiającego, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak tez orzecznictwie sadów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a wiec wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega — co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

W odniesieniu do oferty Odwołującego, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie wykazał na czym konkretnie miałaby polegać niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ. Poprzestał jedynie na stwierdzeniu, że nastąpiło niezgodne z SIWZ obliczenie ceny istotnej części robót, a w konsekwencji ceny oferty. Wskazano, że w przypadku oferty Odwołującego ta istotna część oferty stanowi około 1/30 całej oferty.

Odwołujący nie zgodził się ponadto ze stwierdzeniem Zamawiającego, że oferta nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na obliczenie ceny istotnej części robót, a w konsekwencji ceny oferty, w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ i stanowiący czyn nieuczciwej konkurencji wynikający z przesunięcia wartości części robót pomiędzy poszczególnymi elementami kosztorysu ofertowego. Argument, że cena jego oferty została „w istotnej części" błędnie obliczona nie znajduje potwierdzenia. Zamawiający w SIWZ nie skonstruował definicji legalnej pojęcia błędu w obliczeniu ceny oferty (czy szerzej niezgodności z SIWZ sposobu obliczenia ceny). Z orzecznictwa wynika zaś, że przez błąd w obliczeniu ceny oferty

należy rozumieć sposób obliczenia ceny dokonany merytorycznie w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami Zamawiającego określonymi w postanowieniach SIWZ oraz ewentualnie odrębnych przepisach prawa. Tymczasem Zamawiający w zakresie wyceny robót mostowych dot. budowy i rozbudowy tymczasowej przeprawy mostowej nie określił szczególnych wymagań w zakresie jej określenia. Cena zadeklarowana miała mieć charakter wyłącznie ryczałtowy.

Podkreślono, że w przedmiotowej sprawie nie doszło zatem do jakiejkolwiek niezgodności obliczenia ceny istotnej części robót z SIWZ. Nie sposób bowiem przyjąć, że Odwołujący przyjął za podstawę inny stan faktyczny niż wskazany w dokumentacji przetargowej (szczególnie, że dokonał wizji lokalnej w terenie i przeanalizował dokumentacje techniczną). Analiza oferty Odwołującego nie pozwala też na stwierdzenie, że Odwołujący ma zamiar wykonania zamówienia za inna cenę niż wskazana w ofercie. Odwołujący, wezwany do wyjaśnienia swojej oferty w zakresie zaoferowania wykonania prac związanych z budową i rozbiórką mostu potwierdza w wyjaśnianych, że zaoferowana cena stanowi świadomą decyzję opartą o kalkulacje i uwarunkowania rynkowe. Ponadto Odwołujący potwierdził, że zaoferowana stawka jest tą, której oczekuje za wykonanie zamówienia w zakresie mostu objazdowego, zatem nie może być mowy o błędnej - rzekomo niezgodnej z SIWZ - wycenie tych prac.

Odwołujący przywołując wyrok KIO z dnia 22.10.2014 r. (KIO 2046/14) oraz stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, wskazał, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla Zamawiającego — jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70(1) § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, ze obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie Zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedna z podstawowych

przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też Zamawiający, przy ocenie oferty Odwołującego, jak i konsorcjum INTOP odstąpił od stosowania wymogów, które sam określił w SIWZ. Wskazać należy, iż Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jej zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest określona przepisami art. 36 ust. 4 i następne ustawy Pzp i może mieć miejsce wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Stąd też Zamawiający nie jest uprawniony obecnie w sposób dowolny interpretować postanowień SIWZ (szczególnie pkt 5.9 SIWZ).

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zdaje się formułować swoje stanowisko w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego przede wszystkim do kwestii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny jednostkowej (części prac; tutaj w zakresie związanych z budową i rozbiórką mostu objazdowego) zawartej w ofercie Odwołującego. Podniesiono, że ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej przesadziła, ze kwestia ewentualnej rażąco niskiej ceny odnosi się do całości wynagrodzenia ofertowego, a nie jego poszczególnych elementów wskazanych w ofercie. Odwołujący powołał tytułem przykładu wyroki KIO o sygn. akt KIO 2762/10 i KIO 2745/10, stwierdzając, że Zamawiający, mając świadomość zasygnalizowanych poglądów KIO, „ukrywa” zarzuty w stosunku do cen

jednostkowych związanych z wyceną robót dot. mostu objazdowego pod pozorem zarzutów dotyczących rzekomego błędu w obliczeniu ceny, tj. z nieuwzględnieniem wymagań SIWZ.

Argumentowano również, że Zamawiający ponadto stara się wykazać, że takie rzekomo niezgodne z wymaganiami SIWZ obliczenie ceny istotnej części robót, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wynikający z przesunięcia wartości części robót pomiędzy poszczególnymi elementami kosztorysu ofertowego. Tymczasem, Zamawiający mylnie - na podstawie ogólnych wyjaśnień (de facto deklaracji) Odwołującego uznał, że do takich przesunięć wartości części robót doszło. Podniesiono, przy tym, że rozpatrując odrzucanie ofert z powodu uznania ich za czyn nieuczciwej konkurencji, należy mieć na względzie fakt, iż przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przewidują drogę sądową dochodzenia roszczeń z tego tytułu. Wątpliwa jest zatem możliwość jednoznacznego stwierdzenia przez zamawiającego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i podejmowania na tej podstawie decyzji o odrzuceniu oferty. Stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wymaga każdorazowo

dokładnej analizy zaistnienia znamion takiego czynu, co szczególnie w przypadku niedookreślonych przesłanek może być trudne
(W. Dzierżanowski, w: Stachowiak, Komentarz, s. 401). Można uznać, iż możliwości zamawiającego są w tym zakresie niewielkie (tak J. Pieróg, Komentarz do art. 89 ustawy PZP, Warszawa 2015, wyd. 13, Legalis). Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, nie przedstawił żadnych przekonywających dowodów na dopuszczenie się przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł następnie, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w przypadku stawiania zrzutu czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia miałby dopuścić się w określony sposób przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (tak wyrok SN z 11.10.2002 r., III CKN 271/01, przywołany też przez KIO w wyroku z 23 marca 2016 r., KIO 369/16).

Zamawiający w niniejszym Postępowaniu w ogóle takich ustaleń nie przeprowadził. Co bardziej istotne, zakwestionował jedynie sposób kalkulacji prac związanych z budową i rozbiórka mostu objazdowego, wskazując, że wzbudziła jego wątpliwość (stąd skierowanie wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny) wysokość zaoferowanej w tym zakresie ceny przez Odwołującego. Zamawiający podpierał się tutaj swoimi wyliczeniami. Fakt ewentualnego zaniżenia tej pozycji przez Odwołującego, czy innych wykonawców, których oferty zostały na tej samej podstawie prawnej odrzucone, i nieuprawnione stwierdzenie, że koszty związane
z zaniżeniem tych prac zostały przerzucone do innych pozycji Formularza ofertowego kosztorysowego, stanowią w ocenie Zamawiającego o czynie nieuczciwej konkurencji. Tymczasem, całkowicie pomija Zamawiający w swoim stanowisku fakt, że oferta konsorcjum INTOP zaoferowała w tej pozycji kwotę 6 029 185,98 zł, czyli prawie o prawie 190% powyżej średniej cen ofertowych wykonawców w tej pozycji.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum INTOP, Odwołujący wskazał, że:

Zaoferowanie przez konsorcjum INTOP jako wynagrodzenia ryczałtowego za budowę i rozbiórkę mostu tymczasowego tak wysokiej kwoty stanowi niewątpliwie czyn nieuczciwej konkurencji. Most tymczasowy służy bowiem do przeprowadzenia ruchu drogowego w czasie

rozbiórki i budowy mostu stałego. Jest to robota wykonywana na początku realizacji kontraktu, za którą też wykonawca otrzyma w pierwszej kolejności wynagrodzenie.

Konsorcjum INTOP znacznie (prawie dwukrotnie w stosunku do szacunkowej wartości określonej przez Zamawiającego) zawyżając wartość robót mostowych związanych z mostem objazdowym dokonuje wprost manipulacji stawkami kosztorysu (znacznie je zawyżając), dzięki czemu stwarza sobie sytuację, która mogłaby im umożliwić skredytowanie

przez Zamawiającego robót wykonywanych na późniejszych etapach realizacji zamówienia. Tak wprost uznała KIO w wyroku z 22 października 2014 r. (KIO 2046/14).

Brak wskazania zatem realnych kosztów wykonania prac związanych z mostem objazdowym konsorcjum INTOP potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanych pozycji. Takiego działania nie można - zdaniem Izby wyrażonej w ww. wyroku z 22.10.2014 r. - uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy uznać za wypełnienie podstaw do uznania, że dany wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący jako podstawę odrzucenia oferty konsorcjum INTOP wskazał naruszenie, jako wiodącego w tym zarzucie przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk"). Odwołujący przywołał przy tym orzecznictwo sądów powszechnych dotyczących ww. przepisu.

Odwołujący argumentował dalej, że oferta konsorcjum INTOP zawyżona prawie dwukrotnie w stosunku do szacunków Zamawiającego 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. Kluczowym jest tutaj aspekt ryczałtowego charakteru wynagrodzenia za te roboty mostowe, co może spowodować sytuację, że otrzymane w tym zakresie — zawyżone dwukrotnie — wynagrodzenie będzie stanowiło podstawę do kredytowania innych prac konsorcjum INTOP, co jest niedopuszczalne w regułach uczciwej konkurencji.

Złożenie przez konsorcjum INTOP takiej oferty prowadziło do naruszenia interesu innych przedsiębiorców występujących jako wykonawcy (oferenci) w tym podstępowaniu,

a także tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 uznk i jako takie stanowi samoistną nieuczciwą praktykę rynkową. Odwołujący przywołał w tym zakresie orzecznictwo Sądu Najwyższego, Krajowej Izby Odwoławczej.

Powyższe jest uzasadnione zwłaszcza w kontekście oświadczeń konsorcjum INTOP, który na wezwanie Zamawiającego z dnia 16.06.2016 r. w zakresie „rażącego zawyżenia" danej pozycji kosztorysowej, stwierdził, że odnosząc się do różnicy kwotowej jego ceny, a ceny szacunkowej określonej przez Zamawiającego *„nie posiada danych i informacji, w jaki sposób Zamawiający określił szacunkową cenę zamówienia w podanej przez niego wartości, stąd niemożliwe będzie odniesienie się do tej kwoty i jej wnikliwe przeanalizowanie. Ze względu na brak wiedzy w jaki sposób kalkulowali most objazdowy inni Wykonawcy nie jesteśmy w stanie odnieść się do przedstawionych procentów".* W kontekście takich lakonicznych wyjaśnień konsorcjum INTOP należy uznać, że takie wręcz uchylanie się przez konsorcjum INTOP od odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego miało też na celu uchylenia się od konieczności przedłożenia jakiejkolwiek szczegółowej kalkulacji potwierdzającej rzeczywistą możliwość wykonania prac za podane ceny jednostkowe w zakresie mostu objazdowego.

Odwołujący wskazał, że poprzez zastosowanie manipulacji cenami jednostkowymi z kosztorysu ofertowego, wykonawca konsorcjum INTOP już w momencie składania oferty ustawił się w pozycji korzystniejszej wobec innych wykonawców. Wycena poszczególnych pozycji kosztorysu powinna być bowiem realna, a za taką nie może być uznana sytuacja, w której cena za szereg wymaganych czynności kształtuje się na poziomie dwukrotnie wyższym niż szacunki Zamawiającego przy ryczałtowym charakterze tego wynagrodzenia.

Brak wskazania realnych kosztów potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie konsorcjum INTOP, który dokonał tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanych pozycji. Takiego działania nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Spełniona została takie druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art 3 ust 1 ww. ustawy, gdyż działanie Odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców. Nawet bowiem jeśli zaoferowali

stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, znaleźli się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji.

Odwołujący przywołując stanowisko KIO wyrażone w wyroku z 14 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2734/14), wskazał, że w niniejszym Postępowaniu właśnie mamy do czynienia z analogiczną sytuacją, w której konsorcjum INTOP celowo zawyżył znacznie wartość budowy i rozbiórki mostu objazdowego, mając w szczególności na uwadze, że prace

---

te będą wykonywane na początku. Tym samym chciał wykorzystać ten fakt w pozyskaniu - kosztem zamawiającego - dodatkowego przysporzenia majątkowego w postaci nierynkowego wynagrodzenia za wykonane prace. Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego zarzucając mu dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji powinien wziąć pod uwagę także ofertę konsorcjum INTOP. Jednocześnie zaakceptowanie przez Zamawiającego lakonicznych wyjaśnień wykonawcy konsorcjum INTOP potwierdza naruszenie przez Zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1324/16.

W dniu 18 lipca 2016 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Vistal Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni, 2) Vistal Infrastructure Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegających na: 1) odrzuceniu oferty Odwołującego; 2) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP poprzez błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, co skutkowało błędnym uznaniem, iż podlega ona odrzuceniu, pomimo iż złożona oferta odpowiada w całości treści SIWZ, w tym w szczególności stanowi jednoznaczne zobowiązanie Odwołującego do wykonania całości zamówienia w sposób określony w SIWZ;
2) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy PZP poprzez błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co skutkowało błędnym uznaniem, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo braku istnienia ku temu jakichkolwiek obiektywnych przesłanek, jak również pomimo braku ich wykazania przez Zamawiającego;
3) art. 7 ust 1 ustawy PZP poprzez pozbawione podstaw zarówno faktycznych jak i prawnych zróżnicowanie sposobu egzekwowania wymagań w stosunku do wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanej czynności wyboru oferty

---

najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w wyniku czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu niezgodnie z przepisami ustawy PZP oferta Odwołującego została odrzucona, co pozbawiło go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Odwołujący wskazał, iż:

Przedmiotowe zamówienie dotyczy robót budowlanych, przy czym przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego. Przedmiot zamówienia został opisany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych [dalej: „STWiORB").

Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane jest szczególnie sformalizowany, gdyż został odrębnie uregulowany w wydanym na podstawie delegacji art. 31 ust 4 ustawy PZP rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072, ze zm. - dalej: „Rozporządzenie").

Jednym z elementów dokumentacji projektowej jest przedmiar robót, zawierający

zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz ze szczegółowym ich opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych (§ 6 ust. 1 Rozporządzenia). Z kolei dla każdej pozycji przedmiaru robót należy podać między innymi numer specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, zawierającej wymagania dla danej pozycji przedmiaru, a także nazwę i opis oraz obliczenia ilości jednostek miary, które powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej (§ 10 ust 1 pkt 3 i 4 Rozporządzenia).

W przedmiotowym postępowaniu przedmiar robót stanowi element opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym istniała prawna i faktyczna możliwość obarczenia wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia na wykonawstwo robót budowlanych obowiązkiem sporządzenia kosztorysu, który miałby być podstawą do wyliczenia ceny oferty. Przy czym w tym stanie rzeczy sporządzenie takiego kosztorysu jako elementu treści składanej oferty było obowiązkiem Odwołującego, z uwagi na obmiarowy [kosztorysowy) charakter wynagrodzenia, skoro rozliczenie wykonanych robót ma nastąpić na podstawie obmiaru i cen jednostkowych poszczególnych pozycji robót podstawowych.

Elementem opisu przedmiotu zamówienia w przypadku robót budowlanych jest również STWiORB. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót [§ 12 Rozporządzenia). Określają one wymagany sposób wykonania przedmiotu zamówienia, a nie sposób wyceny poszczególnych pozycji przedmiaru czy sposób obliczenia ceny za całość robót budowlanych.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP zawarte w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty sprowadza się de facto do założenia, że przy kosztorysowym rozliczeniu robót wycena każdej pozycji przedmiarowej stanowi niejako odrębną ofertę, której zgodność z treścią SIWZ należy badać przez pryzmat tego, czy za taką cenę możliwe jest zrealizowanie zakresu prac objętych daną pozycją kosztorysową, przy uwzględnieniu wymaganych czynników cenotwórczych wynikających ze STWiORB. W ślad za tym pozostała część uzasadnienia została poświęcona wskazaniu i wykazaniu, które pozycje z kosztorysu ofertowego Odwołującego nie odpowiadają takiemu założeniu, gdyż ich wycena (cena jednostkowa) jest wyższa lub niższa od założeń poczynionych przez Zamawiającego. Tak sformułowane zarzuty stanowiące podstawę odrzucenia sprowadzają się z kolei do twierdzenia, że skoro według opisu sposobu obliczenia ceny oferty przy kalkulacji ceny danej pozycji robót należało uwzględnić koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszelkie koszty towarzyszące, a w STWiORB określono kategorie kosztów, które powinna obejmować cena jednostkowa, jeżeli wartość danej pozycji w ofercie nie pokrywa się z szacunkami dokonanymi przez Zamawiającego, oznacza to niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

W ocenie Odwołującego przyjęte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego rozumienie przesłanki odrzucenia oferty nie mieści się w zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, który omówiono powyżej. Wbrew temu, co zdaje się sugerować Zamawiający, kosztorysowe wynagrodzenie na etapie wykonania robót budowlanych nie zmienia tego, że oferta niepodzielnie dotyczy realizacji całości przedsięwzięcia budowlanego opisanego za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Stąd oferta może zostać uznana za niezgodną z SIWZ przede wszystkim wtedy, gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu (tak m.in. wyrok z dnia 6 listopada 2015 r. sygn. KIO

2291/15). Tymczasem uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie zawiera takiego zarzutu w stosunku do jego oferty.

Odwołujący wskazał na całkowitą bezpodstawność stanowiska zmierzającego do traktowania każdej pozycji kosztorysowej jakby była odrębną ofertą, którą można by uznać za niezgodną z treścią SIWZ, jeżeli nie pokrywa się z szacunkami poczynionymi przez Zamawiającego, co w konsekwencji miałoby prowadzić do uznania całej oferty za niezgodną z treścią SIWZ. Z uwagi na powyższe nie ma potrzeby rozstrzygania, czy cena jednostkowa w objętych szczegółowymi zarzutami Zamawiającego pozycjach kosztorysu ofertowego pokrywa się z szacunkami poczynionymi przez Zamawiającego czy też średnią arytmetyczną pozostałych ofert w zakresie tych pozycji, gdyż nawet wystąpienie takiej sytuacji nie przesądzałoby, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Stąd też wszelkie ewentualne twierdzenia, które miały by dowodzić tez zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w odniesieniu do pojedynczych pozycji kosztorysu, są bez znaczenia dla tej sprawy. Zaznaczyć przy tym należy, że zasadnicze argumenty podniesione w zakresie realności ceny oparte są na szacunku własnym Zamawiającego oraz wyniku przeprowadzonego przez Zamawiającego arytmetycznego porównania ofert złożonych w postępowaniu w zakresie wybranych pozycji kosztorysowych.

Znaczące odbieganie wyceny od swoich własnych szacunków Zamawiający stwierdził wyłącznie w stosunku do wybudowania i rozbiórki mostu objazdowego (cena w ofercie Odwołującego: 862.416,00 zł netto) rozbiórki i budowy przepustu (cena w ofercie Odwołującego: 1.496.344,00 zł netto), oraz niektórych cen jednostkowych w zakresie mostu stałego. Pozycje te nie mają zasadniczego znaczenia w skali całego zamówienia, które to zamówienie zostało w ofercie Odwołującego wycenione na kwotę 30.229.692,32 zł netto.

Odwołujący wskazał także, iż średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem ofert odrzuconych, wynosi 33.712.688,40 zł netto. Oferta Odwołującego na kwotę 30.229.692,32 zł netto jest niższa zaledwie o 10,33 % od średniej arytmetycznej ofert złożonych w Postępowaniu oraz jest niższa o zaledwie 7,66 % od oferty wybranej jako najkorzystniejsza, stąd też nie może być w tym przypadku mowy o braku realności ceny oferty Odwołującego.

Sformułowanego w pkt. 9.5 SIWZ wymogu realności ceny jednostkowej nie sposób natomiast rozpatrywać w oderwaniu od ceny za wykonanie całości zamówienia Poszczególne pozycje są bowiem wyceniane jako część składowa konkretnego zamówienia i nie stanowią odrębnych ofert W tym rozumieniu poszczególne ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie załączonym do oferty Odwołującego są cenami realnymi. W szczególności natomiast fakt zaistnienia różnic (nawet znacznych) w zakresie cen jednostkowych pomiędzy

szacunkiem zamawiającego czy też wyceną dokonaną przez pozostałych wykonawców nie może - jak chciałby Zamawiający - prowadzić do prostego i automatycznego przyjęcia twierdzenia o nierealności ceny jednostkowej. Przede wszystkim dotyczy to natomiast sytuacji, w której zarzut nierealności formułowany jest w związku z rzekomym zawyżeniem ceny. O realności ceny jednostkowej przesądza bowiem możliwość wykonania za tę cenę robót objętych pozycją kosztorysową, co niewątpliwie jest możliwe w przypadku ceny wyższej, niż wynikająca z szacunków Zamawiającego. W przedmiotowym stanie faktycznym przyjąć zatem należy, iż jeżeli realna jest cena za realizację całości zamówienia, to realne są również ceny jednostkowe, których sumę cena ta stanowi.

W analizowanym stanie faktycznym zamawiający dokonuje w istocie swobodnej oceny ofert, w oparciu o stricte subiektywne przesłanki, nie znajdujące jakiegokolwiek oparcia w SIWZ.

Odwołujący wskazał także, iż zamawiający nie sformułował w SIWZ jakikolwiek wytycznych co do maksymalnego lub minimalnego poziomu cen w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych lub etapów wykonania robót, co pozbawia go prawa do dokonywania oceny ofert w tym zakresie. Z postanowień SIWZ wynika jedynie, iż „cena oferty (w złotych) zostanie wyliczona przez Wykonawcę w formularzach wyceny ofertowej" (pkt. 9.1 SIWZ) oraz, iż „cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia” [pkt. 9.2 SIWZ).

Niezależnie od powyższego, Odwołujący w kwestii realności cen jednostkowych wskazanych w załączonym do oferty formularzu wyceny ofertowej wskazał, iż:
1) wycena mostu objazdowego została przez Zamawiającego uznana za realną, gdyż nie sformułował on w stosunku do niej zarzutu ceny rażąco niskiej;
2) przedmiotowe zamówienie nie może być wykonane należycie bez poniesienia również kosztów pośrednich, które to koszty Zamawiający pominął tworząc wzór formularza

wyceny ofertowej, przy czym do kosztów tych zaliczyć należy co najmniej:
• wykonanie inwentaryzacji przed rozpoczęciem robót;
• wykonanie dróg tymczasowych [technologicznych) i dojazdowych;
• obsługę geodezyjną wraz z dokumentacją;
• wykonanie dodatkowych badań geologicznych;
• wykonanie, utrzymanie i demontaż tymczasowej organizacji ruchu;
• zapewnienie kierowników budowy w specjalności inżynieryjnej mostowej, inżynieryjnej drogowej, sieci wodno - kanalizacyjnej, telekomunikacyjnej;
• zapewnienie inżyniera budowy, inżyniera ds. administracyjno rozliczeniowych;
• koszty BHP (szkolenia ogólne, stanowiskowe, sprzęt);

• koszty zorganizowania zaplecza budowy i jego utrzymania [kontenery, wyposażenie, koszty ochrony i energii elektrycznej);
• koszty nadzoru saperskiego, przyrodniczego (herpetologicznego i ornitologicznego), gestorów sieci;
• koszty finansowe - m.in. ubezpieczenie CAR oraz gwarancji należytego wykonania oraz usunięcia wad i usterek;
• koszty zabezpieczenia środowiska przyrodniczego [w tym m.in. przesiedlenia cennych przyrodniczo gatunków roślin i zwierząt
- które to koszty Odwołujący oszacował na kwotę 3.144.420,96 zł, przy czym ok. 15% tych kosztów musi zostać poniesiona jeszcze przed rozpoczęciem robót, kolejne 12% w ciągu pierwszego miesiąca ich wykonania. Ogółem, w okresie pierwszych sześciu miesięcy wykonywania zamówienia odsetek ww. kosztów do poniesienia wyniesie ponad 40%.

Podkreślono również, iż uwzględnienie kosztów nieujętych w formularzach było w świetle postanowień SIWZ nie tylko uprawnieniem, ale i obowiązkiem wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią pkt. 9.3 SIWZ wykonawca w cenie ofertowej „zobowiązany był ująć wszystkie koszty związane z realizacją robót, w szczególności wynikające z przedmiarów, STWiORB, dokumentacji projektowej i postanowień umowy".

W odpowiedziach na pytania (odpowiedzi Zamawiającego z dnia 13 maja 2016 r.) Zamawiający potwierdzał ten wymóg, nie wskazując jakichkolwiek wytycznych czy też ograniczeń co do sposobu ujęcia tych kosztów w formularzu. Brak jest zatem podstaw do formułowania takich zasad na obecnym etapie i wyciągania z tego faktu negatywnych konsekwencji względem wykonawców. Należy pamiętać, że na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego formułowania wymogów co do sposobu przygotowania oferty, w tym obliczenia ceny, zaś wszelkie niejasności należy rozpatrywać wyłącznie na korzyść wykonawców.

Niezależnie jednak od realności cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach formularza cenowego, wskazano, że Zamawiający formułuje względem oferty Odwołującego w istocie zarzut rażąco wysokiej ceny, który to zarzut nie znajduje jakichkolwiek podstaw prawnych. Ustawa nie przewiduje natomiast sytuacji, w której oferta mogłaby być odrzucona ze względu na zbyt wysoką cenę. Zamawiający wskazuje jedynie na fakt zaniżenia ceny za most objazdowy, co jednak nie stanowi ostatecznie podstawy odrzucenia oferty. Fakt ten nie mógłby stanowić takiej podstawy, albowiem po pierwsze most skalkulowany został w sposób zbliżony do innych wykonawców, zaś jedna z cen jednostkowych nie może być podstawą do postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do całej oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Odwołujący wskazał, iż:

W pkt. 9.2 SIWZ Zamawiający sformułował wymaganie, aby cena oferty obejmowała całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia. Na cenę oferty składać się miały natomiast ceny jednostkowe wskazane w formularzu wyceny ofertowej, przy czym w pkt. 9.7 SIWZ wprost sformułowano zakaz modyfikacji przez wykonawców treści tego formularza.

Zamawiający wezwał Odwołującego (pismem z dnia 16 czerwca 2016 r.) do wyjaśnienia treści złożonej oferty, w zakresie następujących pozycji formularza wyceny ofertowej:

1) wyceny mostu objazdowego, która to wycena w ocenie Zamawiającego została zaniżona w stosunku do szacunków przez niego przyjętych;
2) wyceny rozbiórki mostu stałego, w szczególności w zakresie:
• rozbiórki płyty ustroju niosącego;
• rozbiórki balustrady na obiekcie mostowym;
• rozbiórki bariery ochronnej na obiekcie mostowym;
- które to wyceny w ocenie Zamawiającego zostały zawyżone w stosunku do szacunków przez niego przyjętych;
3) wyceny rozbiórki i budowy przepustu w km 58+077, w szczególności w zakresie rozbiórki istniejącego przepustu, która to wycena w ocenie Zamawiającego została zawyżona w zakresie rozbiórki przepustu, natomiast zaniżona w zakresie jego budowy, w stosunku do szacunków przez niego przyjętych.

W powyższym zakresie Odwołujący złożył obszerne i szczegółowe wyjaśnienia (pismo z dnia 23 czerwca 2016 r.) w których podniósł w szczególności, iż:
1) cena mostu objazdowego została skalkulowana zgodnie z wymogami Zamawiającego i obejmuje wszystkie koszty wskazane w pkt. 9 STWiORB M.20.02.03 mosty objazdowe i nawodne. Ponadto wskazał, iż cena ta uwzględnia inne roboty konieczne oraz koszty pośrednie, niewskazane w STWiORB. Wskazał również na dostępne mu korzystne warunki realizacji zamówienia oraz wykazał, iż dokonana wycena pozwala na osiągnięcie zysku;
2) cena rozbiórki mostu stałego została skalkulowana w na podstawie i zgodnie ze STWiORB M.20.02.01, przy czym wyjaśnił również, iż w pozycji tej ujął część kosztów ogólnych określonych m.in. w ST DM.00.00.00 oraz kosztów, które zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego co do treści SIWZ należało ponieść (wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 13 maja 2016 r. - m.in. pytania 211, 212, 213, 219, 224, 259, 262,

283, 297, 299) ze względu na brak ryzyka niewystąpienia tych prac, oraz ze względu na brak przewidzianej dla tych kosztów odrębnej pozycji kosztorysowej;
3) ceny rozbiórki i budowy przepustu zostały skalkulowane na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz doświadczenia Odwołującego, z uwagi na nieudostępnienie w toku Postępowania STWiORB M.30.01.01, wskazując jednocześnie w sposób wyczerpujący i szczegółowy prace ujęte w tej cenie. Odwołujący wskazał również, iż cena rozbiórki przepustu zawiera dodatkowe koszty szczegółowo opisane w wyjaśnieniach Odwołującego, które to koszty należało ująć w cenie realizacji zamówienia, z uwagi na brak ryzyka ich niewystąpienia, oraz z uwagi na brak pozycji kosztorysowej dedykowanej dla tych kosztów.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający całkowicie pominął wskazane wyżej wyjaśnienia. Zamawiający w ogóle nie odniósł się także do podniesionej przez Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach kwestii konieczności poniesienia kosztów innych niż wskazanych w treści formularza wyceny ofertowej, jak również nie odniósł się do samego sposobu dokonania wyceny. Podkreślić bowiem należy, iż pozostali wykonawcy mogli i powinni kalkulować ofertę w podobny sposób. Działanie Odwołującego nie było bowiem bez wątpienia nastawione na zaburzenie uczciwej konkurencji, lecz wyłącznie na realizację zamówienia w sposób prawidłowy, przy uwzględnieniu wszelkich niezbędnych kosztów. Uzasadnienie to w całości bowiem sprowadza się do arytmetycznego porównania cen jednostkowych zawartych w ofercie Odwołującego ze średnimi arytmetycznymi cen jednostkowych w pozostałych ofertach. Z samego tylko wyniku działań arytmetycznych Zamawiający wyprowadził bowiem wniosek, iż sposób określenia cen jednostkowych przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wskazano, iż Zamawiający przeprowadził argumentację mającą uzasadniać odrzucenie oferty Odwołującego w sposób całkowicie oderwany o przesłanek uznania określonego działania za czyn nieuczciwej konkurencji, który to czyn zdefiniowany został w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm. - dalej: „UZNK") jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie wskazuje jednakże, w jaki sposób wynik działania arytmetycznego miałby prowadzić wprost do uznania danego czynu za czyn, o którym mowa w art. 3 ust-1 UZNK. Działanie to, jako wprost dopuszczone między innymi w odpowiedziach Zamawiającego na pytania wykonawców (wyjaśnienia Zamawiającego z dnia

pewnością nie jest bowiem sprzeczne z prawem jak również dobrymi obyczajami i jako takie narusza ono także interesu innego przedsiębiorcy ani też Zamawiającego.

Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że Odwołujący miałby dopuścić się czynu nieuczciwej konkurencji co prawda niestypizowanego, ale wypełniającego hipotezę klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 UZNK. Miałby on polegać na manipulowaniu stawkami kosztorysu przez ich zaniżenie niektórych w pozycjach przy jednoczesnym zawyżeniu wycen innych pozycji, dzięki czemu przy utrzymaniu ceny oferty na zbliżonym poziomie do innych wykonawców, Odwołujący zapewnił sobie nie tylko wyrównanie strat na pozycjach zaniżonych, ale faktyczne zaliczkowe wynagrodzenie, choć nie było ono przewidziane w SIWZ działając w ten sposób na szkodę innych wykonawców. Zamawiający nie wykazał, że miała miejsce zarzucana manipulacja zmierzająca do kredytowania robót wykonywanych na późniejszym etapie.

Żadne z postanowień SIWZ ani też wzoru umowy nie wskazują jednak, że Odwołujący może domagać się całości wynagrodzenia za czynności, których wycenę zakwestionował Zamawiający, na samym początku realizacji zamówienia. W szczególności natomiast § 3 ust. 2 wzoru umowy daje Zamawiającemu możliwość dokonywania zmian limitów finansowych na dany rok, zgodnie z § 4 ust. 1 tej samej umowy wynagrodzenie rozliczane jest nie częściej, niż raz w miesiącu, na kwotę ustaloną w zestawieniu wykonanych robót, natomiast § 4 ust 12 w zw. z § 8 ust 1 przyznaje wprost Zamawiającemu prawo do jednostronnego zmniejszania bądź zwiększania a nawet zaniechania robót objętych kosztorysem, przy równoczesnej modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy. Wskazywanie na jakąkolwiek możliwość zaliczkowania robót przyszłych poprzez manipulację cenami jednostkowymi jest zatem całkowicie bezpodstawne.

Przypisanie czynu nieuczciwej konkurencji nie może opierać się na czystej spekulacji, a taką jest zakładanie przez Zamawiającego, co uczyni Odwołujący na etapie realizacji zamówienia. Zarzut zaliczkowania jest bowiem całkowicie nieuzasadniony w świetle przywołanych powyżej postanowień umowy.

Podkreślono, że zbyt wysoka (w ocenie Zamawiającego) cena wskazana w niektórych pozycjach formularza ofertowego nie może sama w sobie stanowić przesłanki do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji podczas gdy brak jest podstaw do uznania, iż cena ta jest zawyżona na skutek ujęcia w niej kosztów z innych pozycji kosztorysu. Tymczasem zamawiający nie wykazał, jakoby pozostałe pozycje kosztorysu miałyby być zaniżone.
W istocie odpowiadają one bowiem stawkom wskazanym w pozostałych ofertach.

Uzasadniając odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nawet nie zadał sobie trudu zidentyfikowania dobrych obyczajów, które miałyby zostać w tym przypadku naruszone. Natomiast błędnie zdaje się utożsamiać sam fakt złożenia konkurencyjnej oferty w stosunku do ofert pozostałych wykonawców za naruszenie dobrych obyczajów. Trudno bowiem zaprzeczyć, że łączna cena oferty Odwołującego nie odbiega od poziomu cen ofert złożonych w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, iż powyższa podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego opiera się ponownie na założeniu, że ceny jednostkowe zakwestionowanych pozycji dotyczące objętych nimi prac stanowią niejako odrębne oferty. Założenie to jest nie tylko oczywiście błędne, jak wskazano już powyżej, ale i nieuprawnione, gdyż usługą sprzedawaną Zamawiającemu przez Odwołującego w tym postępowaniu jest wykonanie obiektu budowlanego, a nie poszczególnych prac składających się na osiągnięcie tego rezultatu. W przypadku zamówienia na roboty budowlane mamy bowiem do czynienia z tzw. umową rezultatu, czyli zobowiązaniem wykonawcy do osiągnięcia rezultatu opisanego w dokumentacji projektowej za wynagrodzeniem określone w ofercie. Co istotne, w reżimie zamówień publicznych rezultat, który ma być osiągnięty, musi być dokładanie opisany w sposób wynikający z art. 31 ust. 1 ustawy PZP (z uwzględnieniem przywołanych powyżej przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy PZP] i nie może

ulegać zasadniczym zmianom, niezależnie od charakteru wynagrodzenia umownego, gdyż nie byłoby to już to samo zamówienie. Jak już powyżej wskazano, jednym z elementów dokumentacji projektowej jest przedmiar robót, zawierający zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz ze szczegółowym ich opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Z kolej dla każdej pozycji przedmiaru robót należy podać między innymi nazwę i opis oraz obliczenia ilości jednostek miary, które powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej. Rozliczenie kosztorysowe według cen jednostkowych nie oznacza, że zakres ostatecznie zrealizowanych prac może znacząco odbiegać od zakresu przewidywanego na etapie udzielenia zamówienia (tak m.in. wyrok z dnia 6 listopada 2015 r. sygn. KIO 2291/15).

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, Odwołujący wskazał, iż:
Przekazane przez Zamawiającego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazuje na wybór oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców INTOP Warszawa Sp. z

o.o. (lider], INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o. (partner] oraz TRAKCJA PRKiL S.A. (partner) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.
Oferta złożona przez ww. konsorcjum stanowiła - podobnie jak oferta Odwołującego - przedmiot wezwania do wyjaśnień (pismo Zamawiającego z dnia 16 czerwca 2016 r.) w zakresie zawyżenia ceny jednostkowej budowy i rozbiórki mostu objazdowego.
W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego (pismo konsorcjum z dnia 22 czerwca 2016 r. znak JW/PS/046/16/Warta) wyjaśniono, iż w pozycji tej „ujęto większą część kosztów pośrednich wynikających z prowadzenia budowy ze względu na brak ryzyka niewystąpienia tych kosztów" oraz wyjaśniono, iż wykonawca zakłada funkcję mostu dojazdowego jako „pomocniczą w realizacji mostu docelowego".
Przedstawiony powyżej sposób wyceny jednej z pozycji kosztorysowej, polegający na przyjęciu przez wykonawcę ceny istotnie wyższej niż oszacowana przez Zamawiającego, jak również sformułowane wprost w złożonych wyjaśnieniach stwierdzenie, iż cena ta pełni funkcję pomocniczą w realizacji kolejnego etapu robót, nie spotkał się z negatywną reakcją ze strony Zamawiającego. W szczególności Zamawiający nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez ww. konsorcjum w oparciu o przesłankę niezgodności z treścią SIWZ jak również nie stwierdził, jakoby jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.
W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując w oparciu o te same przesłanki zróżnicowania sytuacji prawnej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób istotny naruszył jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy PZP zasadę równego traktowania wykonawców.
Ze wskazanej wyżej zasady wynika bowiem obowiązek Zamawiającego do egzekwowania od wykonawców wymagań na tych samych warunkach i w ten sam sposób. Zasada ta nie pozwala faworyzować bądź dyskryminować wykonawców z jakiegokolwiek powodu. Jej przestrzeganie polega natomiast na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Jest on związany wymogami stawianymi wykonawcom i musi je jednakowo stosować wobec nich.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań.
Zamawiający przedstawił stan faktyczny sprawy, opisał dokonane czynności wezwań oraz wskazał:
1) W odniesieniu do Odwołującego – PORR, że:
W przedstawionych wyjaśnieniach Odwołujący skupił się głównie na opisywaniu swojego przedsiębiorstwa, doświadczenia, potencjału, a także wyjaśnieniu, czym jest

tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący potwierdził, iż określone elementy kosztorysu danych robót mogły zostać ujęte w innych pozycjach. Zamawiający, w głównej mierze, ograniczył się do powtórzenia treści podanej

w uzasadnieniu odrzucenia oferty, oraz informacji zawartych przy opisie stanu faktycznego i czynności wezwania do złożenia wyjaśnień.
2) W odniesieniu do Odwołującego – konsorcjum Vistal, że:

W przedstawionych wyjaśnieniach Odwołujący skupił się głównie na opisywaniu swojego przedsiębiorstwa, doświadczenia, potencjału. Jednocześnie, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący sam przyznał, iż jego wycena kosztu mostu objazdowego jest faktycznie niska. Ponadto, Odwołujący przyznał, że w zakresie kosztów rozbiórki mostu uwzględnił bardzo szeroki zakres kosztów potwierdzając tym, iż dokonał tego z uwagi na chęć pozyskania w ten sposób bieżącego finansowania budowy, bez konieczności uciekania się do kredytu.

Zamawiający, w głównej mierze, ograniczył się do powtórzenia treści podanej w uzasadnieniu odrzucenia oferty, oraz informacji zawartych przy opisie stanu faktycznego i czynności wezwania do złożenia wyjaśnień.
3) W odniesieniu do wykonawcy konsorcjum INTOP, że:

Jakkolwiek faktycznie w stosunku do pozostałych wyjaśnień pismo zawierające wyjaśnienia jest relatywnie mało obszerne, jednak należy zwrócić uwagę na fakt, iż dotyczy onno innego przedmiotu – a mianowicie wyjaśnienia wysokości ceny (a nie jej zaniżenia). W ocenie Zamawiającego przedstawione wyjaśnienia były wystarczające dla dokonania weryfikacji oferty wykonawcy. Jednocześnie Zamawiającego wskazał, że wykonawca uwzględnił w cenie okres wykorzystania mostu objazdowego, dodatkowo potwierdził, żę uwzględnił w przedmiotowym koszcie koszty ogólne (a nie elementy wyceny innych Robót), wymagane przez Zamawiającego na tym etapie realizacji robót dotyczących tego asortymentu robót.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający wskazał m.in., że przesunięcia między pozycjami kosztów mogą prowadzić do sytuacji, iż wynagrodzenie łączne będzie wyższe niż w przypadku ofert, w których w sposób rzeczywisty określono ceny jednostkowe za poszczególne pozycje w kosztorysie ofertowym. Podwyższenie cen jednostkowych w niektórych pozycjach może spowodować, że Zamawiający będzie zapłaty do wyższego wynagrodzenia niż wynagrodzenie faktycznie należne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Zamawiający wskazał m.in., że czynem nieuczciwej konkurencji jest takie przygotowanie oferty, dzięki której

wykonawca uzyskuje niezasadnie przewagę na innymi oferentami. W danym przypadku chodzi o sytuację, w której wykonawca, który dokona rzetelnej i zgodnej z SIWZ wyceny prac, będzie na gorszej pozycji, niż wykonawca, który w celu pozyskania tańszego finansowania dokona wyceny prac niezgodnie z SIWZ, tak by szybciej otrzymać środki finansowe, w dodatku nieadekwatne do wartości zrealizowanych prac. Zamawiający wskazał przy tym, że Odwołujący konsorcjum Vistal wskazał, iż jego intencją dla ustalenia takiego, a nie innego poziomu kosztów danej pozycji było uniknięcie konieczności kredytowania, gdzie jednocześnie w stosunku do Odwołującego PORR taki sam wniosek da się wyprowadzić z przedstawionej dokumentacji.

Zamawiający zaprzeczył, jakoby na skutek udzielonych odpowiedzi dopuścił możliwość przenoszenia kosztów z jednej pozycji na inne. Odwołujący konsorcjum Vistal skupia się na niepodzielności świadczenia z umowy o roboty budowlane, pomijając praktykę i realia rynkowe, a także finansowe korzyści dla danego wykonawcy płynące z faktu zawyżenia wartości prac na wstępnym etapie realizacji umowy. Podniesiono również, że niezasadna jest próba uznania przez Odwołującego PORR, że wszystkie ewentualne przeszacowania
i niedoszacowania Zamawiający powinien rozważać jako Ryzyko Wykonawcy – Zamawiający bowiem w pierwszej kolejności powinien brać pod uwagę swoje ryzyka i konsekwencje takiego, a nie innego sformułowania oferty.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający wskazał, że cena nie była jedynym kryterium oceny ofert, stąd sama okoliczność, że wykonawca zaoferował niższą cenę, a Zamawiający taką ofertę odrzucił nie może prowadzić do trafności zarzutu o naruszeniu jakichkolwiek przepisów ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił jednocześnie, że postepowanie prowadzone było z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślono, że zarzuty w tym zakresie są ogólnej natury, sprowadzają się do polemiki, natomiast Zamawiający w równym stopniu domagał się

wyjaśnień w sprawie wszystkich budzących wątpliwości ofert, stosował także te same reguły dla wszystkich wykonawców od początku do końca postępowania.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili:

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu 3) Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie - do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1315/16 oraz KIO 1324/16, po stronie Zamawiającego.

Wykonawca PORR Polska Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie – do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1324/16, po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników. Przystępujący zajęli stanowiska i przedstawili argumentację zgodnie z kierunkiem zgłoszonych przystąpień.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zakres inwestycji obejmuje w szczególności wykonanie następujących robót budowlanych:

rozbiórkę i budowę mostu przez rzekę Wartę, −

− budowę mostu tymczasowego wraz z budową tymczasowej drogi objazdowej na czas rozbiórki i budowy mostu stałego przez rzekę Wartę,

rozbiórkę i budowę jezdni drogi wojewódzkiej wraz z poboczami, −

budowę chodników, −

rozbiórkę przepustu oraz zamulenie (przebudowę) przepustu, −

budowę przepustu na rowie R-B z funkcją przejścia dla płazów i małych zwierząt oraz −

budowę przepustu tymczasowego wraz z dojazdami na czas robót budowlanych na przepuście stałym,

rozbiórkę i budowę kanalizacji deszczowej wraz z urządzeniami oczyszczającymi − wody opadowe,

rozbiórkę i budowę zjazdów, −

umocnienie dna doliny rzeki w rejonie filarów mostu stałego oraz wykonanie opaski − brzegowej,

przebudowę sieci teletechnicznej. −

Szczegółowe określenie zakresu przedmiotu zamówienia zawarte jest w Tomie III SIWZ.

W Rozdziale 8 SIWZ – Opis sposobu przygotowania ofert – w pkt 8.3.3., Zamawiający określił, że do oferty winien został dołączony kosztorys ofertowy (Formularz Wyceny Ofertowej dla każdego zadania).

W Rozdziale 9 SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny – Zamawiający określił, że: „9.1. Cena oferty (w złotych) zostanie wyliczona przez Wykonawcę w Formularzach wyceny ofertowej, które zostały umieszczone w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ – plik pod nazwą FWO.

9.2. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zadania, z uwzględnieniem należnego podatku VAT obowiązującego na dzień składania ofert.
9.3. Wykonawca w cenie ofertowej dla przedmiotu zamówienia powinien ująć wszystkie koszty związane z realizacją robót, w szczególności wynikające z przedmiarów, STWiORB, dokumentacji projektowej i postanowień umowy.
9.5. Cena oferty i ceny jednostkowe (w tym ceny netto) muszą być wyrażone w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i dla wszystkich pozycji podanych w Formularzu wyceny ofertowej. Ceny jednostkowe (w tym ceny netto) powinny być realne. Cena jednostkowa musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów dla tej pozycji. Elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji i związanych z tym kosztów nie można przenosić do innych pozycji Formularza wyceny ofertowej”.

W pkt 4.6.1 – Informacja o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia – Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, tj. wykonania konstrukcji obiektu mostowego.

Pismem z dnia 13 maja 2016 r., Zamawiający w odpowiedzi na pyt. 58, w którym wniesiono o zmianę jednostki rozliczeniowej za wykonanie mostu tymczasowego z „m2" na „ryczałt", Zamawiający wskazał, że: „Zmienia się z „m2" na „ryczałt".

Pismem z dnia 13 maja 2016 r., Zamawiający w odpowiedzi na pytania nr:
− 211 dotyczące potwierdzenia ujęcia w wycenie nadzoru herpetologa i wskazania pozycji kosztorysowej, w której należy ująć koszty z tym związane,
212 dotyczące potwierdzenia, że wykonawca powinien zawrzeć w cenie ofertowej − koszty związane z zakładaniem pułapek oraz przenoszenia płazów i wskazania pozycji kosztorysowej, w której należy ująć koszty z tym związane,
213 dotyczące potwierdzenia, że wykonawca powinien w wycenie zawrzeć koszty − związane z zabezpieczeniem budowy oraz zaplecza przy pomocy specjalnych siatek wygradzających i wskazania pozycji, w której należy ująć koszty z tym związane,
219 dotyczące zawarcia w wycenie kosztów związanych z nadzorem ze strony − gestorów sieci i wskazania pozycji, w której należy uwzględnić wycenę robót,
224 dotyczące wskazania pozycji kosztorysowej, w której należy wycenić koszty − związane z przesiedleniem cennych przyrodniczo gatunków roślin i zwierząt,

259 dotyczące podania pozycji kosztorysowej, w której należy uwzględnić − ewentualne koszty uzyskania zatwierdzenia projektów technologicznych,
262 dotyczące pozycji kosztorysowej w jakiej należy uwzględnić sondowanie w − miejscach zaprojektowanych łat fundamentowych celem rozpoznania geologicznego,
283 dotyczącej pozycji kosztorysowej w jakiej należy ująć koszt wprowadzenia, − utrzymania i likwidacji tymczasowej organizacji ruchu,
297 dotyczące ST DM.00.00.00 Wymagania ogólne, punkt 1.5.2. strona 10 i dodania − pozycji kosztorysowej „A. Wymagania ogólne", o której mowa w tym punkcie, a w której należy zawrzeć koszt opracowań wykonawcy,
299 dotyczące ST DM 00.00.00 Wymagania ogólne punkt 1.5.15 i potwierdzenia, − że od wykonawcy będzie wymagane przeszukanie saperskie terenu budowy i należy je wkalkulować w cenę oferty,
Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż koszty objęte treścią pytań należy ująć w cenie kontraktowej.

Wykonawca PORR Polska Infrastructure S.A. złożył ofertę z kwotą brutto w wysokości 32.948.482,54 zł. W formularzu wyceny ofertowej w pozycji 1. Część mostowa - most objazdowy, wykonawca podał kwotę 1.278.420,82 zł.

Wykonawca PORR wskazał w ofercie w pkt 9, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców w następującym zakresie: „Wszystkie roboty, z wyjątkiem wykonania konstrukcji obiektu mostowego".

Wykonawca konsorcjum INTOP złożył ofertę z kwotą brutto w wysokości 32.738.582,82 zł. W Formularzu wyceny ofertowej w pozycji 1. Część mostowa - most objazdowy, wykonawca podał kwotę 6.029.185,98 zł.

Wykonawca konsorcjum Vistal złożył ofertę z kwotą brutto w wysokości 30.229.708,79 zł. W formularzu wyceny ofertowej w pozycji 1. Część mostowa - most objazdowy, konsorcjum Vistal podało kwotę 862.416,00 zł. W formularzu wyceny ofertowej w pozycji 1. Część mostowa – roboty rozbiórkowe, konsorcjum Vistal podało kwotę 1.723.379,67 zł. W formularzu wyceny ofertowej w pozycji 2. Rozbiórka i budowa przepustu, konsorcjum Vistal podało kwotę 1.496.344,00 zł.

Pismem z dnia 16 czerwca 2016 r., Zamawiający działając w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia, czy złożona przez wykonawcę oferta, a w szczególności niektóre jej elementy, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz

czy jej treść uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwrócił się do wykonawcy PORR o udzielenie wyjaśnień w następującym zakresie:
1. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyceny mostu objazdowego, w szczególności w zakresie:
a) Oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy,
b) Pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający wskazał w wezwaniu m.in., że:

Cena netto za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego zaproponowana przez wykonawcę, a więc 1.278.420,82 zł stanowi zaledwie 39,58% szacunkowej wartości zamówienia ustalonej na 3.229.830,00 zł oraz 38,56% średniej ze złożonych w postępowaniu ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy. Zamawiający podkreślił, że średnia cena netto za ten zakres robót wyliczona ze złożonych ofert stanowi kwotę niemal tożsamą z szacunkową wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego.

Projekt budowlany wraz ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych M.20.02.00 (Mosty objazdowe) M.20.02.02 (Mosty objazdowe „nadwodne) szczegółowo definiują zakres robót niezbędnych dla wykonania i ustalenia ceny za wykonanie i rozbiórkę mostu objazdowego (tymczasowego) w ciągu drogi objazdowej na czas rozbudowy (przebudowy) mostu nad rzeką Wartą.

W pkt 9 SIWZ przesądził, że wykonawca w cenie ofertowej dla przedmiotu zamówienia powinien ująć wszystkie koszty związane z realizacją robót, w szczególności wynikające z przedmiarów, STWIORB, dokumentacji projektowej i postanowień umowy. STWIORB w pkt 9 (Podstawa płatności) stanowi, że cena za wykonanie i rozbiórkę mostu objazdowego winna obejmować:

zapewnienie niezbędnych czynników produkcji, −
wykonanie inwentaryzacji miejsc lęgowych wraz z raportem, −
prace pomiarowe, −
− opracowania technologiczne i projektowe uzgodnione z Projektantem,
wykonanie próbnych obciążeń pali, −
wykonanie badań geotechnicznych podłoża w osi przyczółków, −
opracowanie projektu mostu tymczasowego wg propozycji wykonawcy z wszelkimi − uzgodnieniami, utrzymania objazdu i mostu w umownym okresie w pełni sprawności,
wbicie pali rurowych oraz − ścianek szczelnych,

wykonanie przyczółków, −
wykonanie ustroju niosącego oraz bieżące utrzymanie (w tym zabezpieczenie − przeciwpożarowe) i likwidacja usterek w trakcie eksploatacji,
umocnienie skarp przyczółkowych, −
oczyszczenie dna rzeki i uzyskanie certyfikatu czystości dna na długości po 50 m od − osi mostu przez uprawnionego nurka,
rozbiórkę mostu z usunięciem ścianek szczelnych i pali oraz wszystkich materiałów, − sprzętu i urządzeń,
− uporządkowanie terenu z przywróceniem jego stanu pierwotnego po zakończeniu robót.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że budzi wątpliwości możliwość wykonania, utrzymania i rozbiórki mostu objazdowego o podanych wyżej parametrach i zakresie za cenę zaoferowaną przez wykonawcę.

Wykonawca PORR złożył wyjaśniania, załączając jednocześnie kosztorysy ofertowe. Całość Odwołujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 16 czerwca 2016 r., Zamawiający działając w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia, czy złożona oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, wezwał wykonawcę konsorcjum INTOP do złożenia wyjaśnień, na jakiej podstawie wykonawca przyjął i jakie koszty, wykonawca ujął w cenie budowy i rozbiórki mostu objazdowego.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że cena netto za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego zaproponowana przez wykonawcę, a więc 16.029.185,98 zł stanowi aż

186,67% szacunkowej wartości zamówienia ustalonej na 3.229.830,00 zł oraz 181,85 średniej ze złożonych w postępowaniu ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy. Zamawiający podkreślił, że średnia cena netto za ten zakres robót wyliczona ze złożonych ofert stanowi kwotę niemal tożsamą z szacunkową wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazując na projekt budowlany oraz treść SIWZ (analogicznie, jak w wezwaniu Odwołującego) wskazał, że budzi wątpliwości tak wysoka cena za budowę i rozbiórkę mostu objazdowego, w sytuacji, gdy inni wykonawcy zaoferowali ceny znacznie niższe, a cena za budowę mostu stałego jest jedynie dwukrotnie wyższa od mostu objazdowego.

Wykonawca INTOP w złożonych wyjaśnieniach, odnosząc się do różnicy kwotowej przedstawionej w piśmie, tj. pomiędzy ceną Wykonawcy, a wartością zamówienia ustaloną

przez Zamawiającego, wskazał, że: *„nie posiada danych i informacji, w jaki sposób Zamawiający określił szacunkową cenę zamówienia w podanej przez niego wysokości, stąd niemożliwe będzie odniesienie się do tej kwoty i jej wnikliwe przeanalizowanie. Ze względu na brak wiedzy w jaki sposób kalkulowali most objazdowy inni Wykonawcy nie jesteśmy w stanie odnieść się do przedstawionych procentów. Koszty mostu objazdowego w naszej ofercie zostały skalkulowane w sposób należyty. Prawdopodobnie różnica wynika z dodatkowo przyjętych w tej pozycji kosztów dokupienia brakujących elementów mostu objazdowego posiadanego przez Wykonawcę. Dodatkowo w tej pozycji ujęto większą część kosztów pośrednich wynikających z prowadzenia budowy ze względu na brak ryzyka nie wystąpienia tych prac, zmiany ilości oraz ze względu na ryczałtowy charakter pozycji. Dodatkowo Wykonawca zakłada koszty wynikające z użytkowania mostu objazdowego oraz jego funkcję pomocniczą w realizacji mostu docelowego”.*

Pismem z dnia 16 czerwca 2016 r. Zamawiający, działając w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia, czy złożona przez wykonawcę oferta, a w szczególności niektóre jej elementy, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy jej treść uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwrócił się do konsorcjum Vistal o udzielenie wyjaśnień w następującym zakresie:

1. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyceny mostu objazdowego, w szczególności w zakresie:

a) Oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy,

b) Pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający wskazał w wezwaniu m.in., że:

Cena netto za wybudowanie i rozbiórkę mostu objazdowego zaproponowana przez wykonawcę, a więc 862.416,00 zł stanowi zaledwie 26,70% szacunkowej wartości zamówienia ustalonej na 3.229.830,00 zł oraz 26,1% średniej ze złożonych w postępowaniu ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy. Zamawiający podkreślił, że średnia cena netto za ten zakres robót wyliczona ze złożonych ofert stanowi kwotę niemal tożsamą z szacunkową wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego.

Projekt budowlany wraz ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych M.20.02.00 (Mosty objazdowe) M.20.02.02 (Mosty objazdowe „nadwodne) szczegółowo definiują zakres robót niezbędnych dla wykonania i ustalenia ceny za

wykonanie i rozbiórkę mostu objazdowego (tymczasowego) w ciągu drogi objazdowej na czas rozbudowy (przebudowy) mostu nad rzeką Wartą.

W pkt 9 SIWZ przesądził, że wykonawca w cenie ofertowej dla przedmiotu zamówienia powinien ująć wszystkie koszty związane z realizacją robót, w szczególności wynikające z przedmiarów, STWIORB, dokumentacji projektowej i postanowień umowy. STWIORB w pkt 9 (Podstawa płatności) stanowi, że cena za wykonanie i rozbiórkę mostu objazdowego winna obejmować:

zapewnienie niezbędnych czynników produkcji, −

− wykonanie inwentaryzacji miejsc lęgowych wraz z raportem,
prace pomiarowe, −
opracowania technologiczne i projektowe uzgodnione z Projektantem, −
wykonanie próbnych obciążeń pali, −
− wykonanie badań geotechnicznych podłoża w osi przyczółków,
opracowanie projektu mostu tymczasowego wg propozycji wykonawcy z wszelkimi −
uzgodnieniami, utrzymania objazdu i mostu w umownym okresie w pełni sprawności,
wbicie pali rurowych oraz − ścianek szczelnych,
wykonanie przyczółków, −
wykonanie ustroju niosącego oraz bieżące utrzymanie (w tym zabezpieczenie −
przeciwpożarowe) i likwidacja usterek w trakcie eksploatacji,
umocnienie skarp przyczółkowych, −
oczyszczenie dna rzeki i uzyskanie certyfikatu czystości dna na długości po 50 m od −
osi mostu przez uprawnionego nurka,
rozbiórkę mostu z usunięciem ścianek szczelnych i pali oraz wszystkich materiałów, −
sprzętu i urządzeń,
uporządkowanie terenu z przywróceniem jego stanu pierwotnego po zakończeniu −
robót.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że budzi wątpliwości możliwość wykonania, utrzymania i rozbiórki mostu objazdowego o podanych wyżej parametrach i zakresie za cenę zaoferowaną przez wykonawcę.

2) Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie wykonawca przyjął i jakie koszty, wykonawca ujął w cenie rozbiórki mostu stałego, w szczególności z odniesieniem się szczegółowo do pozycji:

a) Poz. 2 – rozbiórka płyty ustroju niosącego,

b) Poz. 5 – rozbiórka balustrady na obiekcie mostowym,

c) Poz. 6 – rozbiórka bariery ochronnej na obiekcie mostowym.

Zamawiający przytoczył w wezwaniu część kosztorysu z oferty wykonawcy na roboty rozbiórkowe mostu stałego opisane w STWiORB M.20.02.01, i wskazał, że budzi wątpliwość wysokość cen jednostkowych, a zatem i wynagrodzenia za roboty polegające w szczególności na rozbiórce płyty ustroju niosącego, balustrady i bariery ochronnej na obiekcie mostowym, a w konsekwencji wynagrodzenie za roboty rozbiórkowe. Zamawiający podkreślił w wezwaniu, że wskazane ceny jednostkowe są nawet kilkukrotnie wyższe od cen za wykonanie budowy, a nie rozbiórki podobnych elementów mostu stałego, a więc za wykonanie czynności obejmujących koszty materiałów i to o znacznej wartości oraz wymagających znacznie większej pracochłonności.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że przeprowadzona analiza wskazanych w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych robót rozbiórkowych i ceny za całość tych robót w odniesieniu do rozbiórki mostu stałego wskazuje, że odbiegają one w istotnym zakresie od cen zaoferowanych przez innych wykonawców i przekraczają one w niektórych przypadkach wartość robót nowych. Zamawiający wskazał, że cena za te roboty stanowi aż 301,67% szacunkowej wartości zamówienia i aż 468,12% średniej z ofert wszystkich wykonawców.

3) Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie wykonawca przyjął i jakie koszty, wykonawca ująć w cenie rozbiórki i budowy przepustu w km 58+077, w szczególności z odniesieniem się szczegółowo do pozycji 18 – rozbiórka istniejącego przepustu.

Zamawiający wskazał, że rozbiórka przepustu została szczegółowo opisana w projekcie budowlanym i STWiORB M.30.01.01 (Rozbiórka istniejącego przepustu). Zamawiający wskazał, że wykonawca zaoferował wykonanie samej rozbiórki za kwotę 930.316,47 zł netto, gdy łącznie za budowę i rozbiórkę zaproponował cenę w wysokości 1.496.344,00 zł netto. Zamawiający wskazał, że oznacza to, iż wykonawca zaoferował budowę przepustu za znacznie niższą cenę niż cenę niż za wykonanie cen rozbiórkowych, a są to czynności nie tylko znacznie bardziej pracochłonne, ale przede wszystkim wymagające wbudowania materiałów i to o znacznej wielkości. Zamawiający wskazał, że rozbierany przepust jest przepustem rurowym o średnicy 1,3 m, a budowany przepust jest przepustem o znacznie większym – o przekroju 2,62x4,06 m wykonanym z falistych arkuszy blach stalowych. Zamawiający wskazał, że budzi wątpliwość wysokość tej ceny, a w konsekwencji

całkowite wynagrodzenie za roboty rozbiórkowe i budowę przepustu. Zamawiający wskazał, że przeprowadzona analiza wskazanej w kosztorysie ofertowym ceny za roboty rozbiórkowe i ceny za całość robót w odniesieniu do rozbiórki i budowy przepustu wskazuje, że odbiegają one w istotnym zakresie od cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Zamawiający

wskazał, że cena za te roboty zaproponowana przez wykonawcę stanowi, aż 207,64% szacunkowej wartości zamówienia i aż 468,12% ceny stanowiącej średnią z ofert wszystkich wykonawców.

Pismem z dnia 23 czerwca 2016 r., konsorcjum Vistal złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego.

W zakresie mostu objazdowego wykonawca wskazał m.in., że cena jest zgodna z pkt 9 SIWZ, tj. zawiera wszystkie koszty związane z realizacją robót oraz jest zgodna z pkt 9 STWiORB M.20.02.03. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach na posiadane doświadczenie, potencjał techniczno-materiałowy, potencjał kadrowy, założenia technologiczne, kalkulację ceny.

W zakresie kosztów rozbiórki mostu stałego, wykonawca wskazał, że skalkulował koszty na podstawie i zgodnie z STWiORB M.20.02.01 oraz zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wykonawca wyjaśnił jednocześnie, że w poz. 2 – rozbiórka płyty ustroju niosącego, ujął część kosztów dostosowania się do wymagań kontraktu określonych m.in. w ST DM.00.00.00 Wymagania Ogólne, związanych m.in. z:

Kosztami dostosowania się do wymagań Decyzji o − Środowiskowych Uwarunkowaniach nr GKMiOŚ.6220.9.2014/2015.2 z dnia 28 kwietnia 2015 r. (zgodnie z DM.00.00.00 punkt 1.5.5), w tym m.in.:

Zapewnienia nadzoru przyrodniczego, w szczególności herpetologicznego i − ornitologicznego (odpowiedź na pytanie 211, DM.00.00.00 punkt 1.5.16),

Przesiedlenia cennych przyrodniczo gatunków roślin i zwierząt (odpowiedź na − pytanie 224),

Odłowienia i przeniesienia płazów z oczka wodnego oraz zakładanie pułapek i − przenoszenie płazów (odpowiedź na pytanie 212, DŚU II.1.35),

Zastosowania siatek wygradzających (odpowiedź na pytanie 213), −

Kosztami zapewnienia nadzoru gestorów sieci w trakcie prowadzenia prac − związanych z przebudową kolizji istniejących sieci (odpowiedź na pytanie 219),

Uzyskaniem zatwierdzenia Projektów Technologicznych przez Projektanta − (odpowiedź na pytanie 259),

− Wykonaniem sondowań geotechnicznych przed wykonaniem robót (odpowiedź na pytanie 262),

Wprowadzeniem, utrzymaniem i likwidacją tymczasowej organizacji ruchu − (odpowiedź na pytanie 283),

Wykonaniem Opracowań Wykonawcy (odpowiedź na pytanie 297; DM.00.00.00 − punkt 1.5.2), 37

Wykonaniem przeszukania saperskiego terenu budowy (odpowiedź na pytanie 299, − DM.00.00.00 punkt 1.5.15).

Wykonawca wskazał, że zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na pytania wykonawców dotyczących treści SIWZ (m.in. nr 211, 212, 213, 219, 224, 259, 262, 283, 297, 299) koszty te, dla których nie było przewidzianej pozycji w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, należało ująć w cenie kontraktowej.

Wykonawca wskazał jednocześnie, że *„ujął ww. koszty w tej pozycji z uwagi na fakt, że będzie ona wykonywana na wczesnym etapie realizacji inwestycji, co pozwoli wykonawcy na pokrycie niezbędnych kosztów realizacyjnych i bieżące finansowanie budowy bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów finansowych w postaci kredytu. Zostało to uwzględnione w ofercie wykonawcy i umożliwiło złożenie oferty konkurencyjnej i korzystnej dla Zamawiającego”.*

Wykonawca podał również, jakie koszty ujął w cenach jednostkowych dotyczących poz. 5 i 6.

Odnośnie kosztów rozbiórki istniejącego przepustu, obok wyspecyfikowania ujętych kosztów, wykonawca wskazał, że *„Ponadto, w tej pozycji wykonawca ujął część kosztów dostosowania się do wymagań kontraktu określonych szczegółowo w punkcie 2 a)*

niniejszego pisma powyżej, tj. związanych m.in. z dostosowaniem się do wymagań DŚU, zapewnieniem nadzoru gestorów sieci, uzyskaniem zatwierdzenia Projektów Technologicznych, wykonaniem sondowań geotechnicznych, wykonaniem i utrzymaniem tymczasowej organizacji ruchu, wykonaniem wykonaniem Opracowań Wykonawcy, przeszukania saperskiego, itd., które zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na pytania Wykonawców dotyczące treści SIWZ (m.in. nr 211, 212, 213, 219, 224, 259, 262, 283, 297, 299) należało ująć w Cenie Kontraktowej, a dla których nie było przewidzianej pozycji kosztorysowej w Tabeli Elementów Rozliczeniowych".

Wykonawca wyjaśnił również, że: *„ujął ww. koszty w tej pozycji z uwagi na fakt, że będzie ona wykonywana na wczesnym etapie realizacji inwestycji, co pozwoli wykonawcy na pokrycie niezbędnych kosztów realizacyjnych i bieżące finansowanie budowy bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów finansowych w postaci kredytu. Zostało to uwzględnione w ofercie wykonawcy i umożliwiło złożenie oferty konkurencyjnej i korzystnej dla Zamawiającego".*

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego – PORR, Zamawiający podał na wstępie podstawę odrzucenia, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, wskazując, że oferta została odrzucona ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na obliczenie

ceny istotnej części robót, a w konsekwencji ceny oferty, w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ i stanowiący czyn nieuczciwej konkurencji wynikający z przesunięcia wartości części robót pomiędzy poszczególnymi elementami kosztorysu ofertowego, a tym samym mający wpływ na uczciwą konkurencję w postępowaniu oraz z uwagi na zadeklarowanie zakresu robót przewidzianych do osobistego wykonania przez Wykonawcę sprzecznie z postanowieniami SIWZ.

Zamawiający opisał następnie dokonaną czynność wezwania, przytoczył otrzymane wyjaśnienia i wskazał m.in., że na powyższą ocenę wskazuje analiza dowodów oraz, że wykonawca sam „potwierdził to w złożonych wyjaśnieniach, stwierdzając, iż „Jednocześnie *Wykonawca oświadcza, ze jeżeli w ocenie Zamawiającego w załączonej Kalkulacji robót, w opisie tej roboty, nie ujęto wprost jakiejś roboty lub czynności ujętej w Opisie Przedmiotu Zamówienia to nie oznacza to, że nie została ona w ogóle ujęta w ofercie. Deklarujemy, że wszystkie wymagane objętym przedmiotowym Postępowaniem zamówienie zostało w całości skalkulowane w ofercie Wykonawcy. Na wszelkie ewentualne dalsze wątpliwości z tym związane jesteśmy w stanie odnieść się na dalsze* żądanie *Zamawiającego, gdyż elementy te mogą być ujęte w innych pozycjach albo uwzględnione w Ryzykach Wykonawcy".*

Zamawiający wskazał następnie, że w jego ocenie Odwołujący - PORR skalkulował koszty budowy i rozbiórki mostu objazdowego, a w konsekwencji cenę oferty w sposób sprzeczny z pkt 9.5 SIWZ i mający negatywny wpływ na uczciwą konkurencję w postępowaniu, a Zamawiający kategorycznie zakazał przenoszenia elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji i związanych z tym kosztów do innych pozycji formularza wyceny ofertowej. Zamawiający stwierdził w konsekwencji, że *„cena oferty skalkulowana przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji".*
Zamawiający podał jednocześnie argumentację prawną przywołując orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz KIO. Pismem z dnia 8 lipca 2016 r., Zamawiający – przekazał wyłącznie do wiadomości Odwołującego – PORR, z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa – dodatkowe wyjaśnienia dotyczące podjętej decyzji o odrzuceniu oferty. Zamawiający przedstawił w formie tabelarycznej i porównawczej czynności wymagane postanowieniami SIWZ, czynności wykazane w wyjaśnieniach oraz końcowo różnice, gdzie Zamawiający przedstawił ogólne stwierdzenia o braku informacji lub ujęcia danych elementów zamówienia.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego – konsorcjum Vistal, Zamawiający podał na wstępie podstawę odrzucenia, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, wskazując, że oferta została odrzucona ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na obliczenie ceny istotnej części robót, a w konsekwencji ceny oferty, w sposób niezgodny z

postanowieniami SIWZ i stanowiący czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający opisał dokonaną czynność wezwania, przytoczył otrzymane wyjaśnienia i wskazał m.in., że

przesunięcia wartości części robót pomiędzy poszczególnymi elementami kosztorysu ofertowego, prowadzą do ukrytego zaliczkowania robót, a tym samym takie działania mają wpływ na uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Zamawiający wskazał również, że: *„swoimi wyjaśnieniami wykonawca potwierdził wprost, że obliczył cenę jednostkową za ten asortyment robót w sposób sprzeczny z pkt 9.5 SIWZ i mający negatywny wpływ na uczciwą konkurencję w postępowaniu, przyznając sobie prawo do zaliczki, której Zamawiający nie przewidywał – Zamawiający kategorycznie bowiem zakazał przenoszenia elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji i związanych z tym kosztów do innych pozycji formularza wyceny ofertowej. Nie sposób bowiem przypisywać do czynności polegających na rozbiórce płyty ustroju niosącego chociażby takich czynności, jak w szczególności: przesiedlenie cennych przyrodniczo gatunków roślin i zwierząt, odłowienie i przeniesienie płazów z oczka wodnego oraz zakładanie pułapek i przenoszenie płazów, zastosowania siatek wygradzających, nadzór gestorów sieci w trakcie prowadzenia prac związanych z przebudową kolizji istniejących sieci, wykonanie sondowań geotechnicznych przed wykonaniem robót czy też wykonanie przeszukania saperskiego terenu budowy. W ocenie Zamawiającego z taką niedozwoloną manipulacja cenami jednostkowymi mamy do czynienia również w przypadku poz. 5 i 6 kosztorysu – rozbiórka balustrady na obiekcie mostowym i rozbiórka bariery ochronnej na obiekcie mostowym oraz w zakresie kosztów rozbiórki istniejącego przepustu”.*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołania Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, a Odwołujący posiadają legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z 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, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przy rozstrzyganiu sprawy Izba opierała się na przepisach ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo

zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020). Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych
i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że **odwołanie wykonawcy PORR, sygn. akt KIO 1315/16, zasługiwało na uwzględnienie, zaś odwołanie wykonawcy konsorcjum Vistal, sygn. akt KIO 1324/16, podlega oddaleniu.**

W odniesieniu do odwołania w sprawie KIO 1315/16:

Oceniając czynność Zamawiającego, w kontekście postawionych zarzutów i wskazanego dla nich uzasadnienia, Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że w podstawie odrzucenia oferty wykonawcy PORR, Zamawiający wskazał m.in. na *„zadeklarowanie zakresu robót przewidzianych do osobistego wykonania przez wykonawcę sprzecznie z postanowieniem SIWZ”.* Kwestia ta nie została objęta zarzutami odwołania. Niemniej jednak Izba nie uznała, by powyższe zamykało drogę do uwzględniania odwołania. Należało bowiem uznać, że podobnie, jak w odniesieniu do podania firmy innego wykonawcy, tj. Strabag Sp.
z o.o., w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, co Zamawiający tłumaczył na rozprawie oczywistą omyłką, również w tym zakresie miała miejsce oczywista omyłka – gdzie powyższa podstawa wraz ze szczegółowym uzasadnieniem została zawarta właśnie w ramach uzasadnienia odrzucenia oferty Strabag, zaś w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego brak jest całkowicie tego rodzaju argumentacji, czy treści mogących

świadczyć, że jest to jedna z podstaw odrzucenia oferty. Należy mieć przy tym na względzie, że sposób zadeklarowania zakresu podwykonawstwa ujęty w ofercie Odwołującego odpowiada treści SIWZ. Warto, by przy ponownym rozstrzygnięciu postępowania Zamawiający skupił większą uwagę na treści podawanego uzasadnienia, tak by nie miały miejsca dalsze „omyłki pisarskie".

Odnosząc się do zarzutów Odwołania Izba wskazuje, że:

Za przedwczesny i nie udowodniony na tym etapie Izba uznała zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty INTOP, mającej stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

41

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania sam przedstawiał argumentację mającą świadczyć, iż wątpliwa jest możliwość jednoznacznego stwierdzenia przez zamawiającego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji oraz, że można uznać, iż możliwości zamawiającego są w tym zakresie niewielkie. Pomijając jednak te argumenty, istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy był fakt, iż Odwołujący nie udowodnił stawianego zarzutu, wywiódł go na tym etapie postępowania z przyjętej przez siebie wykładni wyjaśnień wykonawcy – co w ocenie Izby było co najmniej przedwczesne i bez przeprowadzenia dalszego badania oferty tego wykonawcy, nie mogło przekonywać o zasadności tezy Odwołującego.

Niemniej jednak w zakresie przeprowadzonej oceny oferty tego wykonawcy Zamawiający nie działał w sposób wypełniający zasady określone w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, co w ocenie Izby skutkuje tym, że w ramach ponownego badania i oceny ofert Zamawiający powinien poddać tą ofertę dalszym wyjaśnieniom oraz rzeczowej i wnikliwej ocenie.

Za zasługujące na uwzględnienie Izba uznała zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Izby, okoliczności podane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, w tym sposób przeprowadzenia czynności wyjaśniających, nie dawały podstaw do wniosków o niezgodności oferty z treścią specyfikacji czy czynie nieuczciwej konkurencji. Sam przebieg czynności wyjaśniających dotyczących elementów zaoferowanej ceny budzi wątpliwości, co podważa jednocześnie trafność końcowych wniosków Zamawiającego.

Zamawiający w formularzu wyceny przewidział ogólną pozycję na „Budowę i rozbiórkę mostu objazdowego wraz z dojazdami", nie wymagając podawania wszystkich szczegółowych elementów składających się na wykonanie tego zakresu prac, modyfikując jednocześnie
w toku postępowania charakter wynagrodzenia za tą część na wynagrodzenie ryczałtowe.

Następnie, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny skupiając się na cenie za powyższy element zamówienia. Wystosowane wezwanie miało przy tych charakter ogólny i wcale nie wynikało z niego, że wezwany wykonawca ma rozpisać każdą jedną pozycję i wyjaśnić jej wycenę. Dodatkowo, Zamawiający zmienił kosztorysową metodę wyceny na metodę ryczałtową. W orzecznictwie przyjmuje się, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego jego istotą jest określenie wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy wewnętrznej struktury ceny. W niniejszej zaś sprawie, Zamawiający w utajnionej części uzasadnienia odrzucenia oferty skupił się na poszczególnych elementach tej części robót, uznając brak niektórych informacji lub brak wyceny ich fragmentów – przy czym wniosek ten wywiódł z analizy otrzymanych wyjaśnień

42

---

i załączonych kosztorysów, gdzie wykonawca, otrzymując ogólne wezwanie do złożenia wyjaśnień, kierując się charakterem wynagrodzenia, nie był, w ocenie Izby, zobowiązany do tak szczegółowego udzielenia wyjaśnień. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie zdyskredytował otrzymanych wyjaśnień, nie stosował wobec Odwołującego podstaw odrzucenia oferty referujących, czy to do art. 90 ust. 3 Pzp czy art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W szczególności Zamawiający w sposób ogólnikowy przedstawił swoją ocenę w utajnionej części uzasadnienia, w dodatku w sytuacji, gdy wykonawca potwierdził wycenę wszystkich elementów i złożył również szczegółowe kosztorysy. Ponadto, wykonawca deklarował możliwość udzielenia dalszych szczegółowych wyjaśnień. Pomimo tego, Odwołujący został postawiony przed stwierdzeniem Zamawiającego o braku niektórych informacji czy elementów tej części roboty budowlanej.

Zamawiający z jednej więc strony nie wyjaśnił wszystkich okoliczności sprawy, nie dokonał ponownego wezwania, w którym zażądałby wyjaśnień, co do konkretnych elementów budzących jego wątpliwości, które uczynił następnie argumentem dla wykazania sprzeczności oferty z treścią specyfikacji oraz czynu nieuczciwej konkurencji. Z drugiej strony, Zamawiający nie zakwestionował otrzymanych wyjaśnień. Przyjął natomiast następnie wniosek, że niższa cena musi niejako automatycznie świadczyć o przerzuceniu kosztów, jak również wniosek, że wykonawca nie uwzględnił w cenie wszystkich wymaganych czynności.

Przeprowadzone czynności wyjaśniające i otrzymane od wykonawcy wyjaśnienia, nie dawały zdaniem Izby podstaw do takiego wniosku. Z okoliczności sprawy wyłania się w istocie wniosek, że Zamawiający oparł swoją ocenę na fragmencie jednego zdania zawartego
w wyjaśnieniach wykonawcy, gdzie wykonawca zasygnalizował możliwość ujęcia elementów w innych pozycjach – przy czym Zamawiający pominął zarówno kontekst tego zdania, jak i nie wykazał, ani nie udowodnił przed Izbą, że zdanie to potwierdza przesunięcie wartości części robót pomiędzy poszczególnymi elementami kosztorysu. Zamawiający nie podważył ani nie obalił argumentów Odwołującego ujętych w utajnionym załączniku do odwołania, gdzie Odwołujący odniósł się do stwierdzeń Zamawiającego zawartych w utajnionej części uzasadnienia odrzucenia oferty. Także w części niejawnej rozprawy Zamawiający nie przedstawił, zdaniem Izby, argumentacji przekonującej na rzecz oceny, którą przyjął w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba nie uznała wartości dowodowej materiałów przedstawionych przez Zamawiającego w postaci rankingu ofert pod względem ceny, porównania cen mostu objazdowego, przekroju poprzecznego. W odniesieniu do wykonawcy PORR złożone

dowody nie mogły mieć istotnego i przesądzającego znaczenia. Dowody te nie potwierdzały w szczególności, w ocenie Izby, niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, ani nie mogły zostać uznane za dowody świadczące o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby, przeprowadzona dotychczas przez Zamawiającego ocena cechuje się arbitralnością, a szczególnie widoczne jest odmienne podejście do wykładni wyjaśnień wykonawcy konsorcjum INTOP oraz wyjaśnień Odwołującego.

Wykonawca konsorcjum INTOP podał, że ujął w cenie większą części kosztów pośrednich wynikających z prowadzenia budowy. Udzielone wyjaśnienia należy ocenić za bardzo ogólnikowe, nic w zasadzie nie wyjaśniające. Zamawiający akcentując obowiązek zaoferowania realnych cen, kładąc w procesie oceny ofert wykonawców szczególny nacisk na ten element zgodności oferty z treścią specyfikacji, przyjął powyższe wyjaśnienia, w ocenie Izby, bez wnikliwej i rzeczowej oceny, i w zasadzie sam stwierdził, za wykonawcę, że sposób kalkulacji, w tym ujęcie kosztów pośrednich, odnosi się tylko do kosztów z realizacji etapu prac dotyczących mostu objazdowego. Treść udzielonych wyjaśnień, gdzie wykonawca wskazał na koszty pośrednie wynikające z „prowadzenia budowy" (a nie z prowadzenia etapu dotyczącego mostu objazdowego), uzasadnił ujęcie tych kosztów brakiem ryzyka nie wystąpienia tego etapu budowy, jak również ryczałtowym charakterem pozycji – mając na względzie bardzo ogólną treść wyjaśnień, brak jakichkolwiek wyliczeń czy kosztorysów – nie stanowi treści na tyle oczywistej, by na tym etapie sprawy móc uznawać wniosek Zamawiającego za uzasadniony i potwierdzony otrzymanymi od tego wykonawcy wyjaśnieniami (równie uprawnione może być bowiem przyjęcie wniosków przeciwstawnych).

W stosunku natomiast do Odwołującego, który złożył obszerne wyjaśnienia, opatrzył je kosztorysami, sygnalizował możliwość dalszych wyjaśnień, wskazując w wyjaśnieniach – bardziej na zasadzie ostrożności, a nie jednoznacznych oświadczeń – że „elementy mogą zostać ujęte w innych pozycjach", Zamawiający w sposób odwrotny przyjął, że doszło do przerzucania kosztów i manipulacji ceną, wykluczając, że owe zastrzeżenie i chęć wyjaśnień także mogły dotyczyć pozycji związanych z budową i rozbiórką mostu objazdowego, a nie innych prac objętych zamówieniem.

Za pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała sugestie Zamawiającego, iż *„z oferty wynika taktyka Odwołującego, który zakłada,* że *ten most w ogóle nie powstanie"* (vide: protokół z rozprawy). Powyższe stwierdzenia nie znajdują odzwierciedlenia w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Most objazdowy stanowi element przedmiotu zamówienia. Odwołujący potwierdził w złożonych wyjaśnieniach, że wycenił

wszystkie elementy opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wykazał rzeczowych

podstaw swojej oceny, prezentowanej w toku rozprawy. Należało tym samym powyższy argument w całości pominąć – sugestiom Zamawiającego można by przy tym przedstawić sugestie wykonawców, iż możliwość braku realizacji mostu objazdowego czyni szczególnie korzystną dla Zamawiającego ofertę wykonawcy konsorcjum INTOP. Wybór oferty najkorzystniejszej musi opierać się na kryteriach przyjętych w treści specyfikacji. Izba oceniając czynność Zamawiającego musi z kolei opierać się na podstawach faktycznych podanych w uzasadnieniu rozstrzygnięcia postępowania, wszelkie zaś sugestie wykraczające ponad to, czy okoliczności nie udowodnione przed Izbą – należało przy rozstrzyganiu sprawy w całości pominąć.

Podobnie, należało ocenić pozostałą argumentację referującą w istocie do rażąco niskiej ceny, a nie do podstaw odrzucenia podanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Reasumując, w okolicznościach sprawy, na podstawie zgromadzonej dokumentacji, Izba uznaje wnioski Zamawiającego o niezgodności oferty wykonawcy PORR ze specyfikacją, jak również o czynie nieuczciwej konkurencji za bezpodstawne, a bynajmniej za przedwczesne, w kontekście braku przeprowadzenia czynności wyjaśniających w sposób rzetelny, w tym z uwagi na pozbawienie wykonawcy nawet możliwości wyjaśnienia kwestii, które Zamawiający przyjął następnie za podstawę swojej decyzji. Zamawiający przeprowadzi więc ponowną ocenę ofert. Zamawiający powinien mieć na uwadze charakter wynagrodzenia przypisanego do mostu objazdowego, i w ocenie Izby powinien skupić się na rzeczowej ocenie otrzymanych wyjaśnień, jak również wyjaśnień, których jeszcze zażąda od wykonawcy – i ten materiał uczynić w całości podstawą swojej oceny, w tym co do tego, czy cena za most objazdowy jest realna, mając na względzie indywidualne warunki tego wykonawcy i dowody przez niego przedłożone. W tożsamy sposób Zamawiający winien zweryfikować ofertę konsorcjum INTOP. Zamawiający dysponuje instrumentami prawnymi do przeprowadzenia stosowanego postępowania wyjaśniającego.

Z powyższych względów odwołanie wykonawcy PORR zasługiwało, w ocenie Izby, na uwzględnienie.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

W odniesieniu do odwołania w sprawie KIO 1324/16:

Oceniając czynność Zamawiającego, w kontekście postawionych zarzutów i wskazanego dla nich uzasadnienia, Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp było działaniem prawidłowym i znajdującym uzasadnienie w okolicznościach niniejszej sprawy. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty w sposób szczegółowy przedstawił podstawy faktycznej swojej decyzji, jak również zawarł rzeczową
i trafną argumentację prawną. Izba w całości podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego, przyjmując ją w konsekwencji za własną. Jednocześnie, Izba zastrzega, że powyższe odnosi się wyłącznie do podstaw i argumentacji dotyczących kalkulacji kosztów rozbiórki mostu stałego oraz kosztów rozbiórki istniejącego przepustu. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji przywołał poziom wyceny mostu objazdowego, niemniej jednak w dalszej części uzasadnienia skupił się jedynie na wycenie ww. kosztów. Informacje zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty w części dotyczącej mostu objazdowego są ogólnikowe, stanowią powtórzenie fragmentu wystosowanego wezwania – w istocie są to w większości informacje o walorze historyczny, referujące przebieg czynności podjętych w

postępowaniu. Zamawiający w tym zakresie nie zawarł w uzasadnieniu odrzucenia oferty rzeczowych i przekonujących argumentów, które pozwalałyby uznać, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty może być także kwestia wyceny mostu objazdowego. Zamawiający w szczególności nie odniósł się do otrzymanych wyjaśnień, nie zdyskredytował tych wyjaśnień, nie podał argumentów mających świadczyć o ich nierzetelności czy niewiarygodności, w tym nie podał dlaczego wycena mostu objazdowego miała zostać dokonana niezgodnie ze specyfikacją (przy uwzględnieniu charakteru wynagrodzenia tej części zadania).

Powyższe nie zmieniało jednak kierunku rozstrzygnięcia, ani nie wpływało na ocenę Izby, co do prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego – w tym bowiem zakresie okoliczności i argumenty wskazane przez Zamawiającego w odniesieniu do podstaw faktycznych skupionych na sposobie wyceny kosztów rozbiórki mostu stałego i sposobie wyceny kosztów rozbiórki istniejącego przepustu, Izba w całości uznała za rzeczowe i w pełni uzasadniające zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Dowód złożony przez Zamawiającego w postaci zestawienia robót rozbiórkowych Izba uznała za materiał wiarygodny, przy czym samo zestawienie nie przedstawiało nowych, istotnych dla sprawy

okoliczności, lecz obrazowało dotychczasowe stanowisko Zamawiającego. Pozostałe dowody złożone przez Zamawiającego nie mogły mieć, w ocenie Izby, znaczącego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. W zakresie mostu objazdowego złożone porównanie cen mostu – mając na uwadze przedstawioną powyżej ocenę Izby – nie mogło zostać w ogóle uznane za wiarygodny materiał dowodowy. Pomijając ocenę Izby, co do uzasadnienia odrzucenia oferty w zakresie przyjętej przez Zamawiającego podstawy faktycznej referującej do wyceny mostu objazdowego, Zamawiający nie wykazał, by wartości i wnioski wywodzone ze złożonego porównania mogły zostać przeniesione na przedmiot niniejszego zamówienia. Dowód z przekroju poprzecznego obrazował obecny stan rzeczy oraz roboty wymagane do wykonania, w ramach tego zamówienia. Okoliczności te nie były kwestionowane. Okoliczności wykazywane tym dowodem mogły zostać uznane jedynie za poboczne, niemniej jednak wspierały one stanowisko Zamawiającego, którego zasadność Izba podzieliła w szczególności z uwagi na bezsporne ujęcie w pozycjach dotyczących rozbiórki innych kosztów, jak również z uwagi na wyjaśnienia Odwołującego związane z motywami przyjęcia tego rodzaju inżynierii cenowej.

Odnośnie dowodów złożonych przez Odwołującego to dowód z kalkulacji szczegółowej ceny mostu objazdowego, powołany, jako dowód z opinii kosztorysanta, należało uznać za materiał powtarzający stanowisko Odwołującego, będący w istocie opinią prywatną. Mając jednak na uwadze, że w ocenie Izby, w zakresie mostu objazdowego, Zamawiający nie zawarł w uzasadnieniu odrzucenia oferty rzeczowych i przekonujących argumentów, które pozwalałyby uznać, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty może być także kwestia wyceny mostu objazdowego, jak również nie przedstawił argumentów pozwalających na zdyskredytowanie ww. kosztorysu, Izba uznała przedmiotowy dowód za materiał dodatkowo przemawiający za twierdzeniami Odwołującego. Jak wskazano wcześniej, nie zmieniało to jednak kierunku rozstrzygnięcia.

Pozostałe dowody złożone przez Odwołującego, w tym dowody z ofert innych podmiotów, Izba uznała za materiał nie mający istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Dowody te nie podważały kluczowych dla sprawy okoliczności, związanych z przerzuceniem szeregu kosztów do pozycji dotyczących rozbiórki, jak również nie zmieniały wyjaśnień wykonawcy związanych z powodami przyjęcia takiej inżynierii cenowej.

Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego przed Zamawiającym, jak również argumenty przedstawione na rozprawie przed Izbą, potwierdzają, zdaniem Izby, że konsorcjum Vistal dokonało kalkulacji ceny w sposób sprzeciwiający się zasadom określonym przez Zamawiającego. Złożona przez wykonawcę oferta została zbudowana w

oparciu
o inżynierię cenową, której Zamawiający dał wyraźny zakaz, dążąc – poprzez postanowienia treści specyfikacji – do wyeliminowania sytuacji, w której Zamawiający miałby płacić wynagrodzenie zawyżone za wykonanie danej pozycji kosztorysu. Zamawiający wskazał w pkt 9.5 SIWZ, że ceny jednostkowe muszą być realne. W powiązaniu z dalszą treścią pkt 9.5

SIWZ, gdzie Zamawiający zastrzegł, że cena jednostkowa musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów dla tej pozycji (podkreślenie Izby), wymóg realności cen jednostkowych oznaczał nie tylko to, że ceny te nie mogą być rażąco niskie, ale również to, że nie mogą zawierać w sobie kosztów innych niż właściwe dla konkretnej pozycji (nie mogą więc być zawyżone). Zamawiający zakazał tym samym przerzucania kosztów, w szczególności zakazał „wrzucania" do określonej pozycji kosztów innych niż koszty dla tej pozycji właściwe.

Obowiązkiem wykonawcy było skalkulowanie ceny oferty zgodnie z zasadami określonymi w treści SIWZ, w szczególności w pkt 9.5. Jak wskazano wcześniej, z treści tego punktu jasno wynika, że w cenie jednostkowej mogły znaleźć się jedynie koszty planowane dla danej pozycji. *A contrario* – Zamawiający zakazał ujmowania w danej pozycji kosztów czy elementów, które z tą pozycją nie są związane.

Zarówno treść wyjaśnień, jak i argumentacja podniesiona na rozprawie, nakazywała przyjęcie wniosku, iż wykonawca dokonał przesunięcia kosztów, wpisując je w pozycje, dotyczące kosztu rozbiórki mostu stałego oraz kosztu rozbiórki istniejącego przepustu. Na rozprawie Odwołujący wskazał m.in., że *„Odnośnie pkt 9.5 SIWZ podkreśla, że wycenił wszystkie elementy, ujął też wszystkie koszty w pozycjach w podanych wyjaśnieniach, ale wynagrodzenie za te prace będzie otrzymywał dopiero po wykonaniu prac, gdyż nie ma tu miejsca na jakiekolwiek kredytowanie"* (vide: protokół z rozprawy).

Fakt przesunięcia kosztów pozostawał więc oczywisty. Odwołujący argumentował jedynie, że w świetle udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania, wykonawca miał dowolność w przyjęciu, jakie koszty (niewymienione w Tabeli Elementów Rozliczeniowych) przypisze do danej pozycji. Izba nie uznała przedmiotowej argumentacji za zasadną. Zamawiający w odpowiedzi m.in. na pytania nr 211, 212, 213, 219, 224, 259, 262, 283, 297, 299, wskazał, iż koszty (objęte treścią pytań) mają być ujęte w cenie kontraktowej. W ocenie Izby odpowiedzią tą Zamawiający nie zmienił, a z pewnością nie zliberalizował w sposób tak daleki, jak prezentował to Odwołujący, zasad obliczenia ceny oferty, w tym cen jednostkowych. Także w świetle udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi aktualne pozostawało to, że cena jednostkowa musiała być ceną realną (a nie np. ceną zawyżoną z uwagi na wkomponowanie w daną pozycję kosztów do tej pozycji nieprzystających), a więc

aktualny pozostawał również zakaz przerzucania kosztów. Zamawiający w toku rozprawy w sposób rzeczowy wyjaśnił, że *„koszty ogólne rozkładają się proporcjonalnie do trwania kontraktu i nie można uzyskiwać pokrycia tych kosztów w całości na etapie rozbiórki"* jak również, że *„koszty powinny być rozłożone w różnych pozycjach na czas trwania kontraktu"* (vide: protokół z rozprawy).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W niniejszej sprawie niezgodność oferty Odwołującego przejawia się przede wszystkim w niezgodnym z treścią specyfikacji sposobie wyceny cen jednostkowych, zastosowaniu niedozwolonego przerzucania kosztów, co przesądza również o niezgodności z treścią SIWZ ceny całkowitej oferty.

Izba krytycznie oceniała również zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W niniejszej sprawie Zamawiający miał podstawy do uznania zaistnienia manipulacji cenami jednostkowymi. Izba w całości podzieliła również stanowisko i argumentację Zamawiającego o zakwalifikowaniu powyższego faktu, jako czynu wypełniającego przesłanki z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby Zamawiający trafnie zakwalifikował więc powyższy sposób inżynierii cenowej, jako działanie wypełniające przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji zastosowanie znajdował przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Działanie to mogło zarówno zaburzać uczciwą konkurencję między oferentami, jak również zagrażać interesowi Zamawiającego.

Izba nie uznała za przekonujące argumentów Odwołującego, w tym akcentowanego na rozprawie, iż co prawda wykonawca ujął wszystkie koszty w pozycjach podanych w wyjaśnieniach, *„ale wynagrodzenie za te prace będzie otrzymywał dopiero po wykonaniu prac, gdyż nie ma tu miejsca na jakiekolwiek kredytowanie"* (vide: protokół z rozprawy). Zasady wynagradzania wykonawcy zostały zawarte we wzorze umowy, w szczególności

poświęcony jest im § 4.

W ust. 1 § 4 zapisano, że: *„Wynagrodzenie Wykonawcy wskazane w ofercie, o którym mowa w § 3 ust. 1, rozliczane będzie w oparciu o protokoły odbioru częściowego elementów robót na podstawie faktur częściowych VAT wystawianych nie wcześniej niż raz w miesiącu przez Wykonawcę na kwotę ustaloną w zestawieniu wartości wykonanych robót sporządzonym przez Wykonawcę narastająco, pomniejszoną o zsumowane kwoty poprzednio zafakturowane. Wykonawca będzie dokonywał przy miesięcznych rozliczeniach*

wykonanych robót podziału kosztów na koszty kwalifikowane i niekwalifikowane. Odbiór będzie się odbywał na podstawie następujących załączników: a) zestawienie wartości wykonanych robót (tabele rozliczeniowe); b) karty obmiarów wraz ze szkicami geodezyjnymi, jeśli są wymagane; c) dokumenty potwierdzające jakość wbudowanych materiałów; d) wyniki badań laboratoryjnych, prób i sprawdzeń, jeśli są wymagane;".

W ust. 2 § 4 zapisano, że: *„Do dnia odbioru ostatecznego przedmiotu umowy suma wartości wypłaconego wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 na podstawie faktur częściowych VAT wyniesie nie więcej niż 92% wartości przedmiotu umowy. Wynagrodzenie Wykonawcy stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik do Oferty Wykonawcy".*

W ust. 6 § 4 zapisano, że: *„Ceny jednostkowe za roboty nie podlegają zmianom przez cały okres trwania umowy oprócz ustawowej zmiany stawki podatku VAT. Jeżeli w okresie realizacji umowy nastąpi zmiana stawki podatku VAT (obniżenie lub zwiększenie), za elementy zamówienia wykonane/zafakturowane po dacie zmiany podatku VAT, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie netto powiększone o kwotę podatku VAT w nowej wysokości. Zmianę stawki podatku VAT strony potwierdzą aneksem do niniejszej umowy".*

W ust. 9 § 4 zapisano, że: *„Wykonawca do dnia 17-tego każdego miesiąca przekazywał będzie Zamawiającemu zapotrzebowanie na* środki *finansowe na miesiąc następny oraz planowane wykonanie finansowe na kolejne dwa miesiące".*

Ceny jednostkowe stanowią istotny element rozliczeń stron, jak również element determinujący poziom zapotrzebowania finansowego, które musi zabezpieczyć Zamawiający. W sytuacji, gdy ceny jednostkowe – z uwagi na dokonane przerzucenie kosztów – zostały zawyżone i to w pozycjach dotyczących robót wykonywanych na wczesnym etapie inwestycji, Zamawiający płaciłby za ten element zamówienia kwoty wyższe, niż gdyby ceny jednostkowe zostały wyliczone w sposób rzetelny. Zamawiający płaciłby oczywiście po wykonaniu tych prac, co nie zmienia faktu, że ponosiłby już wówczas również koszty innych elementów inwestycji, które wykonawca bezpodstawnie przypisał do wyceny tego wczesnego etapu inwestycji. Dodatkowo, w razie ryzyka nie wykonania przez wykonawcę prac na dalszych etapach inwestycji, Zamawiający poniósł by koszty niewspółmierne do zakresu wykonanych robót. Zamawiający trafnie argumentował w odpowiedzi na odwołanie, że w sytuacji, w której umowa z danym wykonawcą zostałaby rozwiązana, mogłoby się zdarzyć, że Zamawiający
w sposób istotny przepłaciłby za realizację danych prac i miałby problem ze środkami na ich dokończenie przez inny podmiot; jak również, że w polskich realiach, w szczególności w zakresie robót budowlanych, doświadczony zamawiający musi brać taką okoliczność pod

uwagę, by – uwzględniając fakt dysponowania środkami publicznymi – móc zabezpieczyć się przed nią.

Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W tej sprawie, przy przyjętej przez Odwołującego inżynierii cenowej, interes Zamawiającego (klienta) mógł zostać zagrożony – chociażby z uwagi na podane powyżej ryzyka, jak również z uwagi na postawienie Zamawiającego przed koniecznością dokonywania płatności nieadekwatnych do wartości wykonanych robót. Zamawiający wskazał
w uzasadnieniu na manipulację w zakresie wyceny określonych pozycji kosztorysu. Takie działanie należy niewątpliwie kwalifikować, jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty podał przy tym, jakie dobre obyczaje

pozostają w sprzeczności z działaniami wykonawcy – wskazując na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej. W ocenie Izby, zasady uczciwości kontraktowej, w tym zasada ekwiwalentności świadczeń (której Zamawiający dał wyraz podkreślając wymóg, by ceny jednostkowe były realne) dodatkowo przemawiają za koniecznością negatywnej oceny działań wykonawcy.

Izba uznała również – podobnie jak Zamawiający – że działanie wykonawcy mogło naruszać interes konkurentów, dając Odwołującemu możliwość uzyskania przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób naruszający rzetelność, przejrzystość oraz zasady uczciwej konkurencji. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że ujęcie kosztów w danej pozycji, pozwoli wykonawcy na pokrycie niezbędnych kosztów realizacyjnych i bieżące finansowanie budowy bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów finansowych w postaci kredytu. W ocenie Izby, przedmiotowe wyjaśnienia wskazują na taktykę nakierowaną na polepszenie swojej sytuacji kosztem Zamawiającego i innych wykonawców, w tym na chęć uzyskania swoistego rodzaju zaliczek na finansowanie budowy, co mogło dawać wykonawcy nieuzasadnioną przewagę nad konkurentami przy konstruowaniu wyceny oferty, chociażby poprzez możliwość obniżenia ceny swojej oferty z uwagi na to, że zakładając pozyskiwanie od Zamawiającego finansowania większego niż realna wartość robót, a więc zakładając pozyskiwanie swoistego rodzaju niedozwolonych zaliczek, wykonawca mógł obniżyć cenę swojej oferty z uwagi na przyjęcie, że daje mu to możliwość uniknięcia dodatkowych kosztów związanych z kredytowaniem. Izba nie uznała za przekonujące argumentów Odwołującego, przedstawionych na rozprawie, co do motywów

---

ujęcia
w wyjaśnieniach informacji dotyczących tego, czym kierował się wykonawca dokonując takiej,
a nie innej kalkulacji ceny.

Reasumując, w ocenie Izby, zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Za bezzasadny Izba oceniła również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący sformułował przedmiotowy zarzut odnosząc się do sposobu oceny oferty konsorcjum INTOP. Odwołujący nie postawił jednak zarzutów dotyczących, czy to niezgodności tej oferty z treścią SIWZ, czy czynu nieuczciwej konkurencji. W zasadzie zasadę równego traktowania Odwołujący oparł w tym przypadku na założeniu, że skoro Zamawiający nie wyciągnął negatywnych konsekwencji wobec wyjaśnień otrzymanych od konsorcjum INTOP, to nie powinien ich wyciągać wobec oferty Odwołującego. Zasada równego traktowania rozciąga się na wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, nie można jej zawężać do relacji między dwoma ofertami.

Ponadto, zasada ta nie może służyć ochronie przed zastosowaniem podstaw odrzucenia, gdy podstawy te występują wobec oferty danego wykonawcy. Nie można też czynić z niej argumentu, iż skoro wyjaśnienia innego wykonawcy zostały przyjęte przez Zamawiającego, to w odniesieniu do wyjaśnień Odwołującego Zamawiający nie powinien dostrzegać wad jego oferty.

Co również istotne, wyjaśnienia złożone przez konsorcjum INTOP, nie pozwalały zdaniem Izby, na stawianie na obecnym etapie postępowania ostatecznych ocen, co do sposobu wyceny mostu objazdowego. Wyjaśnienia te, zawierające informacje ogólne, nie wskazywały wprost na okoliczności ujęte w wyjaśnieniach Odwołującego, gdzie Odwołujący potwierdził fakt przerzucenia kosztów, jak również dał podstawy do uznania, że kierował się przy kalkulacji zamiarem pozyskania niedozwolonych zaliczek. Wyjaśnień tych nie można zrównywać ze sobą, co tym bardziej przeciwstawiało się tezie o naruszeniu zasady równego traktowania.

W ramach uzasadnienia dotyczącego odwołania o sygn. akt KIO 1315/16 Izba odniosła się do kwestii wyjaśnień złożonych przez konsorcjum INTOP. W odniesieniu do odwołania konsorcjum Vistal okoliczności te nie mogły zmieniać kierunku rozstrzygnięcia, mając na względzie również to, że w ocenie Izby, Zamawiający w sposób uprawniony i uzasadniony zastosował wobec oferty Odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego, a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……