

WYROK
z dnia 24 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Max Bögl Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie, 2) Technical Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Kędzierzynie-Koźlu** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Opolskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DROG-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie, BUDPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Województwu Opolskiemu – Dróg Wojewódzkich w Opolu Zarządowi** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DROG-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie, BUDPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie** do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.) pozycji 91, 52 i 54 kosztorysu ofertowego i nakazanie ponownej oceny ofert;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. kosztami postępowania obciąża **Województwo Opolskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie

1

ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Max Bögl Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie, 2) Technical Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kędzierzynie-Koźlu** tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od **Województwa Opolskiego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu** – na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Max Bögl Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie, 2) Technical Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kędzierzynie-Koźlu** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu - prowadzi postępowanie o udzielenie przedmiotu zamówienia na poprawę dostępności do węzłów autostrady A4 Gogolin i Olszowa - etap II poprzez budowę obwodnicy m. Malnia i Chorula w ciągu drogi wojewódzkiej nr 423 na odcinku od km 20+846,46 do km 27+010,10.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku

– Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 5 lipca 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Max Bögl Polska Sp. z o.o. w Szczecinie oraz Technical Solutions Sp. z o.o. w Kędzierzynie Koźlu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w ww. postępowaniu, polegających na:

— wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DROG- BUD sp. z o.o. w Częstochowie, BUDPOL sp. z o.o. w Częstochowie. (dalej jako: „Konsorcjum Drogbud lub przystępujący);
— zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Drogbud;
— zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołujących o czym odwołujący dowiedzieli się dnia 26 czerwca 2017 r. z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucili:

— naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Drogbud w sytuacji, gdy wykonawca w sposób niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) przypisał koszty wykonania wskazanych w odwołaniu pozycji kosztorysu ofertowego do kosztów wykonania innych pozycji rozliczeniowych („przerzucił” koszty bezpośrednio związane z daną pozycją rozliczeniową do innych pozycji rozliczeniowych), co jednocześnie

świadczy o tym, iż

złożenie przez Konsorcjum Drogbud stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 oraz art. 15 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 jako: „u.z.n.k.”), a co za tym idzie oferta Konsorcjum Drogbud winna być odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt

3

3 ustawy P.z.p. Takie działania wykonawcy są sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi wyceniać poszczególne pozycje rozliczeniowe, przy wynagrodzeniu kosztorysowym, w sposób rzetelny i adekwatny do zakresu wycenianych robót, a także może świadczyć o oferowaniu usług poniżej kosztów ich wytworzenia, przy czym działanie to zagraża interesom i zamawiającego i innych wykonawców;

— naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Drogbud, mimo iż ukształtowanie przez Konsorcjum Drogbud cen Konsorcjum za w dalszej części wykonanie wskazanych odwołania pozycji jednostkowych rozliczeniowych w taki sposób, że ceny te nie obejmują wszystkich kosztów wykonania prac opisanych w tych pozycjach, jest niezgodne z s.i.w.z.;

— naruszenie art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 u.st. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 u.z.n.k. poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez zamawiającego rzetelnej oceny i badania oferty Konsorcjum Drogbud, w tym w szczególności poprzez jedynie formalne zbadanie wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. i zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w szczególności w zakresie opisanym w odwołaniu, względnie – zaniechanie odrzucenia, bez dodatkowych wyjaśnień, oferty Konsorcjum Drogbud na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 ustawy P.z.p. wskazanych w odwołaniu;

— naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Drogbud w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe, niespójne i sprzeczne wewnętrznie wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
— naruszenie art. 7 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wnieśli o nakazanie zamawiającemu:

— unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
— dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert Konsorcjum Drogbud, a w konsekwencji uznanie oferty odwołujących za najkorzystniejszą, ewentualnie:
— wezwanie Konsorcjum Drogbud do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i/lub 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

4

Odwolujący podnieśli, że wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy P.z.p. interes odwołujących w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności zamawiającego jest bowiem pozbawienie odwołujących - poprzez brak odrzucenia ofert Konsorcjum Drogbud i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej - możliwości realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego w sytuacji, gdy to odwołujący złożyli ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez ustawę P.z.p. oraz zamawiającego - spośród ofert złożonych w tym postępowaniu.

W postępowaniu zostało złożonych sześć ofert:

- Oferta nr 1 — Konsorcjum Dróg bud z ceną ofertową 41.819.999,99 zł,
- Oferta nr 2 - Odwołującego z ceną ofertową 47.583.512,70 zł,
- Oferta nr 3 — Strabag z ceną ofertową 41.132.604,97 zł,
- Oferta nr 4 - Konsorcjum Berger Bau Polska Sp. z o.o. i Berger Bau GmbH z ceną ofertową 54.955.449,52 zł,
- Oferta nr 5 - BUDIMEX S.A. z ceną ofertową 50.995.919,67 zł,
- Oferta nr 6 - Skanska z ceną ofertową 43.981.054,74 zł

Pismem z dnia 28 marca 2017r., zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty konsorcjum Drogbud oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Czynności te zostały przez odwołujących zaskarżone, a Izba wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2017r., sygn. akt KIO 693/17, uwzględniła odwołanie wniesione przez odwołujących i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odtajnienie informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Drogbud, złożonych w odpowiedzi na wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp. Izba zgodziła się z odwołującymi, iż wobec nieprawidłowego objęcia przez Konsorcjum Drogbud zastrzeżeniem tajemnicy całości wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, odwołujący na tamtym etapie postępowania pozbawieni zostali możliwości podniesienia zarzutów, które odnosiłyby się do treści tych wyjaśnień. Izba choć więc formalnie oddaliła (pozostawiła bez rozpoznania), podniesione przez odwołujących jako ewentualne zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i pkt 2 oraz art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy P.z.p., jednocześnie wprost wskazała w

5

uzasadnieniu tego wyroku, że zarzuty te odwołujący będą mogli konstruować po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez Konsorcjum Drogbud i ponownieniu przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający dnia 26 czerwca 2017r. ponowił czynność polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej ofert Konsorcjum Drogbud i – wobec odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA – sklasyfikował ofertę odwołującego na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej. W ocenie odwołujących, z takim rozstrzygnięciem postępowania nie sposób się zgodzić. Zgodnie z zapisami s.i.w.z.:

12. SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY.

(...)

12.2. Cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na załączniku 2. Podstawa obliczenia ceny oferty jest przedmiar robót, dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, które stanowią załączniki do niniejszej specyfikacji.

12.3. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie ofertowym.

Wartość zaplecza Wykonawcy nie może przekraczać 3% wartości kontraktu.

12.4. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót. Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru robót nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych w wykonaniem robót, to koszty tych faz powinny być uwzględnione przez wykonawcę w cenach wpisanych w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do kosztorysu ofertowego. Zamawiający zastrzega prawo wglądu do kosztorysu szczegółowego wykonawcy na każdym etapie postępowania i realizacji zamówienia.

(...)

12.6. W przypadku ujawnienia przez wykonawcę ewentualnych błędów występujących w dokumentacji projektowej (na rysunkach), specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiarach robót wykonawca powinien zgłosić o tym zamawiającemu przed terminem składania ofert.

6

Jednocześnie, w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych D-M.00.00.00 Wymagania ogólne, w pkt 9.1 Podstawa płatności - ustalenia ogólne, Zamawiający wskazał:

„Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu. (...) Cena jednostkowa (...) będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie określone dla tej roboty w STWiORB i w dokumentacji projektowej. Ceny jednostkowe (...) będą obejmować:

- Robociznę bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami,
- Wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy,
- Wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami,
- Koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko,
- Podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami

Izba wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2017r., sygn. akt KIO 693/17, potwierdzając zasadność odrzucenia oferty wykonawcy Strabag z uwagi na jej niezgodność z treścią s.i.w.z., wskazała dodatkowo:

„Mając na uwadze powyższe wytyczne dotyczące obliczenia ceny oferty, sporządzenia kosztorysu ofertowego oraz rozliczeń między stronami, Izba uznała, że nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający przewidział w tym postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe. Okoliczność ta jest niesporna między stronami. Odwołujący przyznał, że ujął koszty zakupu materiałów wskazanych w poz. 51.52. 53. 54. 88. 96. 100. 115. 116 w poz. 1 - dotyczącej kosztów związanych z dostosowaniem do warunków Ogólnych Kontraktu oraz poz. 7 - urządzenia zaplecza wykonawcy z dostosowaniem do wymogów BHP.”

Izba podzieliła tym samym stanowisko zamawiającego, który odrzucając ofertę wykonawcy Strabag w uzasadnieniu do tej czynności pisał:

„Specyfikacja istotnych warunków zamówienia precyzyjnie określała, w jaki sposób wykonawca ma wycenić swoją ofertę pkt 12 SIWZ). Zamawiający nie dopuszczał przenoszenia kosztów z pozycji na pozycje. (...) Należy podkreślić, że charakter wynagrodzenia wskazanego w SIWZ nakłada na wykonawców obowiązek rzetelnego kalkulowania kosztów wykonania poszczególnych prac wskazanych w przedmiarze robót, gdyż ma to swoje konsekwencje przy rozliczeniu zamówienia zgodnie z. obmiarem. Zamawiający rozlicza się z wykonawcą zgodnie z cenami jednostkowymi wymienionymi za

7

poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego, przy czym zasada ta obowiązuje również w razie zwiększenia bądź zmniejszenia ilości prac w stosunku do ilości zakładanych w kosztorysie ofertowym, co w praktyce nie jest odosobnione

Odwołujący zarzucili, że zamawiający zasady tej nie zastosował względem Konsorcjum Drogbud. I tak:

Zamawiający wzywając Konsorcjum Drogbud do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., wskazał konkretne pozycje kosztorysu ofertowego, które powinny być przedmiotem wyjaśnienia ze strony wykonawcy. Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Drogbud do złożenia wyjaśnień względem poz. 91 Kosztorysu ofertowego:

Poz. 91 kosztorysu ofertowego wg ST D-04.06.01B:

Podbudowa betonowa. Grubość całkowita 25cm. Podbudowa z betonu cementowego C30/37 zbrojona siatką przeciwskurczową d-10 mm oczko 25/15cm. Beton układany na warstwie odcinającej z folii PE. Wyspa separująca przejezdna, wyspa separująca nieprzejezdna, wyspa separująca w obszarze dla pieszych, pierścieni na rondzie, konstrukcja pasa najazdowego/

Prefabrykaty zbrojarskie ze stali gładkiej.

Prawidłowość wyliczenia przez Konsorcjum Drogbud ceny ofertowej dla tej pozycji została jednak zakwestionowana przez odwołujących w poprzednio złożonym odwołaniu. Odwołujący wskazywali, że zaoferowana przez Konsorcjum Drogbud cena za wykonanie tej pozycji - 45,00 zł netto za 1m² nie wystarcza nawet na pokrycie kosztów zakupu i dostawy materiałów potrzebnych do wykonania robót opisanych tą pozycją (a w zasadzie kosztów zakupu materiałów niezbędnych do wytworzenia mieszanki betonowej niezbędnej do wykonania tego zakresu robót). Jednocześnie odwołujący podkreślili, że poza kosztem zakupu materiałów, wykonawca powinien być ująć w tej cenie jednostkowej także koszty robocizny (koszt mieszania betonu (wytworzenia), jego transportu oraz wbudowania, tj. koszt pracy układarki, albo równiarki i walce, w tym pracowników obsługujących te urządzenia. Konsorcjum Drogbud, na rozprawie przed Izbą w dniu 24 kwietnia 2017r., odpierając zarzuty odwołania, wyjaśniło, w jaki sposób skalkulowało poz. 91 swojego kosztorysu ofertowego, przedstawiając dodatkową kalkulację dla tej pozycji. Jak wynika z tej kalkulacji, koszt wykonania tej pozycji Konsorcjum Drogbud szacuje na 44,99 zł/m², przy czym na koszt ten składa się (cyt.:) „Koszt materiałów (beton i zbrojenie): III,96zł/m³ x 0,25 m² (gr. podbudowy) 17,00zł/m² (siatka) =44,99 zł/m²”.

8

Konsorcjum Drogbud podaje także w tych wyjaśnieniach, w jaki sposób wyliczyło (cyt.): „wartość podstawowych składników do betonu”, tj. wartość cementu, kruszywa grys (w tym jego transport), piasku, wody oraz plastifikatora i napowietrzacza. Odwołujący podkreślili, że Konsorcjum Drogbud nie przedstawiło żadnych dowodów potwierdzających ceny materiałów ujętych w tej kalkulacji za wyjątkiem grysów, które stanowią tylko ok. 30% wartości. Zdecydowana większość elementów kosztotwórczych tej pozycji nie została zatem w żaden sposób udowodniona. Odwołujący podkreślili, że wycenili tę poz. na kwotę 95 zł netto za 1 m², zaś Budimex - 78,66 zł netto za 1 m². Odwołujący podnieśli, iż z kalkulacji wynika, że Konsorcjum Drogbud nie uwzględniło w cenie jednostkowej DOZ 91 kosztorysu ofertowego kosztu pracy sprzętu i ludzi, kosztów pośrednich oraz zysku, choć wymóg ujęcia tych kosztów w cenie jednostkowej wynika z powyżej cytowanych zapisów s.i.w.z. i został potwierdzony wyrokiem Izby. Nie sposób przy tym przyjąć, że koszty te nie występują w tej pozycji (vide: zapisy STWiORB D-04.06.01B Podbudowa z betonu cementowego, w szczególności pkt 5.4) lub że wykonawca kosztów tych nie zamierza pokryć z wynagrodzenia uzyskanego od zamawiającego (co wszak mogłoby świadczyć o zaniżeniu ceny ofertowej, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. oraz o niezgodności z treścią s.i.w.z., która przewiduje ujęcie w cenie ofertowej wszystkich kosztów wykonania zamówienia). Odwołujący dodali, że Konsorcjum Drogbud przyznał w wyjaśnieniach z dnia 1 marca 2017r., że koszty pośrednie kalkulował na poziomie 5%, a zysk na poziomie 1%. W ocenie odwołujących, wobec powyższego, oczywistym pozostaje, że koszty nieujęte w DOZ, 91. a niezbędne do poniesienia celem wykonania robót opisanych tą pozycją. Konsorcjum ujęło w innej pozycji rozliczeniowej, co jest działaniem niezgodnym z s.i.w.z. Odnośnie kosztów pracy sprzętu i ludzi odwołujący wyjaśnili, że wykonanie 4 300,56 m² (ilość przyjęta w pozycji 91 Przedmiaru robót) podbudowy betonowej o grubości 25 cm, zbrojonej i na warstwie odcinającej z folii PE to nie mniej niż 120 roboczogodzin pracy ludzi i sprzętu. Analizując wyjaśnienia złożone przez firmę Drogbud odnośnie rażąco niskiej ceny w pozycjach 83 -84, widać wyraźnie, pomimo ich zbieżności (wszystkie dotyczą podbudowy z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie), w każdej z nich odrębnie zostały wskazane robocizna, materiały, sprzęt i transport. Przedstawiona w trakcie rozprawy kalkulacja ceny poz. 91 kosztorysu ofertowego zawiera jedynie koszty materiału. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez konsorcjum Drogbud w wyjaśnieniach z dnia 8 lutego 2017 r. „...załączamy kalkulacje pozycji zawierających wszystkie koszty danego asortymentu robót w tym koszty robocizny, sprzętu, materiału i transportu, jak również koszty pośrednie i

9

zysk...” i dalej „...informacje dotyczące poszczególnych pozycji kosztorysowych potwierdzają, że wskazane pozycje kosztorysu zostały wycenione zgodnie z treścią s.i.w.z. i zawierają wszystkie składowe koszty wykonania asortymentów robót ujętych w tych

pozycjach. W poz. 83 przy ilości 543,86 m² podbudowy z kruszywa (...) wykazano 16 godz. pracy ludzi i sprzętu, w poz. 84 przy ilości 1.652,7 m² podbudowy z kruszywa (...) wykazano 80 godz. pracy ludzi i sprzętu, w poz. 85 przy ilości 227,87 m² podbudowy z kruszywa (...) wykazano 16 godz. pracy ludzi i sprzętu, w poz. 86 przy ilości 33.112,38 m² podbudowy z kruszywa (...) wykazano 2.208 godz. pracy ludzi i sprzętu. Zgodnie z oświadczeniem wszystkie te pozycje zawierają również koszty pośrednie (5%) i zysk (1%). Jak widać wyraźnie, konsorcjum Drogbud miało świadomość, że cena jednostkowa danej pozycji, niezależnie od jej podobieństwa lub jego braku do innych zawartych w kosztorysie, aby była zgodna z s.i.w.z. musi zawierać wszystkie niezbędne do jej wykonania elementy. W wyjaśnieniach złożonych odnośnie poz. 91 wyraźnie zabrakło wszystkich ww. elementów składowych, co jednoznacznie wskazuje na niezgodność treści oferty konsorcjum Drogbud z s.i.w.z. Odwołujący wskazali, że jakkolwiek zabieg („przerzucenie kosztów”) jest sprzeczny z wymogami s.i.w.z. i istotą wynagrodzenia kosztorysowego, o której mówi Izba. Odwołujący wskazali przy tym, że skoro wyrokiem Izby w sprawie KIO 693/17 zamawiający został zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, nie mógł pominąć dodatkowych wyjaśnień Konsorcjum Drogbud złożonych na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2017r., a wskazujących na sposób kalkulacji przez wykonawcę jego ceny ofertowej (w tym ceny poz. 91 kosztorysu ofertowego). Na zamawiającym spoczywa bowiem obowiązek rzetelnego przeanalizowania i zbadania oferty każdego wykonawcy, która to analiza musi być oparta na wszystkich uzyskanych przez zamawiającego materiałach - wszystkich uzyskanych dowodach, oświadczeniach, informacjach.

W ocenie odwołujących, w tej sytuacji obowiązkiem zamawiającego było co najmniej wystąpienie do Konsorcjum Drogbud z wnioskiem o złożenie dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 89 ust. 1 lub art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie odwołujących, brak takiego wezwania, a nawet brak ze strony zamawiającego identyfikacji problemu, o którym mówią odwołujący, potwierdza, że zamawiający w sposób pobieżny analizował wyjaśnienia składane przez Konsorcjum Drogbud (i to nie tylko te z dnia 24 kwietnia 2017r.). Zamawiający jedynie formalnie dopełnił więc wymogu zbadania oferty Konsorcjum.

Odwołujący podnieśli, że z niedozwolonym mechanizmem „przerzucania” kosztów mamy do czynienia także w przypadku poz. 264 kosztorysu ofertowego Konsorcjum Drogbud. Pozycja ta, odmiennie od poz. 91, została skalkulowana nie na bardzo niskim, a na bardzo wysokim

10

poziomie. Koszt ułożenia 24 cm dwudzielnych rur ochronnych z PCW o średnicy do 110 mm w wykopie (HAWE) Konsorcjum Drogbud wycenia na 15 778,41 zł netto (odpowiednio 1 metr ułożenia rury kosztuje w ofercie Konsorcjum 65 743,37 zł).

Odwołujący stwierdzili, że w poprzednio złożonym odwołaniu zarzucili zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Drogbud mimo, iż wykonawca ten celowo zawyżył koszt wykonania niektórych pozycji kosztorysu ofertowego (tu: poz. 264), licząc, iż rzeczywiste wynagrodzenie otrzymane od zamawiającego będzie wyższe, co stanowi także - jako czynność sprzeczna z dobrymi obyczajami - czyn nieuczciwej konkurencji, względnie powoduje nieważność ich ofert na podstawie art. 58 § 2 k.c. (odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust.1 u.z.n.k. oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58 K.c. i art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p.), Odwołujący wskazywali, że zamawiający popełnili błąd tworząc przedmiar robót, bowiem z dokumentacji projektowej wynika, że wykonawcy będą musieli ułożyć 240 m rury, o której mowa w poz. 264 przedmiaru, natomiast zamawiający nakazał wycenić wykonanie tylko 24 cm tejże rury. Konsorcjum Drogbud wykorzystało ową pomyłkę zamawiającego i wyceniło poz. 264 na skrajnie wysokim poziomie, co przy wykonaniu 240 m rury daje wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie umowne na poziomie ok. 15 mln zł.

Zarzut ten został przez Izbę oddalony powyżej wskazanym wyrokiem, zaś zamawiający w odpowiedzi na skargę na przedmiotowy wyrok Izby złożoną przez odwołującego przedstawił dodatkowe argumenty i dowody wskazujące, że o żadnej pomyłce w s.i.w.z. ze strony zamawiającego nie ma mowy, a w ramach pozycji 264 przedmiaru robót wykonawcy będą musieli ułożyć tylko 24 cm rury dwudzielnej.

Odwołujący podkreślili, że Konsorcjum Dróg bud na rozprawie przed Izbą w dniu 24 kwietnia 2017r. potwierdziło, że w taki sam sposób rozumiało zapisy s.i.w.z., jak przedstawia to zamawiający, natomiast koszt wykonania tej pozycji i jest tak wysoki w ofercie Konsorcjum, bowiem Konsorcjum ujęło tu koszty spawania

światłowodu i zabezpieczenia go tzw. mufami. Odwołujący wskazali, że oświadczenie Konsorcjum Drogbud z rozprawy z dnia 24 kwietnia 2017r. co do sposobu wyceny poz. 264 Przedmiaru robót w powiązaniu z argumentacją zamawiającego, tworzą nowe okoliczności faktyczne sprawy, które nie były i obiektywnie nie mogły być przedmiotem zarzutu, a w ślad za tym wyrokowania w poprzedniej sprawie o sygn. akt KIO 693/17. Konsorcjum Drogbud nie było wzywane przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji pozycji 264 Przedmiaru robót, a co za tym idzie wyjaśnienia Konsorcjum Drogbud złożone na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2017 r. były pierwszymi wyjaśnieniami złożonymi przez tego wykonawcę w omawianym zakresie. Odwołujący nie mógł zaś domyślać się, jakie wyjaśnienia złożyłoby Konsorcjum Drogbud,

11

gdymy do wyjaśnień zostało wezwane i na tej podstawie konstruować zarzuty odwołania.

Takie podejście do zasady koncentracji środków ochrony prawnej prowadziłoby do absurdalnych skutków, czemu po części daje wyraz wyrok Izby w sprawie KIO 693/17 cytowany na wstępie niniejszego odwołania.

Odwołujący podnieśli, że w świetle oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Drogbud na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2017r., przyjąć należy, że także w przypadku POZ. 264 kosztorysu ofertowego mamy do czynienia z tzw. przeliczaniem kosztów. I tak:

W świetle wyjaśnień zamawiającego, poz. 264 Przedmiaru robót obejmuje: koszt zakupu 24 cm rury dwudzielnej opisanej w dokumentacji technicznej i jej montaż (czyli wycięcie w dwóch studniach otworów o średnicy 110 cm, o ile studnie nie zostaną zaprojektowane z odpowiednimi otworami, i przełożenie przez nie rury składającej się z dwóch elementów „zapinanych” na zasadzie zatrzasku, ewentualne uszczelnienie pianką). Odwołujący podkreślili, że wszelkie prace ziemne związane z zabudową studni i wykopem pod światłowodu są ujęte w innych pozycjach kosztorysu ofertowego.

Odwołujący wskazali, że cena rynkowa 1 mb rury to 39,90 zł. Cena zaoferowana w pozycji 264 przez konsorcjum Drogbud wynosi 15.778,41 zł, odliczając koszty pośrednie i zysk od tej wartości mamy cenę 14.839,59 kosztów bezpośrednich za ułożenie - zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego i firmy Drogbud - 24 cm rury dwudzielnej w dwóch odcinkach po 12 cm każdy, jako przejście przez ściankę studni. Przyjmując, że rura kosztuje 39,90 zł/mb, jako wartość do rozdysponowania na wykonanie dwóch przejść przez studnie pozostaje kwota 14.799,69 zł, co daje 7.399,84 zł za jeden otwór wywiercony w ścianie studzienki. Ta cena wydaje się być absurdalnie wysoka i powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego odnośnie niedozwolonej praktyki „przeliczania kosztów”.

Odwołujący podkreślili, że wycenili tę poz. na kwotę 107.69 zł netto za 1 m, zaś Budimex - 39.60 zł netto za 1m przy cenie Drogbud - 65.743.37 zł netto za 1m.

Odwołujący zaznaczyli, że zamawiający do przedmiaru robót wprowadził także następujące pozycje:

Poz. 2S7 D-01.03.04/01 Budowa studni kablowych prefabrykowanych rozdzielczych SKR -2 w gruncie kategorii III.

Poz. 262 D-01.03.04/01 Budowa rurociągu na głębokości 1 m w wykopie wykonanym koparkami łyżkowymi w gruncie kat. III-IV - rury w zwojach -1 rura HDPE 40 mm w rurociągu (HAWA)

12

Poz. 263 D-01.03.04/01 Budowa rurociągu na głębokości 1 m w wykopie wykonanym koparkami łyżkowymi w gruncie kat.III-IV - rury w zwojach - każda nast. rura HDPE 40 mm w rurociągu (HAWA) Krotność = 3

oraz pozycje dotyczące Kabli światłowodowych:

Poz. 265 D-01.03.04/04 Wyciąganie kabla światłowodowego z rurociągów kablowych

Poz. 266 D-01.03.04/04 Wciąganie kabli światłowod.do rurociągów kablowych z rur HDPE 40 mm z

warstwą poślizgową metodą pneumatyczną strumieniową - kabel w ode. o dług. 2 km

Poz. 267 D-01.03.04/04 Ręczne wciąganie kabla światłowod, do rurociągów kablowych z rur HDPE 40

mm z warstwą poślizgową

Poz. 268 D-01.03.04/04 Montaż złączy przelotowych na kablach światłowodowych tubowych ułożonych w kanalizacji kablowej /mufa zapinana /I spajany światłow.

Poz. 269 D-01.03.04/04 Montaż złączy przelotowych na kablach światłowodowych tubowych ułożonych w kanalizacji kablowej /mufa zapinana/każdy nast. spajany światłow.

Poz. 270 D-01.03.04/04 Montaż złączy końcowych kabli światłowodowych tubowych /przełącznica skrzynkowa /I spaj. światłowód

Poz. 271 D-01.03.04/04 Montaż złączy końcowych kabli światłowodowych tubowych /przełącznica

skrzynkowa /każdy nast. spaj. Światłowód

Odwołujący podkreślili, że prace związane z pracami opisanymi w DOZ. 264 Przedmiaru robót (powiązane technologicznie i funkcjonalnie) mają przypisane własne pozycje

Przedmiaru robót. W szczególności zamawiający osobno w DOZ. 268-271 Przedmiaru, nakazał wykonawcom wycenić prace związane ze spajaniem (spawaniem, łączeniem mufami) kabli światłowodowych.

W ocenie odwołujących, Konsorcjum Drogbud, oświadczając, że koszty łączenia kabli światłowodowych ujęło w pozycji 264 Przedmiaru robót, przyznało, że koszty, które powinno ująć w pozycji poz. 268-271 Przedmiaru, przerzuciło do POZ. 264.

Odwołujący zarzucili, że pogłębiona analiza wyjaśnień ceny złożonych przez Konsorcjum Drogbud w dniu 8 lutego i 1 marca 2017r. potwierdza, że zamawiający pobieźnie

13

zweryfikował wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Dokonana przez niego ocena wyjaśnień - badania oferty miała więc charakter jedynie formalny. I tak:

a) Poz. 52 i 54 kosztorysu ofertowego wg ST D-02.03.01 c:

Warstwa dolna podbudowy z kruszyw łamanych o grubości po zagęszczeniu 25 cm Nasyp zbrojony geomateracem. Geomaterac składający się z dwóch warstw kruszywa łamanego grubości po 25 cm, przewarstwionego georusztem. U podstawy geomateraca ułożono geowłókninę.

Zgodnie z odpowiedzią nr 110 z dnia 04.10.2016 r., pozycja dotyczy warstwy podbudowy z kruszywa gr. 25 cm. Przedmiar mówi o kruszywie łamanym, przy czym dokumentacja projektowa doprecyzowuje, że chodzi tu o kruszywo łamane 0/63 mm.

Konsorcjum Drogbud, wyjaśniając poz. 54 (pismo z dnia 1 marca 2017r. - kalkulacja w formie tabelarycznej, oferta Polskie Kruszywa Drogowe s.c. D. B.), wskazało, że do wykonania tej pozycji zamierza użyć „30% kruszywa z zakupu”, tj. kruszywa 0/31,5 mm (cena tego kruszywa jest przyjęta do wyliczeń ceny kosztorysowej; dla tego kruszywa wykonawca złożył deklarację właściwości użytkowych) i „70% kruszyw z kruszarki”.

W ocenie odwołujących, wyjaśnienia te wskazują na niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią s.i.w.z. w zakresie uziarnienia kruszywa (0/31.5 mm zamiast oczekiwanego przez zamawiającego 0/63 mm).

Odwołujący stwierdzili, że zamawiający, w oparciu o treść wyjaśnień, powinien również dopytać konsorcjum Drogbud o to, w której pozycji wykonawca ten wycenił kruszenie materiału z wykopu, a co za tym idzie powinien był odrzucić ofertę Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., względnie wezwać Konsorcjum Drogbud do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

b) Koszty transportu kruszywa - poz. 715,54,83,84,85,86 kosztorysu ofertowego.

Odwołujący podnieśli, iż – jak wynika ze złożonych wyjaśnień (pismo z dnia 8 lutego 2017r.

dot. poz. 715, pismo z dnia 1 marca 2017r. - dot. poz. 54, 83, 84, 85, 86) – Konsorcjum

Drogbud założyło zakup dla potrzeb poz. 715, 54, 83, 84, 85, 86 kruszywa z kopalni Grochowa (firma Polskie Kruszywa Drogowe s.c. D. B.).

Cena kruszywa przyjęta dla potrzeb wyliczenia cen jednostkowych wskazanych pozycji jest ceną loco kopalnia Grochowa (vide: oferta handlowa firmy Polskie Kruszywa Drogowe s.c. D. B. z dnia 11 listopada 2016r.), a co za tym idzie, Konsorcjum powinno było w wyliczeniach cen jednostkowych uwzględnić także koszt transportu kruszywa na plac budowy. Koszt ten jest ujęty we wskazanych pozycjach w wysokości 8,94 zł za 1 tonę (Mg) kruszywa, przy czym

14

koszt ten został ustalony przy założeniu, że koszt 1 km transportu wynosi 2,6 zł, a ilość kilometrów do przejechania to 86.

W ocenie odwołujących, odległość przyjęta do wyliczenia kosztów transportu jest nieprawidłowa. Jest to odległość między placem budowy a siedzibą sprzedawcy, nie zaś lokalizacją kopalni. Kopalnia oddalona jest od miejsca wykonywania zamówienia o 140 km (1

km dojazdu do kopalni z drogi krajowej, 136 km drogami krajowymi, 3 km połowa odcinka obwodnicy). Jest to najkrótsza droga, jaką może odbywać się transport ciężarowy, na wszystkich innych ustawione są ograniczenia tonażu. Traktując kalkulację konsorcjum Drogbud jako wyjściową, oznacza, że koszt transportu każdej tony kruszywa jest niedoszacowany o 5,96 zł:

Przyjęte w kalkulacji $86 \text{ km} \times 2,6 \text{ zł}/25\text{Mg} = 8,94 \text{ zł}/\text{Mg}$.

Powinno być przyjęte $140 \text{ km} \times 2,6 \text{ zł}/25\text{Mg} = 14,56 \text{ zł}/\text{Mg}$.

Różnica (niedoszacowanie) 5,62 zł/Mg plus Kp 5% plus Zysk 1% daje łącznie 5,96 zł/Mg.

Odwołujący zaznaczyli, że na wskazanych pozycjach to niedoszacowanie sięga ok. 223 tys.

zł, przy czym ten sam materiał jest wykorzystywany także do wykonania szeregu innych pozycji. Z dużym prawdopodobieństwem można założyć, że Konsorcjum Drogbud dla wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, w których wykorzystuje ten sam materiał, przyjęło tego samego dostawcę i ten sam koszt transportu kruszywa. Niedoszacowanie ceny ofertowej może więc być znacznie większe.

Odwołujący stwierdzili, że poziom tego niedoszacowania jest dla odwołującego trudny do oszacowania, skoro zamawiający w żaden sposób nie zweryfikował wyjaśnień ceny wykonawcy, w tym nie wezwał go do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym wyjaśnień względem innych pozycji kosztorysu ofertowego - pozycji powiązanych ze wskazanymi pozycjami.

Odwołujący zauważyli, że oferta handlowa firmy Polskie Kruszywa Drogowe s.c. D. B. z dnia 11 listopada 2016 r. na sprzedaż kruszywa nie obejmuje informacji, czy cena loco kopalnia obejmuje załadunek materiału czy nie, co również nie zostało zweryfikowane przez

zamawiającego, a co może spowodować dalsze niedoszacowanie kosztów.

W ocenie odwołujących, niedoszacowanie kosztów transportu świadczy o zaniżeniu kosztów wykonania zamówienia (nawet o rażąco niskiej cenie) oraz o niezgodności treści oferty z SIWZ, skoro cena ofertowa miała obejmować wszystkie koszty wykonania zamówienia, a opisane powyżej działania Konsorcjum Drogbud świadczą także o tym, że wykonawca składając ofertę, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

15

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 lipca 2017 roku zamawiający wniósł o:

- a) oddalenie odwołania w całości, jako oczywiście bezzasadnego,
- b) ewentualnie, w przypadku uznania, iż odwołanie nie podlega oddaleniu w całości, o spóźnionych zarzutów bez merytorycznego ich rozpoznania, oraz oddalenie oddalenie pozostałych zarzutów jako nieuzasadnionych,
- c) zasądzenie od Odwołującego zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie);

Zamawiający zauważył, iż odwołanie z dnia 4 lipca 2017 roku to drugie odwołanie odwołującego wniesione w ramach niniejszego postępowania, w oparciu o zbliżone zarzuty. Z kolei przed Sądem Okręgowym w Opolu zawisła sprawa ze skargi odwołującego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, wydane w niniejszej sprawie. Przedmiotowe odwołanie stanowi zatem już 3 środek odwoławczy odwołujących w niniejszym stanie faktycznym.

Dnia 28 marca 2017 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Drogbud.

Dnia 7 kwietnia 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 687/17) oraz odwołujących (sygn. akt KIO 693/17).

Odwołujący podniósł następujące zarzuty w odwołaniu z dnia 7 kwietnia 2017 roku:

- a) naruszenie art. 8 ust. 3 w zw. z ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które Konsorcjum Drogbud zastrzegło jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez odwołujących z przysługujących mu na mocy ustawy P.z.p.

środków prawnych;

- b) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez ukształtowanie przez Strabag, Konsorcjum Drogbud i Skanska cen jednostkowych za wykonanie wskazanych w dalszej

części odwołania pozycji rozliczeniowych w taki sposób, że ceny te nie obejmują wszystkich kosztów wykonania prac opisanych, w tych pozycjach oraz ujęcie kosztów ich wykonania w innych pozycjach, co jednocześnie powoduje, że złożenie przez nich ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie zamawiający, nie odrzucając ich ofert, naruszył

16

art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

alternatywnie

c) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Drogbud i Skanska, mimo że treść tych ofert nie odpowiada treści s.i.w.z., w zakresie w jakim wykonawcy ci zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia z materiałów niezgodnych z s.i.w.z.;

d) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58 K.c. i art. 14 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Drogbud, Strabag i Skanska, mimo iż wykonawcy ci celowo zawyżyli koszt wykonania niektórych pozycji kosztorysu ofertowego licząc, iż rzeczywiste wynagrodzenie otrzymane od zamawiającego będzie wyższe, co stanowi - jako czynność sprzeczna z dobrymi obyczajami - czyn nieuczciwej konkurencji, względnie powoduje nieważność ich ofert na podstawie art. 58 § 2 K.c.;

e) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Drogbud w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Drogbud, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę;

f) naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Drogbud, mimo faktu, że przystępujący jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, a zamawiający nie przeprowadził pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, nie obalających domniemania, że cena oferty jest rażąco niska;

g) naruszenie art. 7 P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W odwołaniu z dnia 7 kwietnia 2017 roku odwołujący wskazał następujące pozycje kosztorysu ofertowego Konsorcjum Drogbud, które rzekomo zostały przez niego niewłaściwie skalkulowane: poz. 51; poz. 52 i 54; poz. 91, poz. 96 oraz poz. 264.

Wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2017 roku Izba uwzględniła odwołanie odwołującego z dnia 7 kwietnia 2017 roku jedynie co do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. W wyroku Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz

17

dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odtajnienie informacji złożonych przez Konsorcjum Drogbud, złożonych zamawiającemu w wyniku wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz nakazała wezwanie Skanska S.A. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba nie nakazała przy tym wezwania Konsorcjum Drogbud do udzielenia wyjaśnień.

Izba wskazała jednocześnie, iż „Mając na uwadze to, że pozostałe zarzuty dotyczące odrzucenia oferty konsorcjum Drogbud z powodu złożenia zbyt ogólnikowych i lakonicznych wyjaśnień i niewykazania, że cena oferty jest ceną realną, zostały podniesione przez odwołującego jedynie z daleko posuniętej ostrożności procesowej i wskazane w odwołaniu jako alternatywne wobec zasadniczego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p., Izba pozostawiła je bez rozpoznania. Wobec uwzględnienia zasadniczego zarzutu dotyczącego bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pozostałe zarzuty - zgłoszone jako alternatywne i podniesione jedynie z ostrożności procesowej — dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. przez zaoferowanie przez Drogbud wykonania zamówienia z materiałów niezgodnych z wymaganiami SIWZ oraz nieuprawnionego przesunięcia kosztów wykonania pozycji 51, 54 i 86 do innych pozycji kosztorysu, Izba pozostawiła bez rozpoznania.:

Dnia 29 maja 2017 roku za pośrednictwem Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący wnieśli

skargę do Sądu Okręgowego w Opolu na ww. wyrok KIO w zakresie, w jakim KIO oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w zakresie poz. 264 kosztorysu ofertowego). Zamawiający po dokonaniu, zgodnie z ww. orzeczeniem KIO, ponownego badania i oceny ofert, dnia 26 czerwca 2017 roku poinformował wykonawców o ponownym wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Drogbud.

Dnia 4 lipca 2017 roku do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło kolejne odwołanie.

Zamawiający stwierdził, że – prócz samej merytorycznej bezzasadności odwołania – zamawiający wskazał również, iż odwołanie podlega oddaleniu przez wzgląd na niespełnienie przesłanek formalnych. Zamawiający stwierdził, że odwołujący podniósł w odwołaniu szereg zarzutów polegających na naruszeniu wielu przepisów P.z.p., jednakże w uzasadnieniu nie odnosi się konkretnie do stawianych zarzutów, a jedynie opisuje ogólnie zaistniały stan faktyczny, z wyszczególnieniem poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego (nie przypisując jednak konkretnego zarzutu do wskazywanej pozycji kosztorysowej). Nie sposób zatem jednoznacznie wywieść z przedmiotowego uzasadnienia, która jego część odnosi się do

18

konkretnych zarzutów wskazanych w petitum odwołania. Powyższe w istocie uniemożliwia zamawiającemu odniesienie się do konkretnych zarzutów, tym bardziej iż odwołanie zawiera ich aż pięć. Przez wzgląd na tak ogólnikowe i lakoniczne uzasadnienie, nie odnoszące się precyzyjnie do wskazywanych przez odwołującego zarzutów, zamawiającemu trudno jest się do nich odnieść i skonstruować wyczerpującą odpowiedź na odwołanie, która w sposób całkowity będzie chroniła interesy zamawiającego. Wydaje się bowiem, iż uzasadnienie odwołania dotyczy tak naprawdę jednego zarzutu — nieodrzczenia oferty przystępującego, a wielość pozostałych zarzutów odwołującego i brak ich szczegółowego uzasadnienia świadczy o braku merytorycznej argumentacji co do każdego z nich.

Powyższe, tj. brak uzasadnienia każdego z zarzucanych zamawiającemu czynów i rzekomych zaniechań, winno, zdaniem zamawiającego skutkować oddaleniem odwołania, jako niespełniającego wymogów formalnych dla danego środka odwoławczego. Mając bowiem na uwadze art. 180 ust. 3 ustawy P.z.p. uznać należy, iż konieczność wskazania okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania należy rozumieć właśnie jako uzasadnienie każdego ze stawianych zarzutów.

Zamawiający wskazał, że stan faktyczny sprawy nie uległ zmianie. Zamawiający odtajnił jedynie, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27 kwietnia 2017 roku, wyjaśnienia przystępującego, oraz dokonał ponownego badania i oceny ofert. Nie zmieniło to jednak poczynionych ustaleń faktycznych i prawnych w niniejszej sprawie.

Ponadto, w ocenie zamawiającego, istotne w realiach niniejszej sprawy, jak również w świetle uznania części zarzutów za spóźnione, jest uzasadnienie wyroku Izby z dnia 27 kwietnia 2017 roku, w zakresie, w którym Izba pozostawiła zarzuty alternatywne odwołującego bez rozpoznania.

Zatem, zdaniem zamawiającego, odwołujący, mogli w odwołaniu powołać jedynie te zarzuty ewentualne, które Izba pozostawiła bez rozpoznania w wyroku z dnia 27 kwietnia 2017 roku, a które dotyczyły wyjaśnień przystępującego w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto, w związku z brakiem uzasadnienia odwołującego dla stawianych zarzutów, zamawiający stwierdził, że zmuszony jest przyjąć systematykę wskazywaną w uzasadnieniu odwołania i odnieść się do poszczególnych pozycji przedmiarowych, w stosunku do których zarzuty uznać należy za spóźnione.

a) Poz. 264 kosztorysu ofertowego

Zamawiający stwierdził, że z uwagi na takt, iż w zakresie przedmiotowego zarzutu toczy się sprawa przed Sądem Okręgowym w Opolu, ze skargi odwołujących, to podnoszenie tego zarzutu uznać należy za niedopuszczalne, skoro sprawa jest nadal w toku.

19

Ponadto zamawiający stwierdził, że w sprawie przedmiotowego zarzutu może mieć również zastosowanie art 189 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Zamawiający wskazał, że zarzut dot. poz. 264 kosztorysu ofertowego, nie został w wyroku z

dnia 27 kwietnia 2017 roku uznany przez Izbę za przedwczesny, a Izba odniosła się do niego merytorycznie, co zresztą spowodowało wniesienie przez odwołującego skargi do sądu w niniejszym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający stoi na stanowisku, iż zarzuty dot. poz. 264 kosztorysu ofertowego winny zostać oddalone bez ich merytorycznego rozpoznania, jako zarzuty niedopuszczalne, z uwagi na ich rozpoznanie przez Izbę w wyroku z dnia 29 maja 2017 roku.

b) Zarzut dotyczący zaniechania wezwania do wyjaśnień następujących pozycji kosztorysowych: poz. 91 oraz poz. 715. 54. 83, 84. 85 i 86.

Zamawiający stwierdził, że wzywał przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. tylko do określonych pozycji i tylko w stosunku do tych pozycji, zdaniem zamawiającego, odwołujący może podnosić teraz zarzut zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 3 lutego 2017 roku (znak WP.6021.07.2016 - w aktach sprawy) zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia następujących pozycji kosztorysowych: poz. 9, 75, 311, 363 oraz 715.

Z kolei pismem, z dnia 22 lutego 2017 roku (znak WP.6021.07.2016 - w aktach sprawy) zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia następujących pozycji kosztorysowych: 51, 54, 83, 84, 85 oraz 86. Wszystkie inne pozycje kosztorysu ofertowego nie były objęte wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zdaniem Zamawiającego, stawianie zarzutu zaniechania wezwania w zakresie poz. 91 oraz poz. 52 kosztorysu ofertowego dopięto teraz uznać należy za spóźnione. Odwołujący miał już w kwietniu wiedzę, o wyjaśnienie jakich pozycji przystępujący został wezwany i mógł podnieść ten zarzut już w pierwszym odwołaniu, jednak tego nie uczynił.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zarzuty spóźnione podlegają oddaleniu bez merytorycznego ich rozpoznania (wyrok z dnia 18 lipca

20

2016 roku, sygn. akt KIO 1362/14, wyrok z dnia 29 stycznia 2014 roku, sygn. akt KIO 61/14.).

Zamawiający wskazał, że w niniejszym stanie faktycznym nie można zatem mówić o niezgodności treści oferty przystępującego z s.i.w.z., ponieważ oferta przystępującego, w tym złożone przez niego wyjaśnienia, udowodniły, iż przystępujący zapewni realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, zgodnym z s.i.w.z. Wydaje się zatem, iż odwołujący nieprawidłowo interpretują pojęcie niezgodności z s.i.w.z. Nie jest to bowiem każde, nawet minimalne odstępstwo od treści specyfikacji, a jedynie takie odstępstwo, które w konsekwencji spowoduje nienależytą realizację przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym przypadku, po analizie wyjaśnień przystępującego, zamawiający uznał, iż zaoferowana cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia i można za nią wykonać zamówienie na zakładanym przez zamawiającego poziomie jakości.

Zamawiający stwierdził, że w wyroku w sprawie KIO 687/17, KIO 693/17 Izba za niedozwolone uznała przerzucanie kosztów pomiędzy poszczególnymi, nie powiązаныmi ze sobą pozycjami. W działaniach przystępującego nie można się dopatrzeć takiej praktyki.

c) Art. 90 ust. 2 Pzp

Zamawiający stoi na stanowisku, iż Konsorcjum Drogbud wykazało, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

d) Art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

W ocenie zamawiającego odwołujący nie wskazał na żaden konkretny dobry obyczaj, który mógłby zostać naruszony działaniem przystępującego. Nie sposób zatem, uznać, iż przystępujący w jakikolwiek sposób udowodnił naruszenie dobrych obyczajów, czy zasad uczciwej konkurencji. Powołanie stanowisk doktryny nie może bowiem o tym przesądzać.

a) poz. 91 kosztorysu ofertowego

Zamawiający stoi na stanowisku, iż cena wskazana w poz. 91 kosztorysu ofertowego nie jest ceną rażąco niską, jak również jest zgodna z s.i.w.z.

Sam fakt, iż odwołujący wycenili przedmiotową pozycję w wyższej wysokości, aniżeli przystępujący, zdaniem zamawiającego w żaden sposób nie przesądza o rażąco niskiej cenie za podaną pozycję kosztorysową. Każdy z wykonawców, składając ofertę, przyjmuje inną, konkurencyjną, metodę kalkulacji swojej oferty. W przeciwnym wypadku mielibyśmy do czynienia z ofertami zawierającymi dokładnie taką samą wycenę. Zaś regułą jest, że w zamówieniach na roboty budowlane wskazywane przez wykonawców ceny zasadniczo

rażąco niskiej ceny, a świadczy jedynie o odmiennym podejściu przez poszczególnych wykonawców do sporządzania wycen.

Zamawiający zauważył, że nie wzywał przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odnośnie poz. 91, zatem ciężar dowodu oraz wykazania iż wskazana przez przystępującego cena przedmiotowej pozycji jest rażąco niska, spoczywa na odwołujących. Odwołujący z kolei w żaden sposób nie udowodnili, iż przystępujący zaoferował cenę rażąco niską. Sam fakt, iż cena odwołujących jest wyższa, nie oznacza, że przystępujący zaoferował cenę rażąco niską, a jedynie niższą od odwołujących. Nie można także wykluczyć, że to odwołujący zaoferowali cenę rażąco wygórowaną.

Zamawiający wskazał, że cena podana w poz. 91 kosztorysu ofertowego przez przystępującego nie stanowiła najniższej ceny spośród wszystkich złożonych ofert, stanowi ona 62% średniej wartości dla tej pozycji spośród wszystkich ofert. Po przeanalizowaniu przez zamawiającego cen zaoferowanych przez innych w przedmiotowym postępowaniu, stwierdzono, że cena, jaką zaoferowali odwołujący, jest wyższa od średniej ceny uzyskanej ze wszystkich ofert i stanowi 131% ich wartości. Powyższe może również dowodzić, że to cena odwołujących została oszacowana na rażąco wygórowanym poziomie.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z pkt. 2.2 STWOiRB [Kruszywo] „Do wytwarzania mieszanki betonowej należy stosować kruszywo mineralne naturalne, grys z otoczek lub surowca skalnego, kruszywo z ŻPŻ/a wielkopiecowego kawałkowego oraz mieszanki tych kruszyw. Uziarnienie kruszywa wchodzącego w skład mieszanki betonowej powinno być tak dobrane, aby mieszanka ta wykazywała maksymalną szczelność i urabialność przy minimalnym użyciu cementu i wody. Zamawiający wskazał, że przystępujący posiada własną kruszarkę, co pozwala zastosować kruszywo pochodzące z budowy oraz przede wszystkim umożliwia znaczące obniżenie kosztów, a tym samym mniejszą wycenę poz. 91 kosztorysu ofertowego, dot. podbudowy z betonu cementowego.

Tym samym, w ocenie zamawiającego, wskazana przez odwołujących argumentacja podnoszona w odwołaniu, jakoby przystępujący przenosił koszty związane z przedmiotową pozycją do innych pozycji rozliczeniowych jest: bezzasadna.

poz. 264 kosztorysu ofertowego

Zamawiający załączył do odwołania odpowiedź na skargę z dnia 16 czerwca 2017 roku i oświadczył, że popiera argumentację tam wskazaną w zakresie poz. 264 kosztorysu ofertowego.

poz. 52 i 54 kosztorysu ofertowego

Zamawiający oświadczył, że wezwał przystępującego do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny poz. 54 kosztorysu ofertowego. Mając na uwadze fakt, iż zamawiający nie wzywał przystępującego o wyjaśnienie w zakresie poz. 52 kosztorysu ofertowego, to zamawiający stoi na stanowisku, iż przedmiotowy zarzut, na obecnym etapie postępowania, jest spóźniony.

Zamawiający stwierdził, że przedstawionej przez przystępującego kalkulacji szczegółowej wynika, iż wykonawca założył, że wykona omawianą warstwę dolną podbudowy kruszywa 0/63 mm z 30% kruszywa pochodzącego z zakupu i z 70% z kruszywa pochodzącego z kruszenia materiału z wykopu. Badania geologiczne załączone do projektu wykazały zaleganie w gruncie skały litej, która zgodnie z dokumentacją projektową i kosztorysem ofertowym - pozycja 48 musi zostać odspojona i wywieziona na składowisko wykonawcy w ilości 18 327,98 m³. Przystępujący zaprojektuje mieszankę kruszywa 0/63 mm bezpośrednio na placu budowy. Przystępujący na wykonanie powyższej pracy zadeklarował cenę jednostkową w kwocie 29,50 zł/m³ (dla porównania odwołujący w kwocie 10,04 zł/m³). Przystępujący w wyjaśnieniach do pozycji 54 kosztorysu ofertowego przedstawił niezbędną sprzęt do sporządzenia zakładanej mieszanki kruszyw 0/63 mm, czyli kruszarkę (10 dni roboczych po 8h), przesiewarkę - sortownik (10 dni. roboczych) i dodatkowy sprzęt pomocniczy typu ładowarka i samochody ciężarowe. Przy założeniu, że do przekruszenia potrzebna jest ilość 7 365,05 ton można stwierdzić, w opinii zamawiającego, że przyjęte wydajności są możliwe do wykonania.

Zamawiający stwierdził, że mając na uwadze powyższe, w związku z faktem posiadania przez przystępującego kruszarki, wykorzysta on kruszywo z budowy, zaś tylko brakującą ilość (o ile taka sytuacja w ogóle będzie miała miejsce) przystępujący będzie musiał dokupić. Przystępujący będzie musiał przedstawić do zatwierdzenia zgodnie z procedurą SST do nadzoru budowy wykonaną mieszankę kruszywa 0/63 mm. Mieszanka przed zatwierdzeniem musi posiadać odpowiednie badania laboratoryjne wykonane przez laboratorium drogowe wykonawcy i nadzoru budowy. Przystępujący bierze na siebie pełne ryzyko i koszty związane z badaniem i zatwierdzeniem wykonanej mieszanki z kruszywa 0/63 mm. Zamawiający stwierdził, że uznał wyjaśnienia przystępującego za spójne, logiczne i nie ma co do nich żadnych zastrzeżeń. c) poz. 71 5, 54, 83, 84, 85, 86 kosztorysu ofertowego Zamawiający wskazał, że rozpatrywał wyjaśnienia przystępującego odnośnie pozycji przedmiarowych dot. warstw kruszyw globalnie, a nie na poziomie szczegółowości prezentowanym w odwołaniu.

23

Istotne znaczenie dla zamawiającego miał fakt, iż przystępujący zdołał wykazać pochodzenie mieszania 0/31,5 mm dla wszystkich pozycji — od tego samego producenta. Stanowi to dla zamawiającego wystarczające i przekonujące wykazanie uzyskanej przez przystępującego korzystnej ceny zakupu materiału.

Odnosząc się do kwestionowanej przez odwołujących założonej w kalkulacji odległości, zamawiający wskazał, iż z przedłożonej kalkulacji oraz wyjaśnień wynika transport dwuetapowy.

W pierwszej kolejności transport, pomiędzy kopalnią a placem składowym, który to transport został wyceniony na poziomie ponad przyjętym w kosztorysowaniu 80 % jako koszty zakupu. Poziom ten został uznany przez zamawiającego za realistyczny i co do zasady poprawny metodologicznie. Żądanie bardziej szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie było zbyteczne przy znacznych wahaniami cen paliw, wszelkie podane w tym zakresie kwoty stanowią co do zasady jedynie przybliżoną prognozę przyszłych wydatków.

Zamawiający wskazał, że odwołujący w odwołaniu kwestionuje tylko jedną wartość (ilość kilometrów) i to przy braku wystarczających danych - nie zna bowiem dokładnej lokacji bazy (placu składowego) przystępującego. Z kolei zamawiający wziął tutaj pod uwagę całość wyjaśnień przystępującego, w tym także informację o równoległym prowadzeniu kilku budów, co pozwala w szczególności na optymalizowanie kosztów zakupu i transportu materiałów na poszczególne budowy, nie na poziomie kalkulacji, lecz w trakcie rzeczywistego zarządzania logistyką.

Z kolei drugi etap transportu wskazany w kalkulacji przystępującego, to bezpośrednie przewożenie materiałów z ww. placu składowego na plac budowy, które zostało wycenione w oparciu o stawki godzin wynajmu np. samochodów trzyosobowych. Także w tym zakresie podane w kalkulacji przystępującego kwoty zostały uznane przez zamawiającego za niebudzące wątpliwości co do ich realności.

Przystępujący w piśmie z dnia 19 lipca 2017 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowe.

Przystępujący wskazał, że oferta przystępującego nie jest niezgodna z s.i.w.z. ani nie narusza art. 3 oraz art. 15 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie przystępującego, zarzut świadczy o traktowaniu przepisów o ochronie konkurencji w całkowitym oderwaniu od specyfiki prowadzenia działalności gospodarczej w branży budowlanej. Odwołujący zupełnie pomija przedmiot zamówienia i skupia się na kosztorysowych wyliczeniach poszczególnych pozycji o niewielkiej wartości jednostkowej,

24

które wobec złożoności inwestycji budowlanej w bardzo ograniczonym zakresie wpływają na ostateczną cenę oferty. Tymczasem Zamawiający, oceniając ofertę w kontekście przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy też przesłanki rażąco niskiej ceny, każdorazowo musi brać pod uwagę całość zadania objętego przedmiotem zamówienia.

Wskazane przez odwołujących pozycje kosztorysu, w których — zdaniem odwołujących — przystępujący dopuścił się naruszeń, stanowią jedynie ok. 3% przedmiotu zamówienia, a patrząc przez pryzmat porównania cen w ofertach odwołujących i przystępującego, różnica

między nimi w kwestionowanych przez odwołującego pozycjach wynosi zaledwie niecałe 800 tys. zł, co stanowi ok. 2,3% wartości przedmiotu zamówienia.

W ocenie przystępującego, niezgodne z istotą zamówienia na roboty budowlane jest traktowanie poszczególnych cen jednostkowych w oderwaniu od całości oferty, jakby poszczególne prace stanowiły niezależne elementy przedmiotu zamówienia, gdyż w rzeczywistości składają się one na uszeregowane w kolejności technologicznej wykonania zestawienie przewidywanych prac koniecznych dla zrealizowania obiektu lub obiektów budowlanych

Odwołujący, w ocenie przystępującego, nie udowodnili okoliczności świadczących o celowym złożeniu oferty z zaniżoną ceną mających doprowadzić do wykluczenia odwołujących z rynku zamówień budowlanych lub ograniczenia jego pozycji na rynku. Odwołujący nie wykazali, że sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działających w określonej branży. Ocena złożenia oferty z niską ceną pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji wymaga przeanalizowania przesłanek utrudniania dostępu do rynku z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Wskazany przepis stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Do stwierdzenia stosowania wskazanego czynu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niezbędne staje się wykazanie: sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaży poniżej kosztów zakupu w wyniku czego dochodzi do utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do zamówienia publicznego, co ma na celu (zmierza do) eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Wskazane powyżej przesłanki muszą wystąpić kumulatywnie. Samo złożenie oferty z niską ceną lub też ceną poniżej kosztów wytworzenia nie dowodzi stosowania czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. Niezbędne bowiem staje się wykazanie, iż złożenie oferty z

25

ceną niską lub ceną nierealną miało na celu (zmierzało do) utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom.

W ocenie przystępującego, odwołujący w żaden sposób nie udowodnili ww. okoliczności w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 oraz art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w związku z art. 3 ust 1 i 15 u.z.n.k, przystępujący wskazali wskazać, art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Obowiązek żądania wyjaśnień aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wskazanych wątpliwości, zatem zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz dowodów zależy, co do zasady, od oceny oferty przez zamawiającego. Zgodnie z najnowszą interpretacją UZP w zakresie badania rażąco niskiej ceny, dostępną na stronie Urzędu Zamówień Publicznych: „W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym)”.

O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji, należy odrzucić automatyczne przyjmowanie,

że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10) stwierdzając, że: „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena

najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame"

W ocenie przystępującego, odwołujący nie wykazali, że kwestionowane w odwołaniu poz. 52, 54, 83, 84, 85, 86, 91, 264, 715 kosztorysu ofertowego stanowią istotne części składowe

26

ceny oferty. Jak już zostało wyżej wskazane, zgodnie z kosztorysem ofertowym przystępującego, wartość prac objętych powyżej wskazanymi pozycjami kosztorysu wynosi 1.216.444,02, co przy wartości całego zamówienia 33.999.999,99 zł stanowi około 3% wartości zamówienia. Pojedyncze niskie ceny poszczególnych pozycji kosztorysu, które nie stanowią znacznego elementu całości zamówienia, nie mogą być zatem podstawą do uznania, iż cena wskazana przez przystępującego jest rażąco niska.

Przystępujący podnieśli, że także w ofercie odwołujących można znaleźć szereg cen znacznie niższych niż te proponowane przez innych wykonawców oraz szereg niekonsekwencji przy formułowaniu poszczególnych składników cen.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów dotyczących pozycji 91, 52 i 54 w przedmiocie ich ewentualnej niezgodności z treścią s.i.w.z i niezasadne w zakresie poz. 264 kosztorysu ofertowego oraz w zakresie pozycji 52, 54, 715, 83, 84, 85, 86 w przedmiocie zaniechania rzetelnego wyjaśnienia ich wyceny przez zamawiającego

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, iż część zarzutów odwołania należy uznać za spóźnione, Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska zamawiającego w tym zakresie.

Wyrokiem z dnia 27 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 687/17, KIO 693/17 Izba nakazała zamawiającemu m.in. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odtajnienie informacji zastrzeżonych przez konsorcjum Drogbud, złożonych zamawiającemu w dniu 8 lutego i 1 marca 2017r.

Wyjaśnienia przystępującego zostały zatem udostępnione odwołującym w wyniku wykonania tego wyroku, zatem dopiero po zapoznaniu się z nimi odwołujący mogli formułować zarzuty względem wyjaśnień przystępującego i ich oceny przez zamawiającego. Podkreślenia

wymaga, że zamawiający – w związku z nakazaniem przez Izbę ponownej oceny ofert – był uprawniony i zobowiązany do ponownego zbadania wycenionych pozycji i ich wyjaśnień i czynności te mógł wykonywać aż do ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i

poinformowaniu o tej czynności wykonawców biorących udział w postępowaniu. Dopiero z momentem poinformowania o wyborze oferty dla odwołujących otworzył się termin do zaskarżenia czynności i ewentualnych zaniechań zamawiającego w tym przedmiocie.

W tym miejscu Izba podkreśla, że w pełni popiera stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 27 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 687, KIO 693/17.

27

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego pozycji 91 kosztorysu ofertowego, Izba uznała za konieczne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wszystkich elementów składających się na wykonanie robót wskazanych w tej pozycji. Konsorcjum Drogbud wyceniło tę pozycję na 45,00 zł netto za 1m², podczas gdy odwołujący wycenili ją na 95,00 zł za 1 m².

Zgodnie z pkt 12.4. s.i.w.z., wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót. Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru robót nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz powinny być uwzględnione przez wykonawcę w cenach wpisanych w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do kosztorysu ofertowego. Zamawiający zastrzega prawo wglądu do kosztorysu szczegółowego wykonawcy na każdym etapie postępowania i realizacji zamówienia.

Interpretacja wskazanego wyżej postanowienia s.i.w.z. nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż wykonawcy, sporządzając kosztorys ofertowy, winni byli uwzględnić w nim wszystkie

elementy konieczne do wykonania robót wskazanych w poszczególnych pozycjach kosztorysu, nawet wówczas, gdy elementy te nie były wyrażone *expressis verbis* w opisie poszczególnych pozycji. Elementy te – zgodnie z cytowanym wyżej fragmentem s.i.w.z. – winny były być uwzględnione „w cenach wpisanych w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego.” W ocenie Izby określenie „stosowne” nie oznacza, że wszystkie elementy konieczne do wykonania danej pozycji, muszą być wycenione w tej samej pozycji, lecz mogą być wycenione również w pozycjach powiązanych z nią technologicznie czy organizacyjnie.

Powyższe wynika również z wyroku sygn. akt: KIO 687,693/17:

Zdaniem Izby, przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia istotnym jest, aby koszty prac, w tym koszty zakupu materiałów, sprzętu, robocizny były ujęte w odpowiednich adekwatnych dla nich pozycjach kosztorysu ofertowego lub w pozycjach ściśle z nimi związanych. Związanie to może mieć charakter technologiczny, funkcjonalny etc. Przy

wynagrodzeniu kosztorysowym, którego istotą jest rozliczanie prac wg faktycznie zrealizowanych robót w oparciu o stawki ujęte w kosztorysie ofertowym wykonawcy, rzetelna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych ma doniosłe znaczenie.

Izba, oceniając materiał dowodowy złożony w sprawie, uznała, że przystępujący w pozycji 91 nie wycenił kosztów wszystkich robót wymaganych dla wykonania czynności wskazanych w tej pozycji. Odwołujący złożyli jako dowód w sprawie sporządzoną przez przystępującego kalkulację ceny poz. 91 kosztorysu ofertowego z dnia 24 kwietnia 2017 roku wraz ofertą wykonawcy i deklaracjami właściwości użytkowych. Jak wynika z protokołu rozprawy w

28

sprawie KIO 687,693/17, kalkulacja ta była złożona przez przystępującego podczas rozpoznawania odwołania o sygn. akt KIO 693/17. Z kalkulacji tej wynika, że dla czynności wskazanych w pozycji 91 przystępujący uwzględnił jedynie koszt materiałów, tj. beton i zbrojenie. Nie uwzględnił natomiast innych elementów, w tym kosztów robocizny, pracy urządzeń itp.

Przystępujący na rozprawie w dniu 19 lipca 2017 roku potwierdził, że złożył wskazaną kalkulację jako dowód w sprawie KIO 693/17, niemniej jednak stwierdził, że była to kalkulacja pogładowa. Jednocześnie złożył do akt kolejną kalkulację, w której wyszczególnił takie pozycje, jak: cement, kruszywo (grys), napowietrzacz, piasek, plastyfikator, siatka zbrojeniowa, woda, ładowarka, wytwórnia i samochody.

Izba, analizując treść obydwu złożonych kalkulacji, skonstatowała, że kalkulacje te zasadniczo różnią się od siebie. Zawierają one inne dane i nie wiadomo, na czym miałyby polegać pogładowy charakter kalkulacji z dnia 24 kwietnia 2017 roku. Zarówno do jednej, jak i do drugiej dołączono dowody w postaci ofert dostawców określonych materiałów i usług. Zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy P.z.p., Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Izba nie jest związana ścisłymi regułami dotyczącymi postępowania dowodowego i dokonuje jego oceny zgodnie z zasadami logiki i na podstawie doświadczenia życiowego.

Na temat zasady swobodnej oceny dowodów w postępowaniu cywilnym wielokrotnie wypowiadały się sądy powszechne i Sąd Najwyższy. Stanowiska zawarte w orzeczeniach sądów, z uwagi na identyczne uregulowanie dotyczące zasady oceny dowodów w postępowaniu cywilnym i w postępowaniu odwoławczym, są adekwatne również w przypadku oceny materiału dowodowego przez Krajową Izbę Odwoławczą. Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. (...) Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie Sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia

życiowego, nie

uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez Sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. Natomiast jeżeli z określonego materiału dowodowego Sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena Sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne (wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 13 marca 2014 roku, sygn. akt: III Ca 1145/13).

29

Wskazując na powyższe, Izba podkreśla, iż nie dała wiary kalkulacji złożonej na rozprawie w dniu 19 lipca 2017 roku. Trudno oprzeć się wrażeniu, iż kalkulacja ta została sporządzona na potrzeby postępowania odwoławczego, po zapoznaniu się z treścią podniesionych zarzutów, tym bardziej, że nie zawiera ona daty jej sporządzenia. Przypuszczać należy, iż, gdyby przystępujący dysponował tą kalkulacją wcześniej, złożyłby ją na rozprawie w dniu 24 kwietnia br.

Jak już wyżej wskazano, koszty poszczególnych pozycji powinny być zostać wycenione bądź w danej pozycji, bądź też w pozycjach powiązanych z nią funkcjonalnie i metodologicznie. Z dowodów zgromadzonych w sprawie nie sposób wywieść, w których pozycjach zostały uwzględnione koszty pozycji 91. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie pozycji 91. Zamawiający, po otrzymaniu wyjaśnień, będzie mógł ocenić, czy pozycja ta została wyceniona zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., w tym – w szczególności – z pkt. 12.4 s.i.w.z. Izba uznała za zasadne zarzuty dotyczące pozycji 52 i 54 kosztorysu ofertowego zakresie ich ewentualnej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w opisie wskazał pozycje jako: „Warstwa dolna podbudowy z kruszyw łamanych o grubości po zagęszczeniu 25 cm. Nasyp zbrojony geomateracem. Geomaterac składający się z dwóch warstw kruszywa łamanego grubości po 25 cm, przewarstwionego georusztem. U podstawy geomateraca ułożono geowłókninę. Dokumentacja projektowa doprecyzowuje, iż chodzi o warstwę dolną podbudowy z kruszyw łamanych o grubości po zagęszczeniu 25 cm 0/63 mm.

Przystępujący w wyjaśnieniach poz. 54 z dnia 1 marca 2017 roku wyjaśnił, że zamierza użyć kruszywa z kruszarki (70%) i kruszywa z zakupu (30%). Do wyjaśnień dołączył ofertę sprzedaży kruszywa 0-31,5 mm Polskiego Kruszywa Drogowego s.c. D. B. wraz z deklaracją właściwości użytkowych. W tym zakresie odwołujący zarzucili niezgodność oferty przystępującego z treścią s.i.w.z. poprzez zastosowanie innej mieszanki niż wymagana w postępowaniu.

Zamawiający na rozprawie w dniu 19 lipca 2017 roku podnosił, że kruszywo 0/31,5 mm wchodzi w skład mieszanki 0/63 mm i że jego zastosowanie nie jest niezgodne z s.i.w.z. Zamawiający ani przystępujący na tę okoliczność nie przedstawili jednak żadnego dowodu, w związku z czym Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu wyjaśnienie wskazanych pozycji. Jednocześnie Izba podziela stanowisko odwołujących, iż przystępujący winien wyjaśnić, czy we wskazanych pozycjach uwzględnił koszt kruszenia kruszywa.

30

Izba nie uwzględniła zarzutu pobieżnej oceny wyjaśnień i zaniechania ponownego wezwania przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. w odniesieniu do poz. 52, 54, 715, 83, 84, 85, 86 kosztorysu ofertowego.

Jak wynika ze złożonych wyjaśnień (pismo z dnia 8 lutego 2017r. dot. poz. 715, pismo z dnia 1 marca 2017r. - dot. poz. 54, 83, 84, 85, 86) – Konsorcjum Drogbud założyło zakup dla potrzeb poz. 715, 54, 83, 84, 85, 86 kruszywa z kopalni Grochowa (firma Polskie Kruszywa Drogowe s.c. D. B.).

Cena kruszywa przyjęta dla potrzeb wyliczenia cen jednostkowych wskazanych pozycji jest ceną loco kopalnia Grochowa (vide: oferta handlowa firmy Polskie Kruszywa Drogowe s.c. D. B. z dnia 11 listopada 2016r.). Przystępujący ujął koszt transportu kruszywa na plac budowy we wskazanych pozycjach w wysokości 8,94 zł za 1 tonę (Mg) kruszywa, przy czym koszt ten został ustalony przy założeniu, że koszt 1 km transportu wynosi 2,6 zł, a ilość kilometrów do przejechania to 86.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p zostało ustalone ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020). Od brzmienia obowiązującego przed nowelizacją (art. 90 ust. 1 w brzmieniu

31

nadanym nowelizacją ustawy P.z.p. z dnia 29 sierpnia 2014 r. ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) różni się między innymi tym, że aktualnie zamawiający jest obowiązany zwrócić się o udzielenie wyjaśnień nie tylko w sytuacji, gdy cena lub koszt wskazane w ofercie wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego, ale również wtedy, gdy rażąco niskie wydają się ich części składowe. Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczegółowy ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).

W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, że zakwestionowane pozycje są istotnymi częściami składowymi ceny oferty w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., na co wskazywała również Izba w wyroku wydanym w sprawie KIO 687/17, 693/17. Wartość zakwestionowanych pozycji stanowi jedynie ułamkową część procenta ogólnej ceny kosztorysowej. Odwołujący nie podniósł żadnej argumentacji w celu wykazania istotności wskazanych pozycji.

Odwołujący wobec wskazanych pozycji podniósł również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez brak właściwej wyceny. W ocenie Izby argumentacja podniesiona przez odwołującego nie uzasadnia zarzutu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z..

Odwołujący podnosił, że cena nie objęła wszystkich kosztów wykonania zamówienia, jednak argumentował to w taki sposób, że koszty transportu zostały wycenione zbyt nisko. Tego rodzaju argumentacja byłaby właściwa dla zarzutu rażąco niskiej ceny, ten zaś – jak już wskazano wyżej – nie został przez Izbę uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych wobec pozycji 264 kosztorysu ofertowego przystępującego, Izba ustaliła, że koszt ułożenia 24 cm dwudzielnych rur ochronnych z PCW o średnicy do 110 mm w wykopie (HAWE) Konsorcjum Drogbud wyceniło na 15 778,41 zł netto (odpowiednio 1 metr ułożenia rury kosztuje w ofercie Konsorcjum 65 743,37 zł).

Odwołujący wycenili tę poz. na kwotę 107.69 zł netto za 1 m, zaś Budimex - 39.60 zł netto za 1m.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego nadmiernej wyceny i przerzucania kosztów w zakresie poz. 264 kosztorysu. Nie ulega wątpliwości, iż pozycja ta została wyceniona wyżej

32

niż zrobili to inni wykonawcy, niemniej jednak ustawa P.z.p. nie przewiduje sankcji dla wykonawcy za zbyt wysoką cenę lub jej część składową. Odwołujący nie wykazali, jakie inne koszty mogłyby zostać przerzucone do tej pozycji. Podnosili, że przystępujący zarówno na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2017 roku, jak w dniu 19 lipca 2017 roku, wskazywał, że w ramach czynności niezbędnych do wykonania prac wskazanych w pozycji 264 wykona przecięcie i ponowne połączenie kabla oraz mufowanie, które to czynności przewidziane są w pozycjach 268-271. Izba przeanalizowała wskazane pozycje w kosztorysie przystępującego i stwierdziła, że zostały one wycenione, a odwołujący nie zarzucił zaniżenia kosztów w tym zakresie. Wbrew stanowisku odwołującego, przystępujący nie potwierdził, że przerzucił koszty wykonania czynności z pozycji 268-271 do pozycji 264. Przystępujący stwierdził, że – w jego ocenie – czynności wskazane w pozycji 264 winny być wykonane właśnie w taki sposób, tj. poprzez przecięcie kabla i mufowanie.

W ocenie Izby, skoro przystępujący przyjął taką technologię wykonania prac z pozycji 264 i wycenił to na tak wysokim poziomie, zrobił to na własne ryzyko. Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie sprzeczności oferty przystępującego z s.i.w.z., jak również czynu nieuczciwej konkurencji. Podkreślenia wymaga, że wartość prac z pozycji 264 stanowi znikomą część ogólnej wartości zamówienia i jej wycena na poziomie wyższym w porównaniu z ofertami innych wykonawców nie naruszy konkurencji pomiędzy nimi.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. Izba nie stwierdziła bowiem nieprawidłowości w wycenie pozycji 91, 52 i 54, lecz uznała, że pojawiają się tam wątpliwości, które należy wyjaśnić. W tym zakresie zarzut naruszenia uczciwej konkurencji jest co najmniej przedwczesny. Pozostałe zarzuty zostały natomiast przez Izbę oddalone, zatem zarzut naruszenia uczciwej konkurencji w tym zakresie należało uznać za nieuzasadniony.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt

1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

33

34