Sygn. akt:KIO 3565/23

WYROK

z dnia 15 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz

Członkowie: Mateusz Paczkowski

Katarzyna Paprocka

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez **wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta działający w imieniu i na rzecz Zamawiających: Miasto Stołeczne Warszawa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- wykonawcy **INTOP WARSZAWA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1.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

2.2.zasądza od Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz INTOP WARSZAWA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:……

...…….

……

Sygn. akt:KIO 3565/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta działający w imieniu i na rzecz Zamawiających: Miasto Stołeczne Warszawa Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający"), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę dwupoziomowego skrzyżowania w km 9,420 w miejsce likwidowanego przejazdu kolejowego w ciągu linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol wraz z budową układu drogowego w dzielnicy Rembertów m.st. Warszawy w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa wiaduktu drogowego w ciągu ul. Chełmżyńskiej w Warszawie wraz z budową układu drogowego w Dzielnicy Rembertów i jednoczesną likwidacją przejazdu kolejowego w poziomie szyn". Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 maja 2023 2023 r. pod nr 2023/S 094-290193

Dnia 27 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący").

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze oferty INTOP WARSZAWA Sp. z o.o. (dalej także: „INTOP") oraz zaniechania czynności to jest zaniechania odrzucenia oferty INTOP i zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp i art. 16 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INTOP, pomimo tego, że oferta INTOP została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a INTOP dopuścił się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, bowiem podjął działania w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia, poprzez próbę uzyskania „zaliczkowania" wynagrodzenia w pierwszym okresie rozliczeniowym inwestycji poprzez zaoferowanie rażąco wysokich cen jednostkowych (a co za tym idzie także i łącznych) w zakresie prac przygotowawczych (geodezyjnych) oraz wycinki drzew.

2) art. 252 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty INTOP, podczas, gdy oferta ta winna być

odrzucona.
Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty INTOP jako oferty najkorzystniejszej,
2) odrzucenia oferty INTOP na podstawie art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp,
3) ponownej oceny i badania ofert bez oferty INTOP.
Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę, bowiem w przypadku niezaskarżenia czynności wyboru oferty INTOP jego oferta nie będzie mogła być wybrana. Tym samym zaskarżenie czynności wyboru oferty INTOP pozwoli Odwołującemu w przypadku uwzględnienia odwołania na wybór jego oferty. Tym samym wskazał, że ma on realne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i zawarcie umowy. Dlatego Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, a tym samym wniesieniem odwołania.
Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 17 listopada 2023r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 27 listopada 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.
Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.
W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że w dniu 17 listopada 2023 r., Zamawiający poinformował, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez INTOP WARSZAWA Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że oferta INTOP nie podlega odrzuceniu, spełnia wszystkie wymagania oraz uzyskała największą ilość punktów spośród wszystkich złożonych ofert. Z powyższym wyborem Zamawiającego zdaniem Odwołującego nie sposób się zgodzić, a Odwołujący wskazuje, że oferta INTOP winna być odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, iż w specyfikacji warunków zamówienia wynagrodzenie określono jako kosztorysowe. Ponadto, Zamawiający w specyfikacji technicznej wyraźnie wskazał, że usunięcie drzew i krzewów musi mieć miejsce przed rozpoczęciem robót. Odwołujący dokonał analizy wszystkich ofert w kontekście cen jednostkowych w branży ZIELEŃ DROGOWA. Z zaprezentowanego w odwołaniu zestawienia wynika, że INTOP zaoferował cenę 3 722,76 netto złotych za wycięcie 1- go drzewa, a za wycięcie 483 sztuk (ilość z przedmiaru) INTOP zaoferował cenę 1 798 093,08 netto złotych. Jak wynika z zestawienia pozostali wykonawcy zaoferowali ceny jednostkowe za usunięcie drzewa, w przedziale od 84,00 zł netto/szt. do 650,00 zł netto/szt, a zatem w odniesieniu do ceny INTOP (3 722,76 złotych) ta dysproporcja zdaniem Odwołującego jest ogromna. Odwołujący wskazał, że jego zdaniem wycinka drzew jest na terenie będącym przedmiotem postępowania dość prostą pracą niewymagającą jakiegoś specjalistycznego zaangażowania sprzętu czy też osób. Odwołujący w złożonym odwołaniu dokonał analizy cen zaoferowanych przez INTOP za usunięcie drzew w innych, podobnych postępowaniach.
Odwołujący podkreślił, iż odbył wizję lokalną na przyszłym placu budowy i wykonał inwentaryzację drzew przeznaczonych przez Zamawiającego do wycinki. W wyniku przeprowadzonej inwentaryzacji powstało opracowanie, które przygotował prof. dr hab. inż. M. S. Załącznik do opracowania stanowi zestawienie wszystkich zinwentaryzowanych (pomierzonych) i sfotografowanych drzew w podziale na gatunki. Z przedstawionego opracowania wynika, że łączna liczba drzew znajdujących się na przyszłym placu budowy (we wszystkich 7 „roboczych" obszarach wyznaczonych przez Odwołującego), przeznaczonych do wycinki, wynosi 798 sztuk (w przedmiarze zamawiającego 483 sztuki).
W dalszej części odwołania Odwołujący wskazał, że INTOP zaniżył ceną jednostkową za sadzenie nowych drzew. Cena jednostkowa netto zaoferowana przez INTOP w pozycji przedmiarowej „Sadzenie drzew liściastych" wynosi 827,28 zł za sztukę nowo posadzonego drzewa. Średnia cena jednostkowa za sztukę nowo posadzonego drzewa wg wartości zaoferowanych przez pozostałe podmioty biorące udział w postępowaniu wynosi 1 595,90 zł netto. Cena łączna robót w tej pozycji zaoferowana przez INTOP wynosi jedynie 212 610,96 zł netto. Cena łączna robót w tej pozycji zgodnie ze średnią ceną jednostkową wg wartości zaoferowanych przez pozostałe podmioty biorące udział w postępowaniu wynosi 410 145,73 zł netto. Według Odwołującego, posadzenie drzew w niniejszym postępowaniu jest o wiele bardziej skomplikowane niż wycinka drzew.
Odwołujący wskazał, że sadzenie drzew odbywa się w końcowym etapie budowy, w przeciwieństwie do wycinania drzew, które stanowią roboty przygotowawcze, a zatem roboty które realizowane są na samym początku inwestycji. W kontekście zatem porównania wymagań Zamawiającego dla wycinki drzew oraz nasadzeń drzew, cena wycinki drzew jest tym bardziej nieuzasadniona. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie przewidział zaliczek dla Wykonawców. Stąd działanie INTOP polegające na rażącym zawyżeniu cen za wycięcie drzew, które wykonuje się na samym początku inwestycji prowadzi do nieuprawnionego zaliczkowania INTOP. Inni wykonawcy, którzy podali ceny rynkowe muszą sami „kredytować" przedmiotowe zamówienie.
Odwołujący podniósł także, że za odtworzenie trasy i punków wysokościowych (wyznaczenie trasy i punktów wysokościowych w terenie równinnym) INTOP podał cenę jednostkową na poziomie netto 2 068 200,00 zł, przemnażając tę wartość przez 0,96 km, łączna wartość prac za tę pozycję przedmiarową zaoferowana przez INTOP wynosi netto 1 985 472,00 zł. Średnia z pozostałych 9 ofert złożonych w Postępowaniu za wyznaczenie trasy i punktów wysokościowych w terenie równinnym, wynosi 293 703,70 zł netto. Odwołujący wskazał również, że za wyznaczenie granic inwestycji w terenie przez ustawienie punktów granicznych (linia rozgraniczająca) INTOP podał cenę jednostkową na poziomie netto 413 640,00 zł, przemnażając tę wartość przez 1,86 km, łączna wartość prac za tę pozycję przedmiarową zaoferowana przez INTOP wynosi netto 769 370,40 zł. Średnia z pozostałych 9 ofert złożonych w postępowaniu za wyznaczenie granic inwestycji w terenie przez ustawienie punktów granicznych, wynosi 57 240,72 zł netto. INTOP zaoferował cenę jednostkową za ww. prace w wysokości 2 068 200,00 zł (Przemnażając tę cenę przez ilość z Przedmiaru 0,16 km, otrzymujemy wartość prac we wskazanej pozycji wynoszącą 330 912,00 zł netto. Średnia z pozostałych 9 ofert złożonych w postępowaniu za wyznaczenie trasy i punktów wysokościowych w terenie równinnym przez ustawienie punktów granicznych, wynosi 83 361,14 zł netto. Odwołujący wskazał ponownie, że w niniejszym

postępowaniu Zamawiający nie przewidział zaliczek dla wykonawców. Stąd działanie INTOP polegające na rażącym zawyżeniu cen za prace geodezyjne wykonywane na samym początku inwestycji prowadzi w ocenie Odwołującego do nieuprawnionego zaliczkowania INTOP. Inni wykonawcy, którzy podali ceny rynkowe muszą sami „kredytować" przedmiotowe zamówienie. Działania INTOP zatem utrudniają w sposób bezpośredni dostęp do rynku i zagrażają interesom Odwołującego, innych wykonawców oraz Zamawiającego.
Działanie INTOP prowadzi zdaniem Odwołującego do naruszenia jego interesów, w tym także innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu oraz potencjalnych wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o zamówienie. Jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadzi także nie tylko do zagrożenia interesów innych przedsiębiorców, ale także i Odwołującego. Odwołujący wskazał, iż zachowanie INTOP wypełniało wszystkie znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.
W dniu 8 grudnia 2023 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.
W dniu 11 grudnia 2023 r. INTOP złożył pismo procesowe, w którym wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości.
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:
Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.
Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszej pozycji w rankingu ofert.
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca INTOP WARSZAWA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę INTOP WARSZAWA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.
Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, pisma procesowego z dnia 11 grudnia 2023 r. złożonego przez INTOP, pisma procesowego Odwołującego z dnia 12 grudnia 2023 r. wraz z załącznikami oraz pisma procesowego Odwołującego z dnia 13 grudnia 2023 r., dowodów przedstawionych na posiedzeniu przez Odwołującego oraz Przystępującego.
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.
W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę dwupoziomowego skrzyżowania w km 9,420 w miejsce likwidowanego przejazdu kolejowego w ciągu linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol wraz z budową układu drogowego w dzielnicy Rembertów m.st. Warszawy w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa wiaduktu drogowego w ciągu ul. Chełmżyńskiej w Warszawie wraz z budową układu drogowego w Dzielnicy Rembertów i jednoczesną likwidacją przejazdu kolejowego w poziomie szyn". W postępowaniu zostało złożonych 10 ofert. W dniu 17 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty INTOP jako najkorzystniejszej. Z takim wyborem nie zgodził się Odwołujący, który wskazał, że oferta INTOP powinna być odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji wskazując na sztuczne zawyżenie cen jednostkowych prac wykonywanych na początku realizacji zamówienia (wycinka drzew oraz prace geodezyjne przygotowawcze), co w konsekwencji prowadzić miałoby do sztucznego zaliczkowania, a w efekcie naruszenia interesu Odwołującego oraz innych wykonawców (w tym potencjalnych). Odwołujący w złożonym odwołaniu odniósł się do wybranych pozycji kosztorysu złożonego przez INTOP. Z dokumentacji postępowania, w tym ze wzoru umowy, nie wynika, kiedy dokładnie Zamawiający będzie dokonywał płatności za wykonane prace. Zgodnie z Warunkami Realizacji Kontraktu rozliczenie przedmiotu umowy za roboty ujęte w kosztorysach ofertowych nastąpi wg zasad dla wynagrodzenia kosztorysowego, na podstawie kosztorysu powykonawczego, w tym na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT. Podczas rozprawy Zamawiający potwierdził, że kosztorys ofertowy zostanie przygotowany przez wybranego wykonawcę dopiero po zawarciu umowy. Kosztorys ten będzie wymagał zatwierdzenia przez inżyniera kontraktu.
Przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy było ustalenie, czy INTOP złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INTOP. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający dokonując badania oferty obowiązany jest ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby INTOP dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami poprzez podjęcie działań w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia, poprzez próbę uzyskania „zaliczkowania" wynagrodzenia w pierwszym okresie rozliczeniowym inwestycji poprzez zaoferowanie rażąco wysokich cen jednostkowych (a co za tym idzie także i łącznych) w zakresie prac przygotowawczych (geodezyjnych) oraz wycinki drzew. Wskazać należy, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wskazane w odwołaniu ustalenie cen jednostkowych naruszyło dobre obyczaje i że działanie INTOP zagroziło lub naruszyło interes innego przedsiębiorcy. Co prawda Odwołujący wskazywał, że gdyby Zamawiający wprowadził zaliczkę, dostęp do zamówienia mogliby otrzymać także inni wykonawcy. Były to jednak twierdzenia gołosłowne, bowiem Odwołujący nie poparł ich żadnymi dowodami np. przedstawiając porównanie z innymi podobnymi postępowaniami, w którym wprowadzono zaliczkę. W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby krąg wykonawców był dość znaczny. W sytuacji, gdy w postępowaniu bierze udział 10 wykonawców nie sposób stwierdzić, że dostęp do zamówienia był ograniczony.
Odnosząc się do potencjalnego zaliczkowania realizowanych prac Izba stwierdza, że Odwołujący również nie wykazał tego w żaden sposób. Z dokumentacji postępowania, w tym umowy, nie wynika w sposób jednoznaczny, w którym dokładnie momencie nastąpią płatności. Odwołujący podczas rozprawy powoływał się na własne wieloletnie

doświadczenie, w tym w realizowaniu prac na rzecz Zamawiającego, nie może to jednak stanowić podstawy do przyjęcia, że rozliczenia w tym postępowaniu będą wyglądały w sposób analogiczny. Warto również zwrócić uwagę na to, że zgodnie z Warunkami Realizacji Kontraktu rozliczenie przedmiotu umowy za roboty ujęte w kosztorysach ofertowych, nastąpi wg zasad dla wynagrodzenia kosztorysowego, na podstawie kosztorysu powykonawczego, w tym na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT. Podczas rozprawy Zamawiający potwierdził, że kosztorys ofertowy zostanie przygotowany przez wybranego wykonawcę dopiero po zawarciu umowy. Kosztorys ten będzie wymagał dodatkowo zatwierdzenia przez inżyniera kontraktu. Nie można w związku z tym stwierdzić, że INTOP uzyska wszystkie wskazane przez Odwołującego kwoty już na początkowym etapie realizacji inwestycji. Co więcej Izba zwraca uwagę, że opinia prywatna przedłożona przez Odwołującego wskazuje jedynie, jaka ilość drzew według stanu na dzień sporządzenia opinii będzie musiała zostać wycięta. Nie potwierdza ona jednak tego, że INTOP miał świadomość podczas przygotowania kosztorysu, że ilość drzew do wycięcia będzie większa, w następstwie czego uzyskałby od Zamawiającego większą kwotę, aniżeli wynikało to z przedmiaru wykonanego przez Zamawiającego.
Zauważyć również należy, że Odwołujący podczas posiedzenia Izby przedłożył, uzyskane na potrzeby prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, oferty podwykonawców, które nie odbiegają w sposób znaczący od cen zaoferowanych przez INTOP (należy wziąć pod uwagę, że INTOP doliczył marżę). Wykonawca Czerski Trade Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wskazał wręcz, że nie zdecydował się na złożenie oferty dotyczącej wykonania prac geodezyjnych, z uwagi na przewidziane w dokumentacji postępowania warunki rozliczenia. Izba nie miała podstaw, aby nie dawać wiary wyjaśnieniom INTOP, z których wynikało, że teren, na którym mają zostać wykonane prace wiąże się z koniecznością poniesienia ponadstandardowych kosztów, chociażby z uwagi na konieczność czasowego wyłączenia trakcji kolejowej podczas usuwania części drzew. Odwołujący podczas rozprawy podniósł, że z jego doświadczenia wynika, że wykonawca nie będzie musiał ponosić tych kosztów, ponieważ jednym z zamawiających jest spółka PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie. Nie wynika to jednak z dokumentacji postępowania, a INTOP wskazał, że nie realizował wcześniej zamówienia na rzecz zamawiającego, w związku z czym takiej wiedzy na dzień składania oferty nie miał. Kolejną istotną kwestią jest to, że poszczególne składowe ceny, nie były kryterium oceny ofert, co również przemawia za tym, że INTOP nie działał z zarzucanym mu przez Odwołującego zamiarem.
Izba przyjmuje za własne stanowisko przedstawione w wyroku KIO 3295/21, zgodnie z którym uwzględnienie podniesionego przez Odwołującego zarzutu wymaga wykazania przez Odwołującego, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych i zaniżenia innych, gdyż tego rodzaju sytuacja może mieć inne przyczyny, jak np. nieumiejętne sporządzenie kalkulacji ceny.
Odnosząc się do zarzutu nr 2 jest on zarzutem akcesoryjnym powiązanym z zarzutem wcześniej powołanym, a co za tym idzie w przypadku oddalenia wcześniejszego zarzutu należy przyjąć, że również on nie zasługuje na uwzględnienie.
Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.
Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: …….
Członkowie: …….
……