

Sygn. akt: KIO 1870/17

WYROK

z dnia 26 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2017 r. w Warszawie odwołania

wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2017 r. przez wykonawcę **Skanska S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Łódzkie, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi z siedzibą w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **Eurovia Polska S.A. w Bielanych Wrocławskich**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

1. oddala odwołanie,

orzeka:

2. kosztami postępowania obciąża Skanska S.A. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **Skanska S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3.600 zł 00 gr** poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od **Skanska S.A. w Warszawie** na rzecz **Województwa Łódzkiego, Zarządu Dróg Wojewódzkich w Łodzi z siedzibą w Łodzi** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1870/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Łódzkie, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi z siedzibą w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 703 na odcinku Chruślin-Brzozów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 kwietnia 2017 r., nr 2017/S 082-157723.

29 sierpnia 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcy Skanska S.A. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. w Bielanych Wrocławskich, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

1) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,

2) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,

3) zaniechania czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp odwołujący wniósł 8 września 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) przepisu art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów Pzp,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego wobec faktu, iż z wyjaśnień przystępującego wynika, że oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia (dalej jako „SIWZ”),

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 26 czerwca 2003 r. Dz. U. Nr 153, poz. 1503) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego wobec faktu, iż z wyjaśnień przystępującego wynika, iż złożenie oferty przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaoferowanie rażąco niskich cen i dokonanie niedozwolonej inżynierii cenowej,

4) art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny podczas, gdy oferta przystępującego budzi

wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, a tym samym zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,

2) powtórzenia czynności badania i oceny .. ofert z uwzględnieniem .. okoliczności przywołanych w odwołaniu,

3) odrzucenia oferty przystępującego,

4) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, w odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 8 sierpnia 2017

r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie wysokości cen jednostkowych dla zbliżonych wartościowo pozycji 62 („Warstwa z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C 1,5/2.0 wykonywana sprzętem mechanicznym, grubość warstwy po zagęszczeniu 15 cm) i 63 („Warstwa z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C 1,5/2.0 wykonywana sprzętem mechanicznym pod konstrukcję jezdni, grubość warstwy po zagęszczeniu 30 cm”). Zdaniem odwołującego wyjaśnienia udzielone przez przystępującego 16 sierpnia 2017 r. wskazują na niezgodność oferty tego wykonawcy z SIWZ.

Odwołujący podniósł, że wycena pozycji 62 i 63 powinna być dokonana zgodnie ze specyfikacją przekazaną przez zamawiającego nr SST D.04.05.01 „Podbudowa i ulepszone podłoże z gruntów stabilizowanych spoiwem drogowym lub cementem”. W pkt 1.3 tej specyfikacji określony został zakres rzeczowy wykonania, tj. wzmocnienie z kruszywa stabilizowanego cementem klasy C 1,5/2,0 wraz z pielęgnacją. Jednakże jak to wynika z wyjaśnień przystępującego z dnia 16.08.2017 odnośnie ceny jednostkowej dla poz. 62 i 63, przystępujący przyjął do wykonania materiał niezgodny z SST i projektem budowlanym i wykonawczym. Przystępujący przyjął bowiem jako materiał stabilizację $R_m = 2,5$ MPa w cenie jednostkowej 65 zł/m³, na którą przedstawił ofertę cenową z Wytwórni Betonów Towarowych X-bet Sp. z o.o. Zgodnie z SST nr D.04.05.01, kosztorysem ofertowym, projektem budowlanym i wykonawczym zamawiający wymagał zastosowania mieszanki związanej cementem C1,5/2.0. Na ten materiał przystępujący też przedstawił ofertę cenową wytwórni betonowej w wysokości 85 zł/m³. Jak widać jednak w wyjaśnieniach przy wyliczeniu ceny jednostkowej dla poz. 62 i 63 przyjęto materiał tańszy o gorszych parametrach nie spełniający wymagań SST i dokumentacji projektowej. Powyższe oznacza, że łącznie dla 96902,3 m² przystępujący zaoferował produkt niezgodny ze specyfikacją.

Odwołujący wywiódł, że koszt materiału podany w wyjaśnieniach w poz. 62 to 9,75 zł/m² przeliczając na m³ (tj. 9,75 zł/m² podzielone 0,15 cm grubości) = 65 zł/m³. Jest to cena

stabilizacji 2,5 MPa opisana w ofercie Wytwórni Betonu Towarowego X-bet sp. z o. o., co zatem potwierdza mając na uwadze dołączoną ofertę X- Bet, iż przystępujący zaoferował materiał niezgodny ze specyfikacją.

Podobnie wygląda to w zakresie kalkulacji pozycji 63. Z wyjaśnień przystępującego wynika bowiem, że wykonawca ten przyjął do wykonania materiał niezgodny z SST, projektem budowlanym i wykonawczym. Przystępujący przyjął bowiem jako materiał stabilizację $R_m = 2,5$ MPa w cenie jednostkowej 65 zł/m³ na którą przedstawił ofertę cenową z Wytwórni Betonów Towarowych X-bet Sp. z o.o. Zgodnie z SST nr D.04.05.01, kosztorysem ofertowym, projektem budowlanym i projektem wykonawczym zamawiający wymagał zastosowania mieszanki związanej cementem C 1,5/2. Na ten materiał przystępujący też przedstawił ofertę cenową wytwórni betonowej w wysokości 85 zł/m³. Jak to wynika jednak z wyjaśnień przy wyliczeniu ceny jednostkowej dla poz. 63 przyjęto jednak materiał tańszy o gorszych parametrach i nie spełniający wymagań SST i dokumentacji projektowej. Koszt materiału podany w wyjaśnieniach w poz. 63 to 19,50 zł/m² przeliczając na m³ (tj. 19,5 zł/m² podzielone 0,30 m grubości) = 65 zł/m³. Jest to cena stabilizacji $R_m = 2,5$ MPa opisana w ofercie Wytwórni Betonu Towarowego X-bet sp. z o. o. W wycenie przystępującego dla tych dwóch pozycji razem brakuje ponad 600 tysięcy zł na materiał określony w SST i projekcie. Jednakże brak tych 600 tysięcy złotych nie może być konwalidowany, bowiem nie chodzi tu o

niedoszacowanie oferty, ale o zaoferowanie innego materiału niezgodnego z SIWZ. Kwestia wyceny jest tylko kwestią wtórną, aczkolwiek pokazującą, najpierw poprzez wyjaśnienia przystępującego, później przez ofertę X- Bet, iż zaoferowano materiał tańszy i niezgodny z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że na rynku funkcjonują dwa systemy klasyfikacji mieszanek stabilizowanych spoiwem (cementem). Starszy system klasyfikacji opierał się na podaniu zakresu wytrzymałości: od minimalnej która już spełnia klasę do maksymalnej - powyżej której mieszanka już nie spełnia wymagań (badania po 28 dniach). Badania prowadzone dla próbek walcowych o wysokości równej średnicy podstawy. Przytoczył fragment „Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych oraz fragment normy PN-S- 96012.

Nowszy system (według którego sformułowano wymagania SST) opiera się na deklarowaniu wymaganej wytrzymałości po 28 dniach dojrzewania. Zgodnie z obowiązującym dokumentem „Mieszanki Związane Spoiwem Hydraulicznym do dróg krajowych WT 5 Wymagania Techniczne stanowiącym dokument wdrażający dla norm serii en-14227-1.5 klasyfikacji pod względem wytrzymałości dokonuje się poprzez podanie oznaczenia dwuliczbowego poprzedzonego literą „C”. Różnica w wymaganiu (obie liczby po literze C) wynika z dopuszczalnego prowadzenia badań na próbkach o różnym kształcie. Dla próbek o wysokości zbliżonej do średnicy podstawy (najbardziej typowy kształt próbek)

obowiązuje wymaganie wyrażone drugą liczbą. Dla próbek o wysokości dwukrotnie większej od podstawy obowiązuje wymaganie wyrażone przez pierwszą liczbę. Obie liczby oznaczają minimalną wytrzymałość na ściskanie dla danego typu próbek. Przytoczył wymagania tablicy 3 lp. 1 szczegółowej specyfikacji technicznej 04.05.01 i wywiódł, że wymagania te są zgodne z tym systemem klasyfikacji mieszanek.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z powyższymi wymaganiami szczegółowej specyfikacji technicznej, minimalne wymaganie dla wytrzymałości na ściskanie po 28 dniach dojrzewania dla mieszanki zdefiniowanej C 1,5/2,0 wynosi minimum 2,0 MPa. Według przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień cena w kosztorysie ofertowym dotyczy mieszanki opisanej według starszej klasyfikacji przedstawionej w „Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych” oraz PN-S 96012 jako $R_m=2,5$ MPa co oznacza, że po 28 dniach dojrzewania musi ona charakteryzować się wytrzymałością w zakresie 1,5 MPa - 2,5 MPa. Czyli już mieszanka charakteryzująca się wytrzymałością po 28 dniach 1,5 MPa spełnia kryteria klasy $R_m = 2,5$ MPa, czyli w praktyce może być przedmiotem obrotu pod marką „ $R_m= 2,5$ MPa”. Podsumowując powyższe wyjaśnienia odwołujący podkreślał, że przyjęty przez przystępującego do oferty materiał w postaci stabilizacji $R_m=2,5$ MPa ma minimalną wytrzymałość na poziomie 1,5 MPa, podczas gdy zamawiający wymagał wykonania warstwy z materiału, dla którego minimalna wytrzymałość wynosi 2,0 MPa, charakterystyczny dla mieszanki C 1,5/2. W praktyce wyceniona przez przystępującego mieszanka może być produkowana o wytrzymałości mniejszej o 25% niż minimalne wymaganie zamawiającego.

Odwołujący podniósł także, że materiał oferowany przez przystępującego nie spełnia wymagań SIWZ dla materiałów wsadowych do produkcji stabilizacji. Zgodnie z postanowieniami dokumentacji projektowej (szczegółowa specyfikacja techniczna) do produkcji mieszanki należy stosować materiał o precyzyjnie wyspecyfikowanym uziarnieniu i właściwościach. Przywołał fragment pkt 1.4.1. i pkt 6 ST D.04.05.01. Odwołujący wywiódł, że według przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień wraz załączoną ofertą z wytwórni betonowej, cena w kosztorysie ofertowym dotyczy mieszanki opisanej według starszej klasyfikacji przedstawionej w „Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych” oraz PN- S 96012 jako R_m 2,5 MPa dla której nie są formułowane tak rygorystyczne wymagania dotyczące materiałów wsadowych. Zamieszczone w PN-S 96012 wymagania dla gruntów mają charakter zaleceń a decydującym kryterium jest uzyskanie zakładanych dla danej klasy minimalnych wytrzymałości na ściskanie. Fragment punktu 2 PN-S96012: *Decydującym sprawdzianem przydatności gruntu do stabilizacji cementem są wyniki wytrzymałości na ściskanie próbek gruntu stabilizowanego*. Odwołujący argumentował, że do produkcji materiału oferowanego przez przystępującego można wykorzystać praktycznie każde kruszywo lub grunt, byle zakładana w recepcie minimalna

wytrzymałość na ściskanie została osiągnięta. Wywiódł, że jest to sprzeczne z wymaganiami zamawiającego, który wskazał, że do wykonania pozycji 62 i 63 należy użyć mieszanki C 1,5/2,0 wyprodukowane z kruszywa lub gruntu spełniającego wymagania SST w tym w szczególności punktów 1.4.1, 2.1 oraz 6 SST 04.05.01. Odwołujący podnosił, że do przygotowania takiej mieszanki nie wystarczy jakiekolwiek kruszywo. Konieczne jest bowiem stworzenie konkretnej receptury o odpowiednim uziarnieniu. Zaoferowany przez przystępującego materiał tych wymagań nie zakłada, co oznacza, że jest on gorszy jakościowo, a w związku z tym niezgodny z SIWZ. O znaczeniu jakie zamawiający przywiązuje do jakości mieszanki świadczy zmiana treści SST w trybie udzielonych wyjaśnień. Zamawiający wykreślił możliwość zaakceptowania innego kruszywa do produkcji stabilizacji na podstawie uznaniowej decyzji inżyniera. Przywołał fragment punktu 2.1 SST

04.05.01 w wersji pierwotnej przed zmianami wynikającymi z wyjaśnień zamawiającego a także fragment punktu 2.1 SST 04.05.01 w wersji po 14.06.2017, uwzględniającej zmiany wynikające z wyjaśnień zamawiającego.

W kolejnej części odwołania odwołujący podniósł, że wycena dokonana dla pozycji 62 i 63 jest niezgodna z SIWZ, albowiem nie spełnia wymagań wyraźnie wskazanych w punkcie 15 instrukcji dla wykonawców tomu I SIWZ, w którym wskazuje się, że wykonawca w cenie oferty powinien ująć wszystkie koszty związane z realizacją robót, w szczególności wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, formularza wyceny ofertowej i postanowień umowy, a także, że ceny jednostkowe powinny być realne i muszą stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów dla tej pozycji. Wyraźnie stanowi się także, że elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji i związanych z tym kosztów nie można przenosić do innych pozycji formularza wyceny ofertowej. Zwracał na to uwagę sam zamawiający w skierowanym do przystępującego wezwaniu do wyjaśnień treści złożonej oferty. Jednakże z wyjaśnień udzielonych przez przystępującego wprost wynika, że kalkulacja dokonana przez tego wykonawcę cen jednostkowych dla pozycji nr 62 i 63 jest niezgodna z SIWZ, zaniżona co w konsekwencji stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji zmierzający do pozyskania zamówienia publicznego przez przystępującego kosztem pozostałych wykonawców oraz samego zamawiającego, który poniesie większe niż wskazane w ofercie przystępującego koszty realizacji zamówienia. Odwołujący wywiódł, że sposób kalkulacji przyjęty przez przystępującego powoduje, że w wycenie tych dwóch pozycji razem brakuje ponad 600.000 zł na materiał określony w SST i dokumentacji projektowej, co jednak jest elementem wtórnym wobec faktu, iż zaoferowano materiał niezgodny ze specyfikacją. Odwołujący wskazał, że w wezwaniu zamawiającego do złożenia wyjaśnień sam zamawiający zwrócił uwagę, że cena wykonania poz. 63 za dwukrotnie grubszą warstwę niż w poz. 62 dotyczy tego samego asortymentu robót a różni się w ofercie

przystępującego zaledwie o 0,64 gr. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach nie przedstawił jednakże żadnych szczegółowych wyliczeń, czy też innego rodzaju tłumaczenia pokazującego dlaczego wycena poz. 62 (gr. 15 cm) jest prawie identyczna jak wycena poz.

63 (gr. 30 cm). Przy stałej cenie materiału, (zgodnie z załączoną do wyjaśnień przystępującego ofertą z Wytwórni Betonu Towarowego X-Bet sp. z o. o.), tym samym narzutem marży i kosztów (zgodnie z wyjaśnieniami przystępującego) jedyną zmienną, która została przedstawiona w wyjaśnieniach jest:

poz. 62 gr. 15 cm - Transport z betoniarni, ułożenie, zagęszczenie warstwy, pielęgnacja warstwy – cena 16,13 zł/m²

Poz. 63 gr. 30 cm - Transport z betoniarni, ułożenie, zagęszczenie warstwy, pielęgnacja warstwy – cena 6,95 zł/m².

Odwołujący argumentował, że koszt transportu materiału z betoniarni (X-Bet) na miejsce wbudowania dla obydwu tych pozycji jest taki sam. Wywiódł, że w otrzymanej ofercie cenowej od firmy X-Bet dla odwołującego na tę samą inwestycję cena transportu 1 m³ wynosi 32 zł/m³. Argumentował, że w związku z tym że w poz. 63. (gr. 30 cm) ilość potrzebnego materiału jest dwukrotnie większa w stosunku do poz. (gr. 15 cm) koszt transportu powinien przedstawiać się następująco:

*Poz. 62 gr. 15 cm - Transport z betoniarni, 32 zł/m³ * 0,15 m grubości = 4,8 zł/m² Poz. 63 gr. 30 cm -*

*Transport z betoniarni, 32 zł/m³ * 0,30 m grubości = 9,6 zł/m².*

Odwołujący zaznaczył, że cena za transport dokonywany siłami własnymi z betoniarni na budowę, który z założenia powinien być tańszy i wyniósłby w przybliżeniu ok. 10% mniej niż ww. wartości również nie została ujęta w cenie wskazanej przez przystępującego, a zatem mamy do czynienia zarówno z rażąco niską ceną, jak i czynem nieuczciwej konkurencji poprzez zaoferowanie przedmiotu zamówienia po cenach jednostkowych. Analizując dalej cenę samego ułożenia, zagęszczenia warstwy, pielęgnacji warstwy opierając się na Sekocenbud kw. II r. 2017 wskazywał, że koszty wykonania warstwy gr 30 cm są prawie dwukrotnie wyższe niż wykonanie warstwy gr. 15 cm i wynoszą około: poz. 62 gr. 15 cm - 7,67 zł/m², a poz. 63 gr. 30 cm - 14,32 zł/m². Biorąc zatem pod uwagę wszystkie elementy składowe pozycji 62 i 63 koszt wykonania każdej z elementów składowych tych pozycji dla grubości 30 cm jest prawie dwukrotnie większy niż dla pozycji 62 dla grubości 15 cm. Odwołujący przedstawił w tym zakresie zestawienie tabelaryczne. Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach przystępujący przedstawił jednak dla poz. 62. grubości 15 cm prawie trzy razy większą cenę za transport i robociznę niż wykonanie tożsamej poz. 63 o gr. 30 cm. Zakres prac związanych z wykonaniem pozycji 62 i 63 jest tożsamy. Jedyna różnica polega na innej grubości wykonanej warstwy, a co za tym idzie zakupu i transportu dwa razy większej ilości materiału. Wycena dokonana przez przystępującego jest zatem niezgodna z SIWZ. Nie jest bowiem realna dla konkretnych pozycji, nie ujmuje sumy wszystkich

planowanych do poniesienia kosztów dla ww. pozycji. Z powyższego również wynika, że doszło do przeniesienia elementów składowych ceny jednostkowej i związanych z nią kosztów (z pozycji 63 do pozycji 62), mimo takiego zakazu w SIWZ. Podkreślał, iż nawet przeniesienie kosztów z pozycji 63 do 62 nie powoduje, że cena jednostkowa w zakresie kalkulacji transportu nie jest rażąco niska.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie stanowi czyn ...

nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł, że .. w ofercie przystępującego ma miejsce niezgodne z dobrymi obyczajami i zasadami współzycia społecznego manipulowanie cenami. ... Zdaniem odwołującego .. świadome działania przystępującego powodują, że oferowane poszczególne ceny jednostkowe są sztucznie zawyżane bądź zaniżane w celu uzyskania niezgodnej z zasadami współzycia społecznego przewagi konkurencyjnej. Wyjaśnienia . zamieszczone w pierwszej części odwołania wskazują, że przystępujący dopuścił się także czynu nieuczciwej konkurencji. Cena podana przez przystępującego dla pozycji 63 zawiera znacznie zaniżone wartości w zakresie transportu, jeśli zaś chodzi o materiał, to przy wymaganiu przez zamawiającego materiału o parametrach wskazanych w SIWZ, cena podana przez przystępującego również jest nierealna i znacznie zaniżona. Biorąc pod uwagę fakt, że cena w przedmiotowym postępowaniu stanowi kryterium oceny ofert o największej wadze (60%) wszystkie działania przystępującego miały na celu takie ukształtowanie ceny ofertowej by zamawiający wybrał ofertę tego wykonawcy. Zatem ukształtowanie ceny jednostkowej na poziomie rażąco niskim dla pozycji 63 wskazuje, iż mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji przez zaniżanie cen jednostkowych i oferowanie cen dumpingowych, co de facto stanowi przesłankę odrzucenia oferty, jako rażąco niskiej. Odwołujący argumentował, że z przekazanej przez zamawiającego dokumentacji geologicznej projektu można przypuszczać, że ilości przedmiarowe opisane przedmiotem zamówienia mogą być inne. Z analizy dokumentacji, wizji w terenie i doświadczenia odwołującego w skrajnym przypadku ilości wykonania poz. 62 grubości 15 cm i poz. 63 grubości 30 cm będą wyglądać następująco: *Poz. 62: ilość kosztorysowa: 7.216,30, ilość z analizy odwołującego: 91.000,00*
Poz. 63: ilość kosztorysowa 89.686,00, ilość z analizy odwołującego 5.903,30.

Odwołujący zapowiedział złożenie na rozprawie analizy profilu geologicznego, na podstawie której można zakładać inne ilości do wykonania w pozycjach 62 i 63. Odwołujący wywiódł, że przystępujący zawyżając zatem cenę pozycji 62, której wykonanie powinno być jednak przynajmniej o połowę tańsze oraz zaniżając cenę pozycji 63 doprowadził do sztucznego zaniżenia własnej oferty o ponad 2,3 mln zł. Odwołujący argumentował, że cena przystępującego dla pozycji 62 to 29,41 zł/m², zaś dla pozycji 63 wynosi 30,05 zł/m². Różnica w cenach jednostkowych pomiędzy tymi dwiema pozycjami w stosunku do średniej ceny z

ofert pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu (z wyłączeniem oferty złożonej przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, którego oferta została zastrzeżona jak zawierająca tajemnicę przedsiębiorcy) wynosi dla pozycji 62 - 19,73 zł/m², zaś dla pozycji 63 odpowiednio 40,53 zł/m². Taka różnica pokazuje, że cena za wykonanie warstwy o grubości 30 cm powinna być dwa razy droższa od ceny za wykonanie warstwy o grubości 15 cm. Roboty objęte tymi dwiema pozycjami są istotne z punktu widzenia realizacji całej inwestycji, ponieważ konieczne jest zapewnienie stabilności konstrukcji drogowej. Zakres tych pozycji stanowi 11% wartości całych robót drogowych. Nie jest możliwe zatem by ceny tych dwóch pozycji były tak zbliżone do siebie. Przyjmując nawet bowiem do wyceny zbliżoną wartość robocizny dla obu pozycji, kluczowym elementem cenotwórczym jest przecież materiał i transport, którego ilość powinna być dwukrotnie większa lub mniejsza w zależności od grubości warstwy, co z kolei powinno kształtować ceny dla ww. pozycji w ten sposób, że odpowiednio warstwa o gr. 15 cm powinna być ok. dwa razy tańsza od warstwy o grubości 30 cm i odwrotnie. Wydaje się zatem, że cena dla pozycji 62 wykonania warstwy o grubości 15 cm jest w ofercie przystępującego przeszacowana, zaś dla pozycji 63 niedoszacowana. Z analizy ofert pozostałych wykonawców wynika, że wycenili oni te dwie pozycje w sposób porównywalny i zakładający realizację obu warstw zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W przypadku zaś wyceny dokonanej przez przystępującego można przyjąć, że wykonawca ten w sposób niezgodny z uczciwymi praktykami rynkowymi dokonuje wyceny ww. pozycji, tak by jego oferta stała się bardziej konkurencyjna i jednocześnie przy założeniu wykonania jedynie warstwy o grubości 15 cm na całej długości odcinka, tak by uzyskać więcej niż w przypadku realizacji tych robót zgodnie z SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia.

Podkreślał, że zgodnie z postanowieniami umowy dla przedmiotowego zadania rozliczanie za wykonanie robót następować będzie w oparciu o protokoły odbioru częściowego robót na kwoty ustalone w oparciu o obmiary powykonawcze zaś wynagrodzenie wykonawcy stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym. W konsekwencji zatem, zamawiający, pomimo wyboru oferty najtańszej dokona wydatkowania środków publicznych przeznaczonych na realizację tej inwestycji w wysokości wyższej niż zakładana. Zatem złożenie przez przystępującego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1991 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. zaoferowana cena została skalkulowana tak, aby całkowicie uniemożliwić dostęp do realizacji przedmiotu zamówienia pozostałym wykonawcom, doprowadzając do wyeliminowania pozostałych wykonawców, w tym odwołującego z postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji oraz narażając zamawiającego na poniesienie dodatkowych kosztów w zakresie nie objętym ilościami wskazanymi w kosztorysie ofertowym.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał

wykonania obowiązku ustawowego wynikającego z przedstawionego przepisu Pzp. Oferta przystępującego zawiera cenę znacznie zaniżoną w stosunku do cen pozostałych oferentów. Różnica w cenie w stosunku do pozostałych oferentów wynosi ponad

4.350.000 zł. Co więcej, w swoich wyjaśnieniach co do treści złożonej oferty przystępujący wskazuje na zaniżone pozycje jednostkowe w zakresie kosztów materiału i transportu (poz. 62 i 63). Wątpliwości co do znacznego zaniżenia ceny powinny zostać przez zamawiającego rozwiane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący podkreślał, że zamawiający powziął wątpliwości co do wyceny tych pozycji, jednakże wezwał wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a nie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Podkreślić, że nawet ocena wyjaśnień dokonana przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp jest oceną błędną, gdyż zamawiający nie zauważył, że został mu zaoferowany materiał niezgodny ze specyfikacją.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Eurovia Polska S.A. w Bielaniech Wrocławskich. Wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ, ofertę przystępującego, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 8 sierpnia 2017 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 16 sierpnia 2017 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 29 sierpnia 2017 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Eurovia Polska S.A. w Bielaniech Wrocławskich, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim – za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się odrzucenia oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut dotyczący niezgodności treści oferty przystępującego z treścią postanowień specyfikacji technicznej D.04.05.01 „Podbudowa i ulepszone podłoże z gruntów stabilizowanych spoiwem drogowym lub cementem”.

Treść SIWZ nie była sporna pomiędzy stronami. Zamawiający w specyfikacji technicznej D.04.05.01 „Podbudowa i ulepszone podłoże z gruntów stabilizowanych spoiwem drogowym lub cementem” w pkt 1.3 przesądził, że zakres rzeczowy obejmuje wykonanie *wzmocnienia z kruszywa stabilizowanego cementem klasy C 1,5/2,0 wraz z pielęgnacją*. Nie było także sporne pomiędzy stronami, że takie właśnie wzmocnienie miało być zaoferowane w pozycji 62 wzoru formularza wyceny ofertowej w części „branża drogowa” („*Warstwa z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C 1,5/2,0 wykonywana sprzętem mechanicznym, grubość warstwy po zagęszczeniu 15 cm*”) i 63 wzoru formularza („*Warstwa z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C 1,5/2,0 wykonywana sprzętem mechanicznym pod konstrukcję jezdni, grubość warstwy po zagęszczeniu 30 cm*”). Na powyższe wskazywał także bezpośrednio przytoczony opis obu pozycji.

Sporna pomiędzy stronami okazała się natomiast treść oferty przystępującego w zakresie obu przytoczonych pozycji.

Odwołujący wywiódł, powołując się na wyjaśnienia przystępującego z dnia 16.08.2017 r., iż jego zdaniem przystępujący przyjął do wykonania materiał niezgodny z SIWZ, to jest stabilizację $R_m = 2,5 \text{ MPa}$.

Jednakże analiza całokształtu treści oferty przystępującego, z uwzględnieniem również treści wyjaśnień z 16 sierpnia 2017 r. i załącznika do tych wyjaśnień nie prowadziła do wniosku, jakoby przystępujący miał zaoferować zamawiającemu stabilizację $R_m + 2,5 \text{ MPa}$.

Uszło uwadze odwołującego, że przystępujący na stronie 7 swej oferty w pozycjach 62 i 63 wypełnionego przez siebie formularza wyceny ofertowej wyraźnie oświadczył, że oferuje wykonanie *warstwy z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C 1,5/2,0*, a zatem o takich parametrach, jakich oczekiwał zamawiający w SIWZ. Po drugie, w wyjaśnieniach z 16 sierpnia 2017 r. przystępujący opisując rodzaj oferowanego materiału w obu pozycjach ponownie wskazał, iż jest to stabilizacja C 1,5/2,0. Przystępujący wskazał bowiem, że do skalkulowania ceny jednostkowej w obu pozycjach przyjęto koszt materiału – stabilizacja C1,5/2,0 (...) (pkt 1 wyjaśnień przystępującego z 16 sierpnia 2017 r., w aktach sprawy).

Rzeczywiście, do wyjaśnień tych załączono ofertę Wytwórni Betonu Towarowego X-Bet sp. z o.o. w Kuluszkach z 8 maja 2017 r., w której ujawniono proponowane przystępującemu cenę za różne rodzaje materiałów. Wśród materiałów wymieniono m.in. zarówno stabilizację C 1,5/2,0 i stabilizację $R_m = 2,5 \text{ MPa}$. Można się także zgodzić z odwołującym, cena podana przez przystępującego w wyjaśnieniach za stabilizację C 1,5/2,0 (odpowiednio 9,75 zł/m² dla pozycji 62 i 19,50 zł/m² dla pozycji 63) nie odpowiadała cenie za tę stabilizację wynikającej z oferty firmy X-Bet sp. z o.o. dla przystępującego (85,00 zł/m³), lecz odpowiadała cenie za stabilizację $R_m = 2,5 \text{ MPa}$ (65 zł/m³). Nie ulegało bowiem wątpliwości, że 9,75 zł/m² / 0,15 (grubość warstwy dla robót z pozycji 62) daje 65 zł/m³. Analogicznie dla pozycji 63, 19,50 zł/m² podzielone przez 0,30 (tj. grubość warstwy dla robót z pozycji 63) daje także 65 zł/m³.

Z powyższego nie można było jednak wyprowadzać wniosku, tak jak to uczynił odwołujący, że przystępujący – wbrew dwukrotnym wyraźnym oświadczeniom – najpierw w ofercie, a później w wyjaśnieniach, zaoferował zamawiającemu materiał niewłaściwy. W szczególności przystępujący w żadnym miejscu oferty i wyjaśnień nie złożył oświadczenia, że oferuje stabilizację $R_m = 2,5 \text{ MPa}$, pochodzącą od Wytwórni Betonu Towarowego X-Bet sp. z o.o., tak jak wywodził odwołujący w odwołaniu. Co więcej, z żadnego miejsca oferty nie wynikało, aby podmiot ten miał być podwykonawcą czy podmiotem, na którego zasobach wykonawca ma polegać celem wykazania warunku. Decyzja o skorzystaniu z oferty tego

podmiotu będzie decyzją biznesową wykonawcy podejmowaną w trakcie realizacji zamówienia. Odrębną kwestią natomiast pozostaje poprawność zaprezentowania elementów kosztotwórczych w spornych pozycjach, w tym kosztów materiału. Podkreślić jednak należy, że ewentualne niedoszacowanie takich kosztów nie oznacza niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dyspozycją tego przepisu objęta jest bowiem merytoryczna niezgodność świadczeń opisanych w SIWZ, ze świadczeniami zaoferowanymi w ofercie. Natomiast ewentualne niedoszacowanie kosztów świadczenia zgodnego z SIWZ jest okolicznością natury ekonomicznej. Wobec powyższego zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ w rozpatrywanym zakresie okazał się chybiony.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z ww. przepisem, *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.*

Odwołujący opisując podstawę faktyczną tego zarzutu w pierwszej kolejności wskazał, że różnica pomiędzy ceną oferty przystępującego a cenami ofertowymi pozostałych wykonawców wynosi ponad 4.350.000 zł.

Izba ustaliła, że przystępujący zaoferował zamawiającemu wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 41.876.518,39 zł. Ponadto w postępowaniu wykonawcy zaoferowali zamawiającemu następujące ceny za wykonanie całości przedmiotu zamówienia:

a) odwołujący - 46.220.352,62 zł,

b) wykonawca Budimex - 46.917.031,69 zł,

c) konsorcjum Erbedim - 48.499.838,34 zł,

d) wykonawca Strabag - 52.932.066,79 zł (protokół postępowania, pkt 12).

Średnia arytmetyczna wszystkich cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wyniosła 47.289.161,57 zł.

Dodatkowo stwierdzono, że ustalona przez zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia po odjęciu wartości zamówień uzupełniających i po dodaniu podatku VAT wyniosła 46.693.939,00 zł (por. pkt 2.4 protokołu postępowania).

W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że cena oferty przystępującego nie odbiegała znacząco od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, od szacunku zamawiającego, ani od ceny ofertowej odwołującego, stanowiąc odpowiednio 88 % średniej cen ofertowych, 89 % szacunku zamawiającego i 90 % ceny ofertowej odwołującego. Różnica tego rodzaju w ocenie Izby, nie mogła sama przez się przesądzać o konieczności powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji całości ceny ofertowej. Argumentacja odwołującego sprowadzała się do prostego matematycznego porównania ceny oferty przystępującego z cenami ofert złożonych w analizowanym postępowaniu. Odwołujący nie podniósł jednak w odwołaniu i nie przedstawił podstawowych założeń, jakie choćby on sam poczynił co do kalkulacji ceny. Dostrzeżenia wymagało również, że odwołujący nie zarzucił w odwołaniu, iż cena oferty przystępującego odbiega od cen rynkowych, zaoferowanych na innych, porównywalnych kontraktach.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że argumentem przemawiającym za koniecznością wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp miało być zaniżenie przez przystępującego wyceny robót z pozycji 62 wzoru formularza wyceny ofertowej w części „branża drogowa” („Warstwa z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C 1,5/2.0 wykonywana sprzętem mechanicznym, grubość warstwy po zagęszczeniu 15 cm”) i 63 wzoru formularza („Warstwa z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C 1,5/2.0 wykonywana sprzętem mechanicznym pod konstrukcję jezdni, grubość warstwy po zagęszczeniu 30 cm”).

Na wstępie dostrzeżenia wymagało, że twierdzenia odwołującego co do wartości pozycji 62 okazały się wewnętrznie sprzeczne. Opisując rozpatrywany zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp odwołujący wywiódł, że wartość tej pozycji jest zaniżona. Jednakże w innej części odwołania, poświęconej zarzutowi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, odwołujący argumentował przeciwnie, utrzymując, że wartość tej pozycji jest zawyżona, a nawet, że do ceny tej pozycji przerzucono część kosztów związanych z pozycją 63 formularza.

W dalszej kolejności podkreślić należało, że jak wynika z przytoczonego art. 90 ust. 1 Pzp, przesłanką wszczęcia procedury wyjaśniającej w tym trybie jest konieczność powzięcia wątpliwości co do całości ceny ofertowej bądź co najmniej wobec istotnych części składowych tej ceny. Muszą to być zatem elementy (pozycje) znaczące w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia. Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby dwie rozpatrywane pozycje wyceny miały stanowić istotne części składowe ceny globalnej. Odwołujący sam wywodził w odwołaniu, że ceny zostały łącznie zaniżone o kwotę rzędu 600.000 zł. Zestawiając tę wartość z ceną całej oferty przystępującego, to jest kwotą 41.876.518,39 zł, należało dojść do wniosku, że nie jest to wartość, której można przypisać cechę istotności.

Wzięto także pod uwagę, że - jak słusznie wskazał zamawiający (zestawienie tabelaryczne znajdujące się na str. 5 odpowiedzi na odwołanie) - cena jednostkowa z pozycji 62 tj. 29,41 zł za m² zaoferowana przez przystępującego okazała się o 37% wyższa od średniej cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców, w tym od ceny oferty odwołującego, będąc przy tym ceną najwyższą spośród zaoferowanych. Z kolei cena jednostkowa pozycji 63 tj. 30,05 zł za m² okazała się jedynie o 4% niższa od średniej, przy czym okazała się wyższa nie tylko od ceny jednostkowej odwołującego (25,18 zł) ale i ceny wykonawcy Budimex (23,38 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, podlegał oddaleniu.

Za chybiony należało uznać także zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią pkt 15.3 SIWZ.

W postanowieniu pkt 15.3 SIWZ zamawiający wskazał, że *ceny jednostkowe (w tym ceny netto) powinny być realne. Cena jednostkowa musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów dla tej pozycji. Elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji i związanych z tym kosztów nie można przenosić do innych pozycji formularza wyceny ofertowej.*

Istota zarzutu odwołującego sprowadzała się do tezy, że przystępujący zawyżył wycenę robót z pozycji 62 wzoru formularza wyceny ofertowej w części „branża drogowa” („Warstwa z gruntu stabilizowanego spoiwem

hydraulicznym C 1,5/2.0 wykonywana sprzętem mechanicznym, grubość warstwy po zagęszczeniu 15 cm"). Zdaniem odwołującego „doszło do przeniesienia elementów składowych ceny jednostkowej i związanych z nią kosztów (z pozycji 63 do pozycji 62)".

Na wstępie przypomnienia wymagało - na co zwrócono uwagę już wcześniej - że twierdzenia odwołującego co do wyceny przez przystępującego pozycji 62 były wewnętrznie sprzeczne. Gdy opisywał zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp wyraźnie argumentował, że jego zdaniem wycena wzmiankowanej pozycji jest zaniżona. Natomiast przy obecnie rozpoznawanym zarzucie wywodził odwrotnie.

Istota argumentacji odwołującego sprowadzała się do tezy, że skoro pozycja 62 obejmuje ułożenie zagęszczenia warstwy o grubości 15 cm, zaś pozycja 63 - warstwy 30 cm, to wycena ceny jednostkowej tej drugiej pozycji musi być „prawie dwukrotnie wyższa”. Odwołujący wywodził także, że koszty transportu materiału dla obu pozycji robót powinny być takie same.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego jest chybione.

Co do kosztów transportu przystępujący w swych wyjaśnieniach rzeczywiście wskazał, że w przypadku pozycji 62 transport mieszanki z betoniarni, ułożenie, zagęszczenie i pielęgnację oferuje za cenę jednostkową 16,13 zł, zaś w przypadku pozycji 63 - za cenę jednostkową 6,95 zł (wyjaśnienia z 16 sierpnia 2017 r.). Był to również jedyny wskazany element różnicujący ceny.

W ocenie Izby odwołujący nie zdołał jednak wykazać, że różnica ta nie jest usprawiedliwiona okolicznościami natury rynkowej.

Uszła uwadze odwołującego znacząca różnica co do ilości przedmiarowych w obu rozpatrywanych pozycjach. W pozycji 62 mamy do czynienia z mniejszą i to ponad dziesięciokrotnie ilością materiału, która będzie musiała być dostarczana na plac budowy (7.216,30 m² dla pozycji 62 wobec 89.686,00 m² dla pozycji 63). Koszt dowozu materiałów z pozycji 62 może być zatem znacząco większy, gdyż może zająć konieczność dowiezienia materiałów pojazdem nie w pełni załadowanym, jeżeli zajdzie taka potrzeba. Sytuacja taka nie będzie zaś dotyczyła transportu materiału z pozycji 63. Z uwagi na znacząco większe ilości przewożonych materiałów, samochody je dostarczające będą wypełnione do końca, co ograniczy koszty transportu. Nie jest zatem prawdą, co wskazano w odwołaniu, że jedyna różnica w wycenie obu pozycji powinna wyrażać się w konieczności zakupu i transportu dwa razy większej ilości materiału. Okoliczność, że odwołujący uzyskał ofertę firmy Wytwórnia Betonu Towarowego X-Bet sp. z o.o. z 16 maja 2017 r., w której koszty transportu określono jako 32 zł/m³ (dowód nr 4 złożony przez odwołującego), nie oznacza jeszcze, że był to jedyny, możliwy sposób kalkulacji kosztów transportu omawianego materiału. Analogicznie należało ocenić argumentację odwołującego wywodzoną z relacji obu cen jednostkowych w opracowaniu Sekocenbud II kw. 2017 r., a także sporządzoną przez samego odwołującego kalkulację kosztów transportu (dowód nr 5).

Ponadto, jak wynikało z zestawiania cen jednostkowych pozycji 62 i 63 we wszystkich ofertach złożonych w postępowaniu (s. 7 odpowiedzi na odwołanie), spośród 5 wykonawców jedynie jeden zbliżył się do założenia odwołującego o konieczności dwukrotnie niższej wyceny jednostkowej w pozycji 62 względem pozycji 63. Co więcej, do założenia takiego nie zbliżył się nawet sam odwołujący (ceny jednostkowe: poz. 62 - 17,90 zł, poz. 63 - 25,18 zł). Wreszcie, jak wynikało z zestawienia cen jednostkowych oferowanych przez odwołującego w różnych postępowaniach również ten wykonawca uzależnia wysokość cen jednostkowych za analogiczne roboty i ich różnicowanie (bądź brak takiego różnicowania) od ilości przedmiarowych i warunków lokalnych (por. dowód nr 3 złożony przez przystępującego). Zarzut zatem podlegał oddaleniu.

Za bezzasadny należało uznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wywiódł, że przystępujący miał zaniżyć cenę jednostkową dla robót z pozycji 63 oraz zawyżyć cenę jednostkową prac z pozycji 62. Natomiast mechanizm manipulacji cenami ofertowymi wynikał z tego, że - zdaniem odwołującego - ilości kosztorysowe podawane przez zamawiającego w SIWZ w pozycjach

62 i 63 miały nie odpowiadać rzeczywistości i być znacząco odmienne. Odwołujący argumentował bowiem, że w pozycji 62 zamiast 7216,30 m² w istocie zajdzie konieczność wykonania aż 91.000 m² warstwy z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C 1.5/2.0 o grubości 15 cm. Z kolei w pozycji 63, zamiast 89.686,00 m² wykonawcy zobowiązani będą wykonać jedynie 5.903,30 m² warstwy z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym C 1.5/2.0 o grubości 30 cm. Argumentował, że przy ustalonym przez zamawiającego kosztorysowym sposobie wynagradzania wykonawcy, wynagrodzenie wykonawcy zależne będzie od obmiaru rzeczywiście wykonanych robót. W konsekwencji zdaniem odwołującego, przy takiej wzajemnej relacji obu pozycji przystępujący miał doprowadzić sztucznie do zaniżenia ceny własnej oferty aż o kwotę 2,3 mln zł.

Zamawiający i przystępujący w trakcie rozprawy zaprzeczyli twierdzeniom odwołującego, oświadczając, że ich

zdaniem ilości przedmiarowe wynikające z treści SIWZ odpowiadają rzeczywistości. W tej sytuacji ciężar udowodnienia spornego faktu spoczywał na odwołującym. Zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. W ocenie Izby odwołujący ciężaru tego nie udźwignął. Odwołując w odwołaniu wskazał, że swe twierdzenia opiera na dokonanej przez siebie wizji i swym doświadczeniu. Zapowiedział ponadto, że przedstawi w trakcie rozprawy dowód z analizy profilu geologicznego. Izba stwierdziła, że lakoniczne zapewnienia odwołującego o wizji i jego doświadczeniu nie mogły być uznane za dowód a co najwyżej za stanowisko samego odwołującego. Natomiast zapowiadanej analizy profilu geologicznego i argumentacji z niej płynącej odwołujący Izbie nie przedstawił. W tej sytuacji zarzut jako gołosłowny podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art.*

98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica*.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący, którego obciążono całością kosztów

postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art.

192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący:.....