

Sygn. akt: KIO 1823/10

## WYROK

z dnia 8 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 23 sierpnia 2010 r. przez wykonawcę - konsorcjum w składzie:

1. **Polimex-Mostostal S.A, ul. Czackiego 151/17 00-950 Warszawa (lider);**
2. **DOPRASTAV a.s., ul. Drienova 27, 826-56 Bratislava;**
3. **Zakład Robót Mostowych „MOSTMAR” Marcin i Grzegorz Marcinków Spółka Jawna, Zarzecze ul. Łęgowa 1, 34-326 Pietrzykowice.**

Adres do korespondencji: **Polimex - Mostostal S.A., ul. Mickiewicza 15, 40 - 951 Katowice,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad ul. Żelazna 59, 00 - 848 Warszawa.**

Przy udziale wykonawcy: **ALPINE Bau GmbH Alte Bundesstraße 10 A-5071 Wais bei Salzburg Austria,** zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania w kwocie **20 000,00 zł.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego - konsorcjum w składzie:
  1. **Polimex-Mostostal S.A, ul. Czackiego 151/17 00-950 Warszawa (lider);**
  2. **DOPRASTAV a.s., ul. Drienova 27, 826-56 Bratislava;**

3. **Zakład Robót Mostowych „MOSTMAR” Marcin i Grzegorz Marcinków Spółka  
Jawna, Zarzecz ul. Łęgowa 1, 34-326 Pietrzykowice,  
Adres do korespondencji: Polimex - Mostostal S.A., ul. Mickiewicza 15, 40 - 951  
Katowice.**

3. Zasadza od konsorcjum w składzie:

1. **Polimex-Mostostal S.A, ul. Czackiego 151/17 00-950 Warszawa (lider);**
2. **DOPRASTAV a.s., ul. Drienova 27, 826-56 Bratysława;**
3. **Zakład Robót Mostowych „MOSTMAR” Marcin i Grzegorz Marcinków Spółka  
Jawna, Zarzecz ul. Łęgowa 1, 34-326 Pietrzykowice,  
Adres do korespondencji: Polimex - Mostostal S.A., ul. Mickiewicza 15, 40 - 951  
Katowice na rzecz Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad  
ul. Żelazna 59, 00 - 848 Warszawa kwotę 3 600,00 zł. (słownie : trzy tysiące sześćset  
złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.**

**Przewodniczący**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą: „Kontynuacja budowy autostrady płatnej A 1, odcinek od węzła "Świerklany" (bez węzła) do granicy państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach od km 548+897 do km 567+223, długości 18,33 km" (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2010/S 66 – 099334 z dnia 3.04.2010 r.), w dniu 23 sierpnia 2010 r. zostało złożone bezpośrednio w siedzibie Izby w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę – konsorcjum firm:

1. Polimex-Mostostal S.A,
2. DOPRASTAV a.s.,
3. Zakład Robót Mostowych „MOSTMAR” Marcin i Grzegorz Marcinków Spółka Jawna,  
- z kopią przekazaną w tym samym terminie zamawiającemu.

Odwołanie zostało wniesione wobec podjętego przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania przetargowego, o czym odwołujący został powiadomiony w dniu 13 sierpnia 2010 r.

Odwołanie dotyczy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ALPINE Bau GmbH, zaniechania wezwania ALPINE Bau GmbH do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Skarbowi Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 759 ze zm.), tj.:

- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty ALPINE Bau GmbH, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez nie zwrócenie się do wykonawcy ALPINE Bau GmbH o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, przez nie odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty ALPINE Bau GmbH i wyboru oferty złożonej przez odwołującego.

Ewentualnie wnosił o nakazanie:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- dokonania ponownego badania ofert i wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ALPINE Bau GmbH do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący powołał się na interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż w przypadku zgodnych z ustawą Pzp działań zamawiającego oferta odwołującego mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów żądań odwołujący podał, iż spośród ofert złożonych w tym postępowaniu, jako najkorzystniejsza wybrana została oferta wykonawcy ALPINE Bau GmbH z siedzibą w Salzburgu. Wybrany wykonawca zaoferował najniższą cenę brutto 555 653 137,06 zł. Zdaniem odwołującego, zaproponowane przez ALPINE ceny jednostkowe wskazują jednoznacznie na złożenie oferty nieodpowiadającej treści SIWZ co najmniej w zakresie pozycji:

- 1) wykonanie nasypów z dokopów (Specyfikacja Techniczna D.02.03.01),
- 2) wzmocnienie podłoża nasypów (Specyfikacja Techniczna D.02.03.01.04),
- 3) wykonanie konstrukcji wzmocnienia podłoża nasypów w obszarze szkód górniczych (Specyfikacja Techniczna D.02.03.01.05),
- 4) wykonanie obiektów MA 532 i MD 532.1.

Zgodnie z odpowiedziami zamawiającego na pytania wykonawców do treści SIWZ, między innymi odpowiedzi na pytania nr 57, 78 i 85 - przy wycenie robót, w tym naprawczych, należało przewidzieć ceny nowych materiałów.

W opinii odwołującego, ALPINE Bau w kosztorysie ofertowym dotyczącym wykonania robót ziemnych nie uwzględniła tego wymogu. Przyjęte w pozycjach nr 6,7,9,12,15,18,20 ceny wykonania nasypów z gruntu dokopów oraz ułożenia warstw nasypu w ramach robót naprawczych (ceny jednostkowe: 8,47zł/m<sup>3</sup>; 6,09zł/m<sup>3</sup>; 2,22 zł/m<sup>3</sup> zabudowanego nasypu) nie zawierają ceny zakupu materiału.

Odwołujący zarzucał, iż przyjęcie tak niskich cen oznacza, że wykonawca wycenił wymienione wyżej pozycje niezgodnie ze specyfikacją techniczną D.02.03.01 oraz odpowiedziami zamawiającego.

Odwołujący oświadczył, iż przed sporządzeniem swojej oferty dokonał rozeznania rynku w otoczeniu budowanego odcinka autostrady i najniższe ceny jakie uzyskał to 3,50 zł za tonę materiału na nasyp. Na dowód czego przedstawił ofertę dostawcy firmy: Haldex S.A. z dnia 15 czerwca 2010 roku. Dodając do tej ceny materiału minimalny koszt transportu w wysokości 8 zł/1 tonę i przeliczając cenę z tony na metr – odwołujący otrzymał cenę pozyskania materiału na nasyp w granicach 20 zł.

Za szczególnie rażąco niskie ceny podane przez ALPINE Bau, odwołujący uznał przyjęte w pozycjach kosztorysu ofertowego dotyczących wykonania wzmocnienia podłoża nasypów w obszarze szkód górniczych geosiatkami i geowłókninami (pozycje 23, 60, 62, 63, 65, 66, 68, 69 i 71 kosztorysu). Na dowód powołał się na ceny rynkowe producentów geowłóknin i geosiatek o parametrach określonych w specyfikacji technicznej - w tabeli stanowiącej załącznik do odwołania. Odwołujący podkreślił, że przy przyjęciu do kalkulacji którejkolwiek z cen wskazanych w tabeli nie można uzyskać ceny jednostkowej za ułożenie 1 metra geosiatki i geowłókniny, jak to uczynił w kosztorysie ofertowym ALPINE Bau GmbH, na poziomie 0,50 - 3,34 zł. za m<sup>2</sup>. Odwołujący postawił zarzut, iż rażąco niskie ceny w tych pozycjach, jeżeli obejmują koszt materiału, to z całą pewnością materiał ten nie spełnia wymagań określonych w dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych.

Podobne zastrzeżenia zgłosił do cen jednostkowych za ułożenie warstw filtracyjnych z pospółki (pozycje 37,40 i 43) wycenionych na 3,84 zł/m<sup>2</sup>. Zdaniem odwołującego, nie uwzględniają one kosztu materiału o parametrach określonych w specyfikacji technicznej. Cena jednostkowa ułożenia m<sup>2</sup> warstwy filtracyjnej z pospółki zgodnie z wymaganiami specyfikacji technicznej według odwołującego, kształtuje się na poziomie przekraczającym 10 zł/m<sup>2</sup>.

Również za nierealne i rażąco niskie uznał ceny jednostkowe ułożenia warstw kruszywa łamanego frakcji 31,5/63 mm oraz 0,63mm w konstrukcjach nr 1, 1A ,2 i 3 (pozycje 72, 73, 74, 76, 77, 79, 85, 86, 88, 89, 91, 92, 94), kształtujące się na poziomie 25,95 - 29 zł/m<sup>3</sup> podane przez wybranego wykonawcę.

A zatem odwołujący ocenił, iż treść kwestionowanej oferty, nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna ona na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zostać odrzucona. Natomiast przyjęcie oferty ALPINE Bau GmbH stwarza zagrożenie, jak to już miało miejsce na tym odcinku autostrady, wykonywanym przez tego samego wykonawcę, że będzie on wnioskował o zastosowanie rozwiązań zamiennych od przyjętych w dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych. Odwołujący wychodząc z założenia, że zamawiający zgody takiej nie wyrazi (byłoby to pogwałceniem zasady uczciwej konkurencji), podtrzymał zarzut, iż wybrany wykonawca musiałby realizować roboty po rażąco niskich cenach, zdecydowanie poniżej kosztów tych prac, ewentualnie wejdzie na drogę sporu i roszczeń, co skończyć się może analogicznie do zakończenia pierwszej umowy między ALPINE Bau GmbH a zamawiającym, czyli koniecznością odstąpienia od umowy przez zamawiającego, a co najmniej stanowić będzie prawdopodobną przyczynę opóźnienia prac i wzrostu kosztów na tej, sztandarowej i z takimi problemami realizowanej inwestycji. W tej sytuacji za szczególnie naganne uznał zaniechanie zamawiającego zbadania realności cen zaoferowanych przez ALPINE Bau GmbH. Odwołujący argumentował, iż zamawiający powinien zwrócić uwagę na tak rażąco

niskie ceny w wymienionych wyżej pozycjach i zażądać stosownych wyjaśnień. Tymczasem zamawiający pismem Nr GDDKiA-DPR I-ML-4411-A1-Ś-G/25/10 z dnia 4.08.2010 r. wezwał wykonawcę ALPINE Bau do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty jedynie w zakresie wykonania obiektów MA 532 i MD 532,1 - poz. 18 tabeli nr V.8.I.1 przedmiaru robót. Wybrany wykonawca pismem z dnia 9.08.2010 r. lakonicznie wyjaśnił, że kwestionowana pozycja, wyceniona na kwotę 925,93 zł netto „pokrywa wszelkie czynności i elementy wymagane przez zamawiającego i opisane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” Według wyjaśnienia ALPINE Bau GmbH wyliczona cena ryczałtowa pozycji wynika z przyjęcia do kalkulacji założenia uzyskania przychodu z odsprzedaży urządzenia do betonowania nawisowego (włącznie z konstrukcjami) po wykonaniu wszystkich robót wymaganych zamówieniem.

Zdaniem odwołującego, wyjaśnienie to nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż możliwość odsprzedaży wziął zapewne pod uwagę każdy z wykonawców, co jednak nie uzasadnia tak niskiej ceny, gdyż przeznaczone do ponownego użycia urządzenie musi być każdorazowo dopasowane do konkretnego obiektu. Stwierdził, że zaproponowana przez ALPINE Bau GmbH cena nie pokrywa nawet kosztów montażu i demontażu urządzenia na terenie budowy.

Analiza wyżej wymienionych pozycji, a także wyjaśnień ALPINE Bau z dnia 9 sierpnia 2010 r. przywoływały odwołującego do wniosków, iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże nawet jeżeli zamawiający nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to w cenie odwołującego, miał wystarczające podstawy do podjęcia wątpliwości czy zaproponowana przez tego wykonawcę cena nie stanowi ceny rażąco niskiej, co obligowało z mocy art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do zwrócenia się do ALPINE Bau GmbH o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący wywodził, iż rażące zaniżenie wysokości cen w pozycjach dotyczących robót ziemnych miało decydujący wpływ na wysokość ostatecznej ceny oferty wybranego wykonawcy.

W wyniku porównania i zestawienia tych pozycji we własnej ofercie oraz w ofercie ALPINE Bau, odwołujący zanotował różnicę wartości dla przedmiotowych pozycji wynoszącą 40 106 845, 89 zł, a więc więcej niż ostateczna różnica pomiędzy ofertami wymienionych wykonawców (cena zaproponowana przez ALPINE 555 653 137,06 zł, cena zaproponowana przez odwołującego 589 988 829, 02 zł. Przedstawił tabelę obrazującą tę różnicę stanowiącą załącznik do odwołania.

Odwołujący podtrzymał zarzuty, iż zamawiający zaniechał czynności zwrócenia się o wyjaśnienie rażąco niskich cen pozycji kosztorysu ofertowego ALPINE Bau, na które wskazał w treści uzasadnienia. Gdyby to uczynił, zdaniem odwołującego, uzyskałby dowody, że

zaoferowane ceny jednostkowe przez ALPINE Bau nie pokrywają wszystkich czynności i materiałów jakie należy wykonać i użyć zgodnie z technologią i wymaganiami opisanymi w dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych.

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem, zamawiający nie może uznać ogólnikowych i lakonicznych wyjaśnień, nieodnoszących się do obiektywnych czynników mających wpływ na wycenę. W wyroku KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09) wskazano: „skład orzekający Izby podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie (wyrok z dnia 5.01.2007 r., sygn. Akt: V Ca 2214/06), tj. „że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.”

Na wezwanie zamawiającego z dnia 23 sierpnia 2010 r., pismem złożonym bezpośrednio w siedzibie Izby w dniu 26 sierpnia 2010 r. przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca ALPINE Bau GmbH, który wywodził swój interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego z faktu, iż zaskarżoną czynnością właśnie oferta wykonawcy - Alpine Bau GmbH została wybrana jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania skutkowałoby unicestwieniem dokonanego przez zamawiającego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Ponadto zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą oceny czynności zamawiającego w kontekście treści wybranej oferty. Zdaniem przystępującego, zarzuty odwołania są nietrafne i mające na celu zdyskredytowanie wykonawcy wobec zamawiającego i Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na odwołanie. Wobec nie uwzględnienia całości zarzutów odwołania, nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę ALPINE Bau GmbH do udziału w postępowaniu odwoławczym z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami,

oferty odwołującego, oferty przystępującego, wezwania ALPINE Bau do złożenia wyjaśnień i udzielonej odpowiedzi, pism stron i przystępującego złożonych w postępowaniu odwoławczym wraz z załącznikami, zestawienia dla porównania cen wykonania obiektów mostowych MA 532, MD 532.1, zestawienia cen jednostkowych odwołującego podanych w najniższych kwotach, zestawienia porównawczego cen wybranych ofert przez zamawiającego w stosunku do wartości oszacowania w innych prowadzonych postępowaniach, zestawienia cen jednostkowych odwołującego z cenami przystępującego - w kwestionowanych pozycjach, ofert dostawców na wybrane materiały mające zastosowanie do realizacji zamówienia.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i uczestnika postępowania, przedstawione do protokołu posiedzenia oraz rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Kontynuacja budowy autostrady płatnej A1, odcinek od węzła „Świerklany” (bez węzła) do granicy państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach od km 548+897 do km 567+223, długości 18,33 km” prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego. Opis zamówienia zawiera rozdział I pkt 5.1 SIWZ.

W punkcie 12.1 SIWZ zamawiający podał, iż przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, stosować będzie wyłącznie kryterium najniższej ceny.

Zgodnie z punktem 8 SIWZ – opis sposobu obliczenia ceny, zamawiający podał:

8.1. cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone dla każdego przedmiaru robót odrębnie na formularzach, których wzór stanowi formularz 2.2. Podstawą obliczenia ceny są przedmiary robót zamieszczone w tomie V specyfikacji,

8.2. kosztorysy ofertowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach,

8.3. wyliczone w kosztorysach ofertowych wartości netto wykonawca powinien wpisać do tabeli wartości elementów scalonych (formularz 2.3) oraz w tej tabeli wyliczyć cenę oferty brutto,

8.5. tam gdzie na rysunkach w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz w przedmiarach zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których



mowa w art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający dopuścił oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych, pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót zgodnie z pozwoleniem na budowę, oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych założonych w ww. dokumentach,

8.6. cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, o których mowa w tomach II - V SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w przedmiarach robót i w tabeli elementów scalonych nie ujęto odrębnymi pozycjami, wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w przedmiarach.

Tom II warunki kontraktu: pkt 4 i pkt 4.1 wzoru umowy podaje, iż zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wykonawcy za wykonanie robót i usunięcie wad cenę kontraktową. Zaakceptowana kwota kontraktowa zgodnie z ofertą wykonawcy wynosi ...

Pkt 4.2. maksymalna kwota zobowiązania wynosi 115% kwoty brutto, podanej w pkt 4.1.

Rozdział III SIWZ szczególne warunki kontraktu punkt 12 obmiary i wycena - subklauzula 12.1 „obowiązkowe obmiary robót” zobowiązuje wykonawcę do rejestru obmiarów w książce obmiarów, w której będzie zamieszczał rysunki i obliczenia niezbędne do ustalenia ilości wykonanych robót. Wykonawca na bieżąco zobowiązany jest dokonywać zapisów pomiarów wykonanych robót, w szczególności ulegających zakryciu.

W punkcie 14 cena kontraktowa i płatności – subklauzula 14.1 zamawiający wprowadził wymaganie, aby wykonawca w terminie 28 dni od daty rozpoczęcia (...) przedłożył Inżynierowi szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych (w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów: robocizny, materiałów, wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzutów kosztów pośrednich (ogólnych) i zysku wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy.

W odpowiedziach na pytania nr 57, 78 i 85 do SIWZ zamawiający wyjaśnił - przy wycenie robót, w tym naprawczych, należało przewidzieć ceny nowych materiałów (odpowiedź na pytanie 57).

Wykaz materiałów z podaniem ich cen, na etapie złożenia oferty nie był przez zamawiającego wymagany. Zamawiający w ograniczonym zakresie, w sytuacjach wprost wskazanych w dokumentacji (potwierdzonych w odpowiedziach na zapytania do SIWZ) dopuścił stosowanie materiałów używanych po konsultacji i uzgodnieniu z Inżynierem kontraktu. Zamawiający wskazał jakie projekty technologiczne będą wykonywane przez wykonawcę.

Pismem z dnia 4.08.2010 r. zamawiający wezwał wykonawcę ALPINE Bau do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – zapytał czy złożona oferta, a zatem zaoferowana cena uwzględnia wykonanie całości przedmiotu

zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, a także czy zaoferowana cena w zakresie wykonania obiektów MA 532 i MD 532.1 – (poz. 18 tabeli nr V.8.I.1 przedmiaru robót) uwzględnia wykonanie tych obiektów według technologii opisanej w dokumentacji projektowej? W kontekście powyższego, prosił o szczegółowe wyjaśnienie poz. 18 tabeli nr V.8.I.1 przedmiaru robót kosztorysu ofertowego dla obiektów MA 532 i MD 532.1, w której konstrukcje stalowe urządzeń do betonowania nawisowego wyceniono na kwotę 925,93 zł netto.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2010 r. wykonawca ALPINE Bau udzielił wyjaśnień, iż podana w ofercie cena uwzględnia wykonanie całego przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, w tym z dokumentacją projektową, a więc obejmuje również wykonanie obiektów MA 532 i MD 532.1. zgodnie z opisaną technologią. Przy wyliczeniu ceny zostały uwzględnione wszystkie wyjaśnienia przekazane wykonawcy zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp. W kontekście powyższego przystępujący potwierdził, iż poz. 18 tabeli nr V.8.I.1 przedmiaru robót formularza kosztorysu ofertowego dla robót mostowych obiektów MA 532 i MD 532.1 – konstrukcje stalowe urządzeń do betonowania nawisowego wycenione na kwotę 925,93 zł netto, pokrywają wszelkie czynności i elementy wymagane przez zamawiającego i opisane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wynikające z odnośnej specyfikacji technicznej M 14.04.01. „konstrukcje stalowe urządzeń do betonowania nawisowego.” Wyliczona cena ryczałtowa dla pozycji 18 tabeli nr V.8.I.1 przedmiaru wynika z przyjęcia do kalkulacji założenia uzyskania przychodu z odsprzedaży urządzenia do betonowania nawisowego (włącznie z konstrukcjami) po wykonaniu wszystkich robót wymaganych zamówieniem, według uzgodnień z przyszłym nabywcą. Cena ryczałtowa opisanej pozycji została wyliczona przy uwzględnieniu warunków SIWZ podanych w Tomie IV O.S.T Warunki ogólne pkt 9, a więc zapewnia należyte wykonanie prac. Przystępujący stwierdził, iż jego oferta jest zgodna z postanowieniami SIWZ.

Pismem z 12 sierpnia 2010 r. zamawiający powiadomił przystępującego o skorygowaniu omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w wyniku czego cena oferty wyniosła 555 653 515,04 brutto.

Z załącznika do protokołu postępowania wynika, iż sklasyfikowane zostały oferty 7 wykonawców z cenami brutto:

- 1) Alpinie Bau GmbH 555 653 515,04 zł. (po sprostowaniu),
- 2) odwołujący konsorcjum Polimex-Mostostal S.A. (lider) – 589 988 829,02 zł,
- 3) konsorcjum EUROVIA Polska S.A. (lider) – 608 046 221,53 zł,
- 4) J&P AVX S.A. – 776 463 609,22 zł,
- 5) konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. (lider) – 778 907 926,73 zł,
- 6) konsorcjum DROGBUD Sp. z o.o. (lider) - 828 302 030,04 zł,
- 7) konsorcjum DRAGADOS S.A. (lider) – 847 225 401,99 zł.

W protokole postępowania Druk ZP- 1, zamawiający podał wyliczoną przez siebie wartość szacunkową zamówienia bez podatku VAT, bez uwzględnienia zamówień uzupełniających na 505 725 626,00 zł, ustaloną 31 marca 2010 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Brutto stanowiłoby to kwotę 616 985 264,00 zł. Na otwarciu ofert zamawiający podał, iż kwota jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 601 750 000,00 zł.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2010 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty ALPINE Bau GmbH.

Izba zważyła co następuje.

Nie zachodziły podstawy do kwestionowania interesu odwołującego do skarżenia czynności i zaniechań zamawiającego w odniesieniu do oferty wybranego wykonawcy ALPINE Bau - skoro odwołujący wykazywał, iż pozostają one niezgodne z zasadami i przepisami ustawy Pzp. Stanowi to wystarczającą przesłankę legitymizującą możliwość wniesienia środków ochrony prawnej przez wykonawcę, szczególnie gdy oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Zakres i sposób rozpatrywania zarzutów odwołania przez Izbę, wyznacza ich treść, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego oraz materiał dowodowy. Ocena tej sprawy przez Izbę, musiała się ograniczać do ustalonego materiału dowodowego - warunków podanych w treści SIWZ oraz treści oferty przystępującego ALPINE Bau GmbH i pozostawać wolna od sugestii odwołującego, iż fakt odstąpienia przez zamawiającego od umowy z podmiotem będącym następcą prawnym konsorcjum z udziałem ALPINE Bau GmbH na budowę przedmiotowego odcinka autostrady, rzutuje na ocenę aktualnej oferty tego wykonawcy na dokończenie wymienionej inwestycji. Hipotetyczne rozważania odwołującego co do przebiegu realizacji prac w przypadku zawarcia umowy z przystępującym nie mogły być brane pod uwagę. Zamawiający nie wykluczył przystępującego z postępowania, a ocena oferty tego wykonawcy w myśl postanowień art. 7 ustawy Pzp winna przebiegać na równych zasadach dotyczących wszystkich złożonych ofert.

Przytoczony wyżej materiał dowodowy zaświadcza, iż zamawiający ustalił kosztorysowy charakter wynagrodzenia w oparciu o obmiar powykonawczy.

Na etapie złożenia oferty, zamawiający nie wymagał przedstawienia kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą szczegółową, lecz kosztorysu opracowanego metodą uproszczoną, co potwierdził pismem z dnia 6 września 2010 r.

Przedmiar przekazany wykonawcom zawiera zestawienie przewidywanych do wykonania robót (zestawienie elementów rozliczeniowych) z odesłaniem do opisu szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych odnośnie zakresu prac objętych poszczególnymi pozycjami. Podaje nazwy jednostek obliczeniowych i ich ilość. Natomiast zadaniem wykonawcy było podanie cen jednostkowych poszczególnych pozycji przedmiaru, ich wartości z podsumowaniem jako ceny netto oferty. Zgodnie z definicją § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczenia planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389), ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o cenie jednostkowej – należy przez to rozumieć sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, wyliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych. Kosztorys ofertowy – w ślad za definicją podaną w § 2 ust. 1 wymienionego rozporządzenia opracowany metodą kalkulacji uproszczonej polega na obliczeniu ceny kosztorysowej robót objętych przedmiarem jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych i ich cen jednostkowych – mieszczących w sobie podane wyżej czynniki cenotwórcze.

Skoro zamawiający wymagał podania stawek jednostkowych obejmujących zagregowany koszt robocizny, materiałów, wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzutów kosztów pośrednich (ogólnych) i zysku - w ramach kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną, to do oceny zgodności oferty przystępującego mogą być przyjmowane wyłącznie wymienione stawki jednostkowe. Kwestia kalkulacji stawek jednostkowych pozostaje bowiem w dyspozycji wykonawcy składającego ofertę. Skoro kosztorys ofertowy wykonawcy ALPINE Bau obejmuje wycenę wszystkich pozycji objętych przedmiarem robót, czemu nie zaprzeczył zamawiający oraz odwołujący, w ocenie Izby, brak jest usprawiedliwionych podstaw czynienia zarzutów, iż treść oferty wybranego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz żądania odrzucenia oferty z tej przyczyny. Koszty materiałów w żaden sposób nie podlegały wyodrębnieniu, zatem zarzuty, iż wycena kwestionowanych pozycji nie obejmuje kosztów materiałów lub jeżeli obejmuje to są one o nieodpowiedniej jakości, pozostają jedynie w sferze domniemań odwołującego.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, iż udzielona odpowiedź na zapytanie zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2010 r. dawała podstawy do uznania, iż oferta przystępującego nie jest zgodna z treścią SIWZ. Pytanie było zadane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i odnosiło się do wyjaśnienia treści oferty – czy został nią objęty cały przedmiot zamówienia opisany w przedmiarze robót. Przystępujący potwierdził tą okoliczność w sposób kategoryczny, wyjaśniając, iż podana w ofercie cena uwzględnia wykonanie całego

przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, w tym z dokumentacją projektową, a więc obejmuje również wykonanie obiektów MA 532 i MD 532.1. zgodnie z opisaną technologią, a wyliczona cena ryczałtowa pozycji „konstrukcje stalowe urządzeń do betonowania nawisowego” wynika z przyjęcia do kalkulacji założenia uzyskania przychodu z odsprzedaży tego urządzenia (włącznie z konstrukcjami) po wykonaniu wszystkich robót wymaganych zamówieniem.

W sytuacji gdy zakres, czy sposób wykonania oferowanego świadczenia odbiega od żądanego przez zamawiającego w SIWZ, stanowi to podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Nie upoważniało natomiast zamawiającego, jak wywodził odwołujący, do odrzucenia wybranej oferty, ze względu na rażąco niską cenę jednostkową omawianej pozycji kosztorysu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała za bezpodstawny, gdyż treść oferty przystępującego odpowiada treści SIWZ. Odwołujący nie dowiódł w rozumieniu art. 6 K.c. w związku z art. 14 Pzp, że przystępujący nie zaoferował pełnego zakresu zamówienia. Za daleko idące i niedowiedzione Izba uznała zarzuty odwołującego, iż z uwagi na niskie wyceny pozycji: robót ziemnych, wykonania konstrukcji, warstw filtracyjnych i wzmocnienia podłoża nasypów w obszarach szkód górniczych, wykonania obiektów mostowych - nie został objęty wycenami cały zakres robót przewidziany dokumentacją projektową. Hipotetyczne założenia odwołującego, iż za wskazane ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysu nie można wykonać prawidłowo robót, lub że nie obejmują one odpowiedniego materiału i kosztów transportu, nie mogły stanowić podstawy rozstrzygnięcia zgodnego z żądaniami odwołującego.

Biorąc pod uwagę szacunkową wartość zamówienia, którą zamawiający obowiązany był obliczyć z należytą starannością w oparciu o dane rynkowe, jak stanowi art. 32 ust. 1 w związku z art. 33 ust. 1 ustawy Pzp, w kwocie podanej bez uwzględnienia zamówień uzupełniających - 505 725 626,00 zł, co łącznie z podatkiem VAT wyniosło 616 985 264,00 zł. oraz przy uwzględnieniu kwoty jaką zamawiający podał na otwarciu ofert jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia 601 750 000,00 zł. brutto, Izba stwierdziła, że cena oferty przystępującego nie odbiega od wyceny szacunkowej w zasadniczy sposób. Cena brutto zaproponowana przez ALPINE Bau GmbH - 555 653 137,06 zł, w zestawieniu z ceną oferty odwołującego 589 988 829,02 zł. również nie wykazuje znaczących rozbieżności (jedynie 5,71%). Tej wielkości - jak zanotowane w niniejszym postępowaniu, różnice cenowe wymienionych wyżej ofert, stanowią normalny mechanizm rynkowej konkurencji. Przystępujący wykazał, iż zamawiający udzielał zamówień na porównywalny przedmiot, w sytuacji większych rozbieżności między wartością szacunkową a cenami wybranych ofert.

Zdaniem Izby, kwestionowana oferta nie wykazuje symptomów rażąco niskiej ceny, które obligowałyby zamawiającego do wszczęcia procedury wzywania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający jest uprawniony aby samodzielnie ustalać podstawy do zastosowania procedury wyjaśnienia cen ofert. Właściwymi narzędziami, które mogą być wykorzystane w tym celu jest posiadane rozeznanie poziomu cen rynkowych, ceny podobnych zamówień, średni poziom cen składanych ofert.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przepis ten nie nakłada jednak żadnych warunków, kiedy postępowanie takie może być zasadnie zainicjowane. Pozostaje to w sferze decyzji zamawiającego, opartej na dokumentacji postępowania oraz znajomości relacji cen rynkowych (pogląd taki został wyrażony w wyroku Izby o sygn. akt KIO/UZP 963/09). Z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika bowiem, by zamawiający miał obowiązek wdrożyć postępowanie wyjaśniające w przedmiocie rażąco niskiej ceny w każdej sytuacji, lecz jedynie wtedy, gdy może podejrzewać, że oferta taką cenę zawiera. Stosowanie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie jest zatem obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku, gdy tylko domagają się tego wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowane na dalszych pozycjach, co potwierdza stanowisko Izby np. w wyroku sygn. akt KIO/UZP 671/08.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości np. wyrok sygn. akt 76/81 „Transporoute”, wyrok sygn. akt 103/88 „Constanzo,” wyrok sygn. akt C-285/89 „Impresa Dona Alfonso,” potwierdzają, że nie można oceniać ofert wyłącznie według kryterium arytmetycznego. W okolicznościach tej sprawy, nie można nawet mówić o znaczących rozbieżnościach między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem podatku VAT a ceną rozpatrywanej oferty.

W konsekwencji, więc nie można przyjmować, że samo porównanie ceny wybranej oferty do cen ofert pozostałych wykonawców i zanotowane różnice, stanowią przesłankę do wykazania podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę, niepozwalającą na zrealizowanie w sposób należyty zamówienia z wypracowaniem zysku przez wykonawcę.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskutek pominięcia procedury wyjaśnienia podania rażąco niskiej ceny oferty wybranego wykonawcy APLPINE Bau GmbH nie znajduje uzasadnienia.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż ustalenia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zawsze należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Podnoszone przez odwołującego

zarzuty w odniesieniu do oferty wybranej ALPINE Bau GmbH sprowadzają się natomiast do wykazania, iż poszczególne elementy przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji:

- 5) wykonanie nasypów z dokopów (Specyfikacja Techniczna D.02.03.01),
- 6) wzmocnienie podłoża nasypów (Specyfikacja Techniczna D.02.03.01.04),
- 7) wykonanie konstrukcji wzmocnienia podłoża nasypów w obszarze szkód górniczych (Specyfikacja Techniczna D.02.03.01.05),
- 8) wykonanie obiektów MA 532 i MD 532.1.

- wycenione zostały poniżej kosztów nabycia materiałów koniecznych do wykonania robót przewidzianych w opisie danych pozycji kosztorysowych takich jak: geosiatki, geowłókniny, pospółka, kruszywo łamane i koszty transportu.

Tego rodzaju argumentacja odwołującego nie mogła zostać uwzględniona. Zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania stawek jednostkowych. Każdy z wykonawców, w zależności od własnego potencjału i możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, dokonywał kalkulacji stawek jednostkowych dla poszczególnych pozycji wchodzące w skład zamówienia. Nawet gdyby któreś z tych cen jednostkowych nie pokrywały kosztów świadczenia danej części robót, to stawiane zarzuty nie dotyczą zaniżenia wszystkich cen jednostkowych, (składających się na cenę oferty za przedmiot zamówienia), które łącznie jako cena oferty, mogą być kalkulowane na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku za całość zamówienia. Liczy się wyłącznie cena całkowita oferty, przyjmowana do porównania ofert. Stanowisko takie wynika z ugruntowanego i przeważającego poglądu doktryny oraz orzecznictwa, i co zasady pozostawało niekwestionowane przez odwołującego. Odwołujący nie zaprzeczył dowodom przedstawionym przez przystępującego, iż również w jego kosztorysie - zestawieniu cen jednostkowych robót objętych przedmiotem zamówienia, występują pozycje cen jednostkowych, w wysokości niższej niż podają oferty konkurencyjne. Okolicznością przyznaną przez odwołującego i potwierdzoną dowodami stanowiło, iż ceny robót obiektów mostowych w ofertach odwołującego oraz przystępującego zostały określone na wyrównanym poziomie.

Należy podkreślić, iż kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Kalkulacja własna ceny jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym "z elementów ceny" (wyrok z 27 lipca 2009 r. KIO/UZP 878/09). Stosownie do poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu

Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,” wyroku z dnia 24 marca 2005 r. Sygn. akt II Ca 425/04 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty - przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.”

Mając na uwadze powyższe niedopuszczalnym jest - tak jak żądał tego odwołujący, stosując wybiórcze porównywanie wybranych pozycji ofert, w tym zakresie w którym składowe ceny jednostkowe oferty ALPINE Bau GmbH są niższe od pozycji innych ofert, a w szczególności od oferty odwołującego, aby cena wybranego wykonawcy została uznana za rażąco niską. Ustalenie rażąco niskiej ceny ma się bowiem odbywać w stosunku do „przedmiotu zamówienia,” a nie wyłącznie jego części, o czym stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów świadczących, iż ceny oferowane za porównywalny przedmiot zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu, kształtują się na poziomie znacząco wyższym, zatem nie dowiódł zgłaszanych zarzutów w rozumieniu art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Dowodów takich nie stanowią, w ocenie Izby, dokumenty przedłożone na okoliczność stosowanych cen przez jednostkowych producentów za dostawę geowłókniny czy geosiatki, kruszywa łamanego i pospółki.

Gołosłowne pozostały też twierdzenia odwołującego, iż wykonawca ALPINE Bau GmbH zamierza zabudować materiały używane, i takie też przyjął do wyceny, czego w udzielonych wyjaśnieniach odnośnie robót naprawczych, zamawiający nie dopuścił.

Zamawiający ma bowiem obowiązek, ustanowić nadzór kontrolujący przebieg i prawidłowość prowadzenia robót budowlanych, w tym stosowanych materiałów, a więc przeciwdziałać takim niedozwolonym działaniom na etapie realizacji robót. Szczegółowy kosztorys zamawiający otrzyma po podpisaniu umowy z wybranym wykonawcą, gdyż tak ustalił w warunkach przetargu. Natomiast zgodnie z odrębnymi przepisami i odpowiedzią udzieloną na zapytanie nr 133 do SIWZ „wszystkie użyte materiały i technologie powinny posiadać stosowne atesty lub aprobaty techniczne i deklaracje zgodności oraz podlegają akceptacji przez Inżyniera kontraktu. Jeżeli wykonawca z powodu braku aktualnych aprobat oraz deklaracji zgodności zdecyduje się na zastosowanie materiałów i technologii wymagających dopuszczenia do jednostkowego zastosowania zgodnie z art. 10 ustawy o wyrobach budowlanych z dnia 16 kwietnia 2004 r. (Dz. U. Nr 92 poz. 881), to winien opracować stosowne dokumenty do jego uzyskania i dopuszczenia uzyskać, przy zachowaniu warunków kontraktu.”



Kolejnym z zarzutów był zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a także przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zaniechanie wezwania ALPINE Bau do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby, sam fakt subiektywnego odczucia odwołującego o uchybieniach w postępowaniu i zaniechaniach zamawiającego, a w szczególności chęć wyeliminowania korzystniejszej ofert, przy pomocy nie do końca weryfikowalnego zarzutu rażąco niskiej ceny, nie jest podstawą do zarzucenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i naruszenia art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby trafność stawianych zarzutów w tym zakresie, – że ceny podobnych zamówień kształtują się na znacząco wyższym poziomie i nie ma możliwości należytego wykonania zamówienia za cenę wybranej oferty.

W końcu na uwzględnienie zasługiwała argumentacja, iż przystępujący jako wchodzący w skład konsorcjum dotychczasowego wykonawcy posiada większą wiedzę na temat danej budowy, dostęp do urządzeń zaplecza, konstrukcji pomocniczych, rusztowań, deskowań, pozostawionych na budowie jako zabezpieczenia. Możliwość kontynuowania zakontraktowanych dostaw materiałów i wykorzystania opracowanych projektów technologicznych wykonania robót, co pozwoliło mu na przygotowanie oferty cenowej z uwzględnieniem tych obiektywnie zaistniałych okoliczności.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, oznacza to między innymi, iż zamawiający winien ustalone w SIWZ przez siebie warunki, jakim mają odpowiadać oferty, egzekwować w sposób, jaki zostały przewidziane. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać czy interpretować w sposób dowolny. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, w takim kształcie jakich wymagał. Działania przeciwne prowadziłyby do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, równego traktowania wykonawców i wyboru oferty zgodnie z przepisami tej ustawy. Zamawiający miał zatem prawo i obowiązek przyjąć ofertę niepodlegającą odrzuceniu ALPINE Bau GmbH - najkorzystniejszą według ustalonego kryterium oceny.

Izba ustaliła w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych są bezpodstawne. Nie potwierdziło się również zarzucane przeprowadzenie postępowania przez zamawiającego w sposób niezapewniający

zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie § 3 pkt 2b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....