

WYROK

z dnia 6 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 23 października 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa obwodnicy miasta Kartuzy – Etap I* (nr postępowania 23/2015/PN/WRI)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy: **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **odwołującego – EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku {dalej również: „ZDW”} prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub „Pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa obwodnicy miasta Kartuzy – Etap I* (nr postępowania 23/2015/PN/WRI).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 kwietnia 2015 r. pod nr 2015/S_083-146751, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.zdw-gdansk.pl), na której również od tego dnia udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

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

14 października 2015 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich {dalej również: „Eurovia”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie {dalej również: „Strabag”}.

23 października 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Strabag.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 – przez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.
2. Art. 7 ust. 3 – przez udzielenie zamówienia wykonawcy z naruszeniem przepisów pzp.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, której treść nie odpowiada treści SIWZ.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru oferty Strabag jako najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Strabag na podstawie: po pierwsze – art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, po drugie – art. 89 ust 1 pkt 3 pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
4. Dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzował powyższą listę zarzutów.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z:

- pkt 18.1 SIWZ cena oferty miała zostać wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na Formularzu kosztorysu ofertowego stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ;
- pkt 18.2. SIWZ kosztorys ofertowy należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności wyszczególnionych w nim pozycji;
- pkt 18.7. SIWZ cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa we wzorze umowy.

Odwołujący podsumował, że zatem cena oferty jest wynikiem iloczynu cen jednostkowych i liczby jednostek obmiarowych.

Następnie Odwołujący zrelacjonował, że w pkt 9.1. Ustalenia Ogólne Specyfikacji Technicznej D-M-00.00.00:

- wyszczególniono jako wymagane następujące czynniki cenotwórcze: robociznę bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami; wartość zużytych Materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na Teren Budowy; wartość pracy Sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami; koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko; podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami;
- określono, że podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu;
- określono, że dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest wartość (kwota) podana przez wykonawcę w danej pozycji kosztorysu ofertowego.

Odwołujący podsumował, że zarówno każda z cen jednostkowych, jak również kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej musi uwzględniać ww. czynniki cenotwórcze.

Odwołujący zarzucił, że kluczowe pozycje kosztorysu ofertowego Strabag zostały wycenione w całkowitym oderwaniu od ich realnej wartości, a po zestawieniu ich z cenami zawartymi w ofertach innych wykonawców widać, że nie zawierają wymaganych czynników cenotwórczych wyszczególnionych w powyżej przywołanym pkt 9.1. ST D-M-00.00.00.

Odwołujący sprecyzował następnie, że szczególnie jego zastrzeżenia odnoszą się do następujących pozycji kosztorysu ofertowego Strabag:

1. Roboty przygotowawcze: Usunięcie drzew i krzewów – poz. od 3 do 9 (str.68 oferty Strabag)

Odwołujący podniósł, że porównanie stawek zawartych w poz. od 3 do 9 kosztorysu ofertowego Strabag ze stawkami wskazanymi w ofertach innych wykonawców *obrazuje*, że stawki Strabag są wyjątkowo niskie.

Ponadto w ocenie Odwołującego stawki zawarte w tych poz. kosztorysu Strabag są niższe od kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania robót zgodnie ze Specyfikacją Techniczną, tj. nie obejmują ww. czynników cenotwórczych.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z pkt 9 ST D-01.02.1 usunięcie drzew i krzewów cena wykonania robót winna obejmować: prace pomiarowe i roboty przygotowawcze; oznakowanie prowadzonych robót; zakup i transport materiałów potrzebnych do tymczasowego zabezpieczenia drzew; mechaniczną wycinkę drzew; mechaniczne karczowanie pni drzew; karczowanie krzewów; odcięcie gałęzi od dłuźcy; sporządzenie wykazu odbiorczego drewna; załadunek i odwiezienie dłuźcy, karpiny, gałęzi; oczyszczenie terenu z drobnych gałęzi, korzeni i kory; zasypanie i zagęszczenie dołów po karpinie; rozdrobnienie pozostałości (gałęzie, karpiny itp.) - zrąbkowanie; oczyszczenie terenu z pozostałości po karczowaniu; uporządkowanie miejsca prowadzonych robót z załadunkiem i transportem.

2. Roboty ziemne: Wykonanie wykopów w gruntach nieskalistych – poz. 107 i 109 (str. 72 oferty Strabag)

Odwołujący podniósł, że porównanie stawek zawartych w poz. 107 i 109 kosztorysu ofertowego Strabag ze stawkami wskazanymi w ofertach innych wykonawców *obrazuje*, iż stawki Strabag są wyjątkowo niskie.

W ocenie Odwołującego stawki zawarte w ww. pozycjach kosztorysu ofertowego Strabag są niższe od kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania robót zgodnie

ze Specyfikacją Techniczną, tj. nie obejmują nw. czynników cenotwórczych.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z pkt 9.2. ST D-02.01.01 wykonanie wykopów w gruntach nieskalistych cena wykonania robót winna obejmować - 1m³ wykonanych wykopów wraz z plantowaniem:

roboty pomiarowe i przygotowawcze; oznakowanie prowadzonych robót; załadunek i transport gruntu na odkład Wykonawcy wraz z jego utylizacją; bieżące utrzymanie w czystości nawierzchni jezdni – usuwanie zanieczyszczeń nanoszonych samochodami przewożącymi grunt; zabezpieczenie i odwodnienie wykopów w czasie robót; doprowadzenie gruntu do właściwej wilgotności w przypadku nadmiernego nawilgocenia (z wyjątkiem sytuacji, gdy zawilgocenie nastąpiło wskutek zaniedbania Wykonawcy); rozplantowanie urobku na odkładzie; wyrównanie i plantowanie skarp wykopów; ew. wykonanie stabilizacji gruntu podłoża spoiwem, gdy wymagane zagęszczenie nie może być osiągnięte przez bezpośrednie zagęszczanie ($E_2 < 30$ MPa); przeprowadzenie pomiarów i badań wymaganych w specyfikacji technicznej; uporządkowanie terenu robót.

Zdaniem Odwołującego na szczególną uwagę zasługuje fakt, że Strabag inaczej wycenił poz. 107 i 109, mimo że ich opis jest tożsamy.

Odwołujący zrelacjonował, że ponieważ Zamawiający miał uzasadnione wątpliwości dotyczące różnicy cen występujących w ww. pozycjach, wezwał Strabag do złożenia wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego Strabag absolutnie nie udowodnił dlaczego przy tożsamych pracach stosuje inne ceny.

3. Roboty ziemne: Wykonanie nasypów – poz. od 118 do 120 (str.72 oferty Strabag)

Odwołujący podniósł, że porównanie stawek zawartych w poz. 107 i 109 kosztorysu ofertowego Strabag ze stawkami wskazanymi w ofertach innych wykonawców *obrazuje*, iż stawki Strabag są wyjątkowo niskie.

W ocenie Odwołującego stawki zawarte w ww. pozycjach kosztorysu ofertowego Strabag są niższe od kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania robót zgodnie ze Specyfikacją Techniczną, tj. nie obejmują nw. czynników cenotwórczych.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z pkt 9 ST D-02.03.1cena wykonania robót winna obejmować: roboty pomiarowe i przygotowawcze; oznakowanie prowadzonych robót; zakup i transport gruntu z dokopu; formowanie nasypów z gruntu z dokopu; zagęszczenie nasypów; profilowanie powierzchni nasypów i skarp; plantowanie skarp nasypów; odwodnienie terenu robót; ew. wykonanie osuszenia przez zastosowanie spoiw, w przypadku przewilgoconych gruntów; utrzymanie w czystości dróg transportowych oraz naprawy uszkodzonych dróg publicznych dojazdowych do miejsc dokopu; przeprowadzenie

pomiarów i badań wymaganych w specyfikacji technicznej; uporządkowanie terenu robót.

4. Podbudowy: Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych – poz. 171 i 172 (str. 75 oferty Strabag)

Odwołujący podniósł, że porównanie stawek zawartych w poz. 171 i 172 kosztorysu ofertowego Strabag ze stawkami wskazanymi w ofertach innych wykonawców *obrazuje*, iż stawki Strabag są wyjątkowo niskie.

W ocenie Odwołującego stawki zawarte w ww. pozycjach kosztorysu ofertowego Strabag są niższe od kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania robót zgodnie ze Specyfikacją Techniczną, tj. nie obejmują nw. czynników cenotwórczych.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z pkt 9 Specyfikacji Technicznej D-04.03.01 zawierającego informacje o podstawie płatności, wskazuje się, że cena wykonania oczyszczenia i skropienia warstw konstrukcyjnych nawierzchni obejmuje: przygotowanie robót, oznakowanie robót; zakup i dostarczenie wszystkich niezbędnych materiałów do wykonania oczyszczenia; mechaniczne i ręczne oczyszczanie warstwy konstrukcyjnej nawierzchni z ewentualnym myciem wodą, w tym również wodą pod ciśnieniem; ręczne odspojenie stwardniałych zanieczyszczeń; wywiezienie zanieczyszczeń (odpadków) z miejsca budowy; ocena wizualna dokładności wykonania oczyszczenia powierzchni warstwy; zakup lepiszcza i innych niezbędnych materiałów do wykonania skropienia; dostarczenie lepiszcza na miejsce budowy i napełnienie nim skrapiarek; podgrzanie lepiszcza do wymaganej temperatury; skropienie powierzchni warstwy lepiszczem; przeprowadzenie pomiarów i badań laboratoryjnych wymaganych w specyfikacji technicznej; uporządkowanie terenu prowadzonych robót.

5. Roboty wykończeniowe: Umocnienie powierzchni skarp, rowów i ścieków – poz. od 223 do 228 (str. 79 oferty Strabag)

Odwołujący podniósł, że porównanie stawek zawartych w poz. od 223 do 228 kosztorysu ofertowego Strabag ze stawkami wskazanymi w ofertach innych wykonawców *obrazuje*, iż stawki Strabag są wyjątkowo niskie.

W ocenie Odwołującego stawki zawarte w ww. pozycjach kosztorysu ofertowego Strabag są niższe od kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania robót zgodnie ze Specyfikacją Techniczną, tj. nie obejmują nw. czynników cenotwórczych.

Odwołujący zwrócił uwagę na zakres czynników cenotwórczych wyszczególnionych w punkcie 9 ST D-06.01.01.

6. Roboty wykończeniowe: Pobocza umocnione mieszanką optymalną – poz. 235 (str. 79 oferty Strabag)

Odwołujący podniósł, że porównanie stawki zawartej w poz. 235 kosztorysu ofertowego Strabag ze stawkami wskazanymi w ofertach innych wykonawców *obrazuje*, iż stawka Strabag jest wyjątkowo niska.

W ocenie Odwołującego stawka zawarta w ww. pozycji kosztorysu ofertowego Strabag jest niższa od kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania robót zgodnie ze Specyfikacją Techniczną, tj. nie obejmują nw. czynników cenotwórczych.

Odwołujący zwrócił uwagę na zakres czynników cenotwórczych wyszczególnionych w punkcie 9 ST D-06.03.01.

7. Elementy ulic: Krawężniki betonowe – poz. 287 i 288 w zakresie wykonania ławy

Odwołujący podniósł, że porównanie stawek zawartych w poz. 287 i 288 kosztorysu ofertowego Strabag ze stawkami wskazanymi w ofertach innych wykonawców *obrazuje*, iż stawki Strabag są wyjątkowo niskie.

W ocenie Odwołującego stawki zawarte w ww. pozycjach kosztorysu ofertowego Strabag są niższe od kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania robót zgodnie ze Specyfikacją Techniczną, tj. nie obejmują nw. czynników cenotwórczych.

Odwołujący zwrócił uwagę na zakres czynników cenotwórczych wyszczególnionych w pkt 9.2. ST D-08.01.01.

8. Elementy ulic: Krawężniki kamienne – poz. 292 i 293 w zakresie wykonania ławy

Odwołujący podniósł, że porównanie stawek zawartych w poz. 287 i 288 kosztorysu ofertowego Strabag ze stawkami wskazanymi w ofertach innych wykonawców *obrazuje*, iż stawki Strabag są wyjątkowo niskie.

W ocenie Odwołującego stawki zawarte w ww. pozycjach kosztorysu ofertowego Strabag są niższe od kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania robót zgodnie ze Specyfikacją Techniczną, tj. nie obejmują nw. czynników cenotwórczych.

Odwołujący zwrócił uwagę na zakres czynników cenotwórczych wyszczególnionych w pkt 9.2. ST D-08.01.02.

9. Elementy ulic: Obrzeża betonowe – poz. 296 w zakresie wykonania ławy

Odwołujący podniósł, że porównanie stawki zawartej w poz. 296 kosztorysu ofertowego Strabag ze stawkami wskazanymi w ofertach innych wykonawców *obrazuje*, iż stawka Strabag jest wyjątkowo niska.

W ocenie Odwołującego stawka zawarta w ww. pozycji kosztorysu ofertowego Strabag jest niższa od kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania robót zgodnie ze Specyfikacją Techniczną, tj. nie obejmują nw. czynników cenotwórczych.

Odwołujący zwrócił uwagę na zakres czynników cenotwórczych wyszczególnionych w pkt 9.2. ST D-08.03.01.

Następnie Odwołujący powołał się na załączone do odwołania (załącznik nr 1) zestawienie ww. pozycji kosztorysowych z oferty Strabag ze średnimi stawkami wynikającymi z ofert niewykluczonych w postępowaniu wykonawców, które wskazuje, że wartość tych pozycji kosztorysu Strabag stanowi 13,14% łącznego wynagrodzenia wynikającego z oferty, a w przypadku ofert innych wykonawców suma ww. pozycji kosztorysu stanowi 17,55% łącznego średniego wynagrodzenia wynikającego z ofert niewykluczonych wykonawców – tym samym różnica między procentowym udziałem ww. pozycji kosztorysowych w ofercie Strabag a u innych wykonawców wynosi 4,41%.

Odwołujący zarzucił w podsumowaniu, że niskie stawki jednostkowe ww. pozycji kosztorysowych mogą świadczyć o tym, że Strabag nie uwzględnił w nich wszystkich czynników cenotwórczych, *tym samym jego oferta nie odpowiada treści SIWZ.*

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że takie niskie stawki ww. pozycji kosztorysowych mogą również świadczyć o tym, że Strabag stosuje ceny, których wysokość jest niższa od kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania robót zgodnie ze Specyfikacją Techniczną, tym samym działania Strabag mogą nosić znamiona czynu nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 1 53, poz. 1 503 z późn. zm) {dalej również: „uznk”}, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący powołał się na to, że:

- według stanowiska doktryny art. 15 uznk ma za zadanie chronić wolny dostęp do rynku przedsiębiorców, który stanowi immanentną cechę konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji);
- w orzecznictwie Izby zwrócono uwagę, że ziszczenie się przesłanek zawartych w art. 15 ust. 1 uznk jest wystarczającym uzasadnieniem dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 3 pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, że diametralnie odmiennie tj. *znacznie wysoko* w stosunku do rzeczywistych kosztów Strabag wycenił pozycje od 1 do 5 Wymagań ogólnych Kosztorysu ofertowego (str. 67 oferty).

Odwołujący podał, że:

- w ofercie Strabag suma kosztów wymagań ogólnych zawartych w poz. od 1 do 5 stanowi kwotę 1.016.781,03 zł netto, w tym w poz. 3 za ustawienie, utrzymanie oraz usunięcie tymczasowego oznakowania pionowego wykonanego zgodnie z opracowanym i zatwierdzonym projektem organizacji ruchu (w tym ew. wybudowanie, utrzymanie i likwidację objazdów/przejazdów wraz z doprowadzeniem dróg objazdowych do stanu pierwotnego wynagrodzenie ryczałtowe określono na 789.356,19 zł netto; natomiast w poz. 4 za dostosowanie się do wymagań Warunków Kontraktu i Wymagań Ogólnych zawartych w Specyfikacji technicznej D.00.00.00 zażądano 215.414,90 zł netto;
- dla porównania w przypadku ofert pozostałych wykonawców suma pozycji od 1 do 5 stanowią kwoty: 182.062,61 zł netto w ofercie Odwołującego, 231.689,96 zł netto w ofercie Budimex S.A., 237.500,00 zł netto w ofercie konsorcjum P.B.D. S.A. Starogard Gdański i Roka Budownictwo sp. z o.o., 266.463,75 zł netto w ofercie Skanska S.A., 327.000,00 zł netto w ofercie Mostostal Warszawa S.A., 460.100,00 zł netto w ofercie Firmy Budowlano-Drogowej MTM S.A., 506.736,52 zł netto w ofercie Biifinger Infrastructure S.A., 601.807,61 zł netto w ofercie konsorcjum Trakcja PRKiL S.A. i P.E.U.i M. w Białymstoku.

Ponadto Odwołujący powołał się na załączony do odwołania (załącznik nr 2) wykaz stawek wymagań ogólnych kosztorysu Strabag w zestawieniu ze średnimi stawkami wynikającymi z ofert wykonawców niewykluczonych w postępowaniu, który wskazuje, że stawki Strabag za wykonanie wymagań ogólnych (poz. 1-5 kosztorysu) stanowią aż 6,95% wartości oferty Strabag, podczas gdy średnia tych stawek z ofert pozostałych niewykluczonych wykonawców wynosi 2,1% wartości oferty (351.670,06 zł netto).

Według Odwołującego ww. różnica wynika prawdopodobnie z przeniesienia kosztów i zysku za wykonanie robót budowlanych (dla pozycji wyszczególnionych w załączniku nr 1) do stawek za wykonanie wymagań ogólnych (pozycje wyszczególnionych w załączniku nr 2). Odwołujący dodał, że odejmując od 6,95% (udział wymagań ogólnych w ofercie Strabag) różnicę w stawkach z załącznika nr 1 tj. 4,41% – udział procentowy stawek za wykonanie wymagań ogólnych w ofercie Strabag do łącznej jej wartości wyniesie 2,54%, tym samym staje się zbliżony do średniej wynikającej z ofert innych niewykluczonych wykonawców (2,1%).

W ocenie Odwołującego istotne jest przy tym, że wynagrodzenie wykonawcy ma

charakter kosztorysowy, z tym jednak zastrzeżeniem, że ww. poz. od 1-5 wymagań ogólnych mają charakter ryczałtowy i są sprzedawane jako komplety.

Odwołujący stanął na stanowisku, że manipulacja stawkami kosztorysu polegająca na zaniżaniu cen jednostkowych robót budowlanych, a zawyżaniu stawek (kosztów) wymagań ogólnych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zobowiązujący Zamawiającego do odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Działanie Strabag polegające na manipulacji stawkami stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, jak i potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć oferty w postępowaniu. Odwołujący sprecyzował, że takie działanie Strabag narusza postanowienia art. 3 ust. 1 uznk i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w tym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami. Dobre obyczaje, o których mowa w ww. przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

Odwołujący dodał, że katalog deliktów opisanych w rozdziale II uznk ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Tym samym w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust 1 uznk, gdyż jest to wystarczające uzasadnienie do dla odrzucenia oferty, bo przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sadu Najwyższego z 22 października 2007 r. (sygn. akt III CKN 271/01), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2819/11) i wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 czerwca 2012 (sygn. akt: KIO 1225/12, KIO 1229/12).

Zdaniem Odwołującego wycena poszczególnych pozycji kosztorysu powinna być realna, na co wskazują ww. postanowienia SIWZ oraz ST. Natomiast nieuwzględnienie realnych kosztów potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie Strabag, który dokonał tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanych pozycji. Takiego działania nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy oceniać za wypełnienie podstaw do uznania, że Strabag dopuścił się czynu

nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odnosząc się do zarzutu nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji, Odwołujący stanął na stanowisku, że wybór oferty Strabag spowoduje ukryte zaliczkowanie robót, bez konieczności wnoszenia jakiegokolwiek zabezpieczenia. Co ważne według Odwołującego, Zamawiający nie przewidział w SIWZ zaliczkowania robót. Dla Odwołującego oczywiste jest, że chwilę po rozpoczęciu robót – jeszcze w 2015 r. – Strabag wystawi fakturę obejmującą poz. 3 i 4 kosztorysu ofertowego i tym samym otrzyma zaliczkę w kwocie 1.004771,08 zł netto. A kwota ta będzie stanowiła kredytowanie robót pozostałych do wykonania, których realna wartość rynkowa jest wyższa od wyceny zawartej w ofercie Strabag. W ocenie Odwołującego powyższe stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego, gdyż przez sankcjonowanie nieuczciwych praktyk jednego Wykonawcy, polegających na manipulowaniu cenami jednostkowymi w celu osiągnięcia przewagi finansowej, pozostali wykonawcy, którzy w profesjonalny sposób z zachowaniem należytej staranności i wymaganej przyzwoitości skalkulowali ceny swoich ofert, pozostają w gorszej sytuacji finansowej z powodu konieczności zaciągnięcia kredytu na finansowanie robót i uwzględnienia kosztów pozyskania kredytu w cenie oferty.

26 października 2015 r. Zamawiający przekazał faksem kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

28 października 2015 r. wpłynęło do Prezesa Izby zgłoszenie przez Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a także nie zgłoszono co do nich opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

2 listopada 2015 r. wpłynęła do Izby odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w następujący sposób odniósł się do zarzutów odwołania.

{stanowisko odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp}

Zdaniem Zamawiającego zawarte w odwołaniu rozważania opierają się na następujących błędnych założeniach, które w konsekwencji prowadzą do błędnych wniosków.

Po pierwsze – przedstawione w odwołaniu pozycje nie są kluczowe, zostały wybrane przez Odwołującego, gdyż zawierają niższe ceny w stosunku do innych ofert. Profesjonalista w branży drogowej powinien zdawać sobie sprawę, że takie asortymenty (elementy) robót jak: roboty przygotowawcze, wykończeniowe czy elementy ulic, a w zakresie podbudów jedynie ich oczyszczenie i skropienie – są o wiele mniej znaczące niż np. wykonanie warstw podbudowy czy warstw konstrukcyjnych nawierzchni, stąd nie mogą być uznane za kluczowe.

Po drugie – nawet jeśli przyjąć do porównania wybrane przez Odwołującego pozycje nie można mówić o „całkowitym oderwaniu od realnej wartości” przy różnicy 4,41%.

Po trzecie – przy omawianiu wybranych pozycji Odwołujący w ogóle nie odnosi się do poz. nr 108, 168, 169, 191, 230, choć uwzględnia te pozycje przy wyliczeniu powyższej średniej (w załączniku nr 1).

Po czwarte – dla porównania cen i ustalenia średniej z pozostałych ofert Odwołujący bierze pod uwagę tylko oferty niewykluczonych wykonawców. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, 3 wykonawców zostało wykluczonych z postępowania z powodu braku wykazania spełniania warunków w postępowaniu. Zdaniem zamawiającego oferty te należy brać pod uwagę przy ustalaniu jakichkolwiek średnich cenowych i porównywaniu cen.

Po piąte – Odwołujący w swoich rozważaniach wielokrotnie używa sformułowania „mogą”, nie będąc chyba sam przekonany co do prawidłowości i słuszności swoich twierdzeń.

Następnie Zamawiający stwierdził, że z ostrożności dokonał szczegółowej analizy w odniesieniu do wybranych przez Odwołującego pozycji. Zamawiający podniósł następujące okoliczności.

1. Roboty przygotowawcze: Usunięcie drzew i krzewów – poz. od 3 do 9 (str.68 oferty Strabag)

Pozycje 3-9 dotyczą wycinki drzew o średnicy 10-55 cm rosnących poza granicami lasów wraz z wywozem karpin. Pozycje te stanowią część zakresu robót do wykonania w ramach Wycinki drzew i krzewów ujętych w pozycjach 3-22.

Wartość robót objętych Specyfikacją Techniczną SST D-02.01.02. Usunięcie drzew i krzewów wynosi:

- według oferty Strabag 207.945,50 zł, co stanowi 62% średniej ceny wszystkich złożonych ofert;
- według oferty Odwołującego jest niższa i wynosi 194 574,20 zł, co stanowi 58 % średniej ceny zakresu

Specyfikacje techniczne D-01.02.01 w podstawie płatności wymieniają wszystkie elementy do wykonania w ramach wycinki. Dotyczą wycinki drzew, karczowania, zasypania wykopów po karczowaniu i uporządkowania terenu. Zakres robót opisany w przytoczonej podstawie płatności obejmuje cały zakres robót objęty pozycjami 3-22.

Analiza pojedynczych cen nie może stanowić podstawy do oceny ich prawidłowości.

2. Roboty ziemne: Wykonanie wykopów w gruntach nieskalistych – poz. 107 i 109 (str. 72 oferty Strabag)

Roboty ziemne dotyczące wykopów objęte Specyfikacją Techniczną D-02.01.01. (poz. 107-109A) zostały wycenione przez poszczególnych wykonawców w bardzo zróżnicowany sposób.

Wartość robót ziemnych objętych SST D-02.01.01. Wykonanie wykopów w gruntach nieskalistych kształtuje się następująco:

- według oferty Strabag 368.154,29 zł, co stanowi 60% średniej ceny wszystkich złożonych ofert;
- według oferty Odwołującego 684.510,33 zł, co stanowi 111% średniej ceny wszystkich złożonych ofert;
- według oferty Skanska 124.548,93 zł (cena najniższa);
- według oferty Elgrunt 2.077.525,34zł (cena najwyższa).

W trakcie oceny ofert Zamawiający zauważył różnicę pomiędzy cenami w poz. 107 i poz. 109. W związku z tym zwrócił się do Wykonawców, którzy do wycenienia poz. 109 zastosowali cenę, która zdaniem Zamawiającego mogła budzić wątpliwości, z pytaniem czy uwzględnili w wycenie wszystkie elementy wymienione w ST D-02.01.01. Wykonawcy (w tym Strabag) odpowiedzieli twierdząco.

Pismem (znak 6.2462.23.2015.MR Lp. 29) z 2 października 2015 r. (zał. nr 2 do odpowiedzi na odwołanie) Zamawiający wezwał Strabag do złożenia wyjaśnień. Intencją Zamawiającego było wyjaśnienie treści oferty tj. ustalenie, czy Wykonawca nie popełnił błędu przy wycenie wskazanych pozycji kosztorysowych: *W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie, że cena jednostkowa wykonania 1 m3 wykopów związanych z wymianą gruntów (poz. 109) obejmuje cały zakres robót niezbędnych do wykonania objętych*

STWIORB.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył wyjaśnienia (zał. nr 3 do odpowiedzi na odwołanie), przy czym dla Zamawiającego istotne znaczenie miały następujące oświadczenia w nich zawarte

(...) oferta została przez Wykonawcę sporządzona w sposób rzetelny, w oparciu o szczegółową analizę wszelkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych realizacji zadania oraz uwzględniając doświadczenie Wykonawcy zgromadzone przy realizacji innych, podobnych inwestycji.

W związku z tym Wykonawca potwierdza, że zgodnie z warunkami SIWZ, cena oferty obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto Wykonawca potwierdza, że zaoferowana przez Wykonawcę cena jednostkowa wykonania 1 m³ wykopów związanych z wymianą gruntów (poz. 109 kosztorysu ofertowego zwanego dalej k.o.) obejmuje cały zakres robót niezbędnych do wykonania, objętych STWiORB, oraz zawiera wszystkie składniki kosztowe niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, warunkami umowy, wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz dokumentacji projektowej.

Następnie Strabag szczegółowo wyjaśnił różnicę pomiędzy ceną jednostkową z poz. 107 i 109 kosztorysu ofertowego.

Ponadto Wykonawca oświadczył że: *...wszystkie ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym ofercie zapewniają osiągnięcie zakładanego przez niego zysku i są opłacalne przy zachowaniu obowiązujących reguł rynkowych.*

W ocenie Zamawiającego Strabag złożył stosowne szczegółowe wyjaśnienie i potwierdził to, czego wymagał Zamawiający tj. oświadczył, że ceny jednostkowe we wskazanych pozycjach są realne i pozwalają na prawidłowe wykonanie robót.

3. Roboty ziemne: Wykonanie nasypów – poz. od 118 do 120 (str.72 oferty Strabag)

Odwołujący analizuje pojedyncze, wybrane ceny jednostkowe, które są niższe od zastosowanych przez wybranego Wykonawcę. Poddanie pod analizę pozycji cenowych 118-120 z pominięciem pozycji 121 jest tendencyjne i nieuzasadnione. W zakresie robót ziemnych – wykonania nasypów objętych ST D-02.03.01 mieszczą się pozycje 118-121.

Wartość robót ziemnych objętych Specyfikacją Techniczną SST D-02.03.01. Wykonanie nasypów kształtuje się następująco:

– według oferty Strabag 1.186.847,90 zł, co stanowi 73% średniej ceny wszystkich złożonych ofert;

– według oferty Odwołującego 1.384.984,16 zł, co stanowi 85% średniej ceny wszystkich złożonych ofert;

- według oferty Dromos 886.686,50 zł (cena najniższa);
- według oferty Elgrunt 2.252.639,04 zł (cena najwyższa).

Cena oferty Strabagw zakresie wykonania nasypów nie odbiega znacząco w dół od pozostałych złożonych ofert i Zamawiający nie widzi podstaw do uznania, że oferta Strabag nie obejmuje wszystkich czynników cenotwórczych wymaganych do prawidłowej realizacji przedmiotowego zakresu robót.

4. Podbudowy: Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych – poz. 171 i 172 (str. 75 oferty Strabag)

Poz. 171 i 172 dotyczą: skropienia warstw niebitumicznych (poz. 171) i skropienia warstw bitumicznych (poz. 172). Stanowią część pozycji objętych specyfikacją techniczną D-04.03.01. Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych. Są to roboty niezbędne dla prawidłowego wykonania warstw konstrukcyjnych, stanowią jednak element o wartościowo niskim udziale finansowym w cenie wykonania warstw bitumicznych. W zakresie robót oczyszczenia i skropienia warstw konstrukcyjnych objętych ST D-04.03.01 mieszczą się pozycje 169-172.

Wartość robót objętych Specyfikacją Techniczną SST D-04.03.01 wynosi:

- według oferty Strabag 70.450,51 zł, co stanowi 57% średniej ceny zakresu wszystkich złożonych ofert;
- według oferty Odwołującego 1.154.965,60 zł {Izba stwierdziła, że z zestawienia kwot powyżej i poniżej wynika, że w rzeczywistości chodzi tu o kwotę 128.304,51}, co stanowi 104 % średniej ceny wszystkich złożonych ofert;
- cena w ofercie Strabag jest niższa o 57.854 zł od ceny w ofercie Odwołującego.

Według analizy cenowej oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych stanowi w poszczególnych ofertach od 2,2% (w ofercie Strabag) do 3% dla pozostałych ofert wartości robót bitumicznych związanych z wykonaniem podbudów bitumicznych, warstwy wiążącej i warstwy ścieralnej.

Wartość robót bitumicznych (poz. 192-196, 199-202 i 217-218) objętych zakresem ST D.04.07.01, D.04.08.01, D.05.03.05/a, D.05.03.05/b i D.05.03.13 kształtują się następująco:

- według oferty Strabag 3.163.153,80 zł, co stanowi 83% średniej ceny wszystkich złożonych ofert;
- według oferty Odwołującego 2 .953.010,65 zł, co stanowi 78% średniej ceny wszystkich złożonych ofert;
- cena w ofercie Strabag jest wyższa od ceny w ofercie Odwołującego o 212.143 zł.

5. Roboty wykończeniowe: Umocnienie powierzchni skarp, rowów i ścieków – poz. od 223 do 228 (str. 79 oferty Strabag)

Zamawiający na etapie oceny ofert analizował także pojedyncze ceny jednostkowe i stwierdził że są one bardzo zróżnicowane w złożonych ofertach:

	poz. 223	poz. 224	poz.225	poz. 226	poz. 227	poz. 228
Strabag	5,23	25,60	59,77	11,92	46,89	86,13
Eurovia	10,65	110,02	104,12	39,22	61,85	132,95
Trkacja PRKiL	4,41	43,13	68,12	36,28	55,49	118,65
Bilfinger	3,03	7,83	113,93	36,06	67,64	48,91
Dromos	4,00	30,00	71,00	11,80	54,00	97,00
Skanska	2,95	25,00	70,71	47,84	62,42	117,26
Budimex	10,32	32,65	81,26	165,35	54,39	123,21
PBD Starogard	8,64	45,84	60,30	26,40	42,87	112,63
MTM	8,50	46,00	73,71	43,00	75,55	110,05
PBDIM Kobylarnia	7,90	31,00	68,00	36,00	55,78	141,78
Mostostal Warszawa	13,64	49,29	86,26	38,65	75,89	156,71
Elgrunt	10,77	64,61	12,92	71,07	96,91	32,30

Ceny Strabag nie odbiegają znacząco od cen pozostałych ofert, przy czym zróżnicowanie cen nie pozwala wyciągnąć wniosku, że zastosowane ceny nie pozwalają na realizację zadania zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ.

6. Roboty wykończeniowe: Pobocza umocnione mieszanką optymalną – poz. 235 (str. 79 oferty Strabag)

Z analizy ceny dla poz. „Umocnienia poboczny gruntowych mieszanką optymalną z destruktem gr.15 cm (min. 60% destruktu)” wynika, że średnia cena wyliczona z wszystkich złożonych ofert wynosi 7,87zł. Cena zastosowana przez Strabag wynosi 3,28 zł, co stanowi 42% tej średniej. Jest to cena najniższa z wszystkich złożonych ofert. Podobną cenę zaoferowały również: Trakacja PRKiL S.A. 4,32zł, Dromos 4,00 zł.

Wartość robót objętych tą pozycją wynosi od 5.773 zł (Strabag) do 30.324 zł (Elgrunt) i stanowi bardzo znikomy procent wartości zadania – od 0,04% w przypadku oferty Strabag, 0,1% dla Odwołującego i 0.13% El Grunt. Jest to pozycja nieznacząca cenowo w dla całości oferty.

7. Elementy ulic: Krawężniki betonowe – poz. 287 i 288 w zakresie wykonania ławy

Pozycje 287 i 288 dotyczą wykonania ławy betonowej pod krawężnik. Ława pod krawężnik stanowi element nierozłączny z wykonaniem krawężników. Zakres robót opisany w ST D-08.01.01. dotyczy krawężników betonowych wraz z wykonaniem ław pod krawężniki.

Wartość robót objętych Specyfikacją Techniczną SST D-08.01.01. Krawężniki betonowe wynosi:

- według oferty STRABAG 212.525,50 zł, co stanowi 78% średniej ceny z wszystkich złożonych ofert;
- według oferty Odwołującego 250.009,03 zł, co stanowi 91% średniej ceny wszystkich złożonych ofert.

8. Elementy ulic: Krawężniki kamienne – poz. 292 i 293 w zakresie wykonania ławy

Podobnie jak w poprzednim pkt poz. 292 i 293 dotyczą wykonania ławy betonowej pod krawężnik. Ława pod krawężnik stanowi element nierozłączny z wykonaniem krawężników. Zakres robót opisany w ST D-08.01.02. dotyczy krawężników kamiennych wraz z wykonaniem ław pod krawężniki.

Wartość robót objętych Specyfikacją Techniczną SST D-08.01.02. Krawężniki kamienne wynosi:

- według oferty Strabag wynosi 281.736,27 zł, co stanowi 80% średniej ceny wszystkich złożonych ofert;
- według oferty Odwołującego wynosi 378.885,04 zł, co stanowi 107% średniej ceny wszystkich złożonych ofert.

9. Elementy ulic: Obrzeża betonowe – poz. 296 w zakresie wykonania ławy

Podobnie jak w poprzednich pkt poz. 296 dotyczy wykonania ławy betonowej pod obrzeże. Ława pod obrzeże stanowi element nierozłączny z wykonaniem obrzeża. Zakres robót opisany w ST D-08.03.01. dotyczy obrzeży wraz z wykonaniem ławy.

Wartość robót objętych Specyfikacją Techniczną SST D-08.03,02. Obrzeża betonowe wynosi:

- według oferty Strabag 118 099,51,zł co stanowi 69% średniej ceny zakresu robót D-08.01.01 wszystkich złożonych ofert
- według oferty Odwołującego 99.348,01 zł, co stanowi 58% średniej ceny wszystkich złożonych ofert.

Następnie Zamawiający zacytował brzmienie pkt 18 Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej rozdział I SIWZ:

18. Opisu sposobu obliczenia ceny oferty.

18.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na Formularzu kosztorysu ofertowego stanowiącym załącznik nr 1 do Rozdziału UI niniejszej SIWZ, na podstawie Przedmiarów robót stanowiących załącznik nr 1,2 i 3 do

Rozdziału IV niniejszej SIWZ.

18.2. Kosztorys ofertowy, o którym mowa w pkt 18.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności wyszczególnionych w nim pozycji. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Formularzu kosztorysu ofertowego.

18.3. (...)

18.4.(...)

18.5. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w Formularzu kosztorysu ofertowego wszystkie pozycje przedmiarowe.

18.6. Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Rozdziale VI - Wzór Umowy. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Przedmiarach robót, Formularzu kosztorysu ofertowego nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Formularzu kosztorysu ofertowego.

18.7. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (zł).

18.8.(...)

Mając powyższe na uwadze Zamawiający stwierdził że, Strabag zgodnie z wymaganiami SIWZ złożył kosztorys ofertowy na wymaganych formularzach, sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej, z wycenionymi wszystkimi pozycjami, oraz dodatkowo oświadczył, że złożona oferta uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia.

Zamawiający podniósł, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ definiuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i przytoczył fragment uzasadnienia wyroku Izby z 28 listopada 2014 r. (sygn. akt: KIO 2365/14, KIO 2366/14) przywołującego wcześniejsze rozstrzygnięcia, w którym podkreślił następujące tezy:

– *Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. Tak więc dotyczy ona wyłącznie treści merytorycznej oferty, a nie jej formy (vide: wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 roku, KIO 2903/12).*

– *Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna podlegać ocenie z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 kodeksu cywilnego, czyli jako niezgodność treści*

oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2011 roku, KIO 788/11).

– (...) Przez treść oferty należy rozumieć treść oświadczenia woli wykonawcy, w którym zobowiązuje się on do wykonania określonego przedmiotu zamówienia za określoną przez siebie cenę. Nie można więc odrzucić oferty, w której wymagane informacje nie zostały podane na określonym przez zamawiającego formularzu, ale w innym miejscu oferty lub w inny sposób (vide: wyrok KIO z dnia 21 października 2010 roku, KIO/UZP 2191/10).

– (...) Zatem de lege lata o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w SIWZ (vide: wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 roku, KIO/UZP 62/09).

– (...) Istotne jest aby sens i zakres oświadczeń składających się na treść oferty odpowiadał zamierzeniom zamawiającego (vide: wyrok KIO z dnia 17 października 2008 roku, KIO/UZP 1062/08).

Zdaniem Zamawiającego na uwagę również zasługuje wyrok Izby z 9 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 175/15) z podobnym stanem faktycznym pod względem rozliczenia kosztorysowego robót budowlanych, ale z tą różnicą, że dotyczył problemu pominięcia pozycji kosztorysowej. Zamawiający przytoczył fragment uzasadnienia tego orzeczenia, w którym podkreślił następującą tezę: *Sprzeczności oferty z SIWZ należy upatrywać w takich sytuacjach, w których treść oświadczenia woli wykonawcy wyraża expressis verbis zamiar odstąpienia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, czego nie można zakładać wyłącznie na podstawie odmiennej od oczekiwanej przez zamawiającego konstrukcji kosztorysu ofertowego.*

Zamawiający podsumował, że w jego ocenie cena oferty Strabag jest ceną realną i gwarantuje prawidłowe wykonanie zamówienia. Różnice pomiędzy ceną oferty Strabag a pozostałymi poszczególnymi cenami złożonych ofert wynoszą od 1,90% do 56,51%, przy czym różnica pomiędzy ofertą Strabag a ofertą Odwołującego wynosi zaledwie 1,90%

{stanowisko odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp}

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący:

–porównuje sumę poz. od 1 do 5 Wymagań ogólnych Kosztorysu ofertowego z oferty Strabag do średniej wynikającej z pozostały ofert, celowo tylko niewykluczonych wykonawców, przez co zaniża średnią pozostałych ofert;

– próbuje nieumiejętnie wykazać, że wybrany Wykonawca manipuluje stawkami kosztorysu celowo zaniżając ceny jednostkowe robót budowlanych, a zawiąza stawki (koszty) wymagań ogólnych.

Zamawiający wyjaśnił, że Tabela rozliczeniowa dotycząca płatności za dostosowanie się do Wymagań Ogólnych została opracowana przy założeniu, że płatności za pozycje ryczałtowe następować będą sukcesywnie, w miarę postępu robót, proporcjonalnie do postępu i realizacji poszczególnych elementów. Zamawiający nie widzi podstaw do zarzutu Odwołującego, że chwilę po rozpoczęciu robót, jeszcze w 2015 r., Strabag wystawi fakturę obejmującą poz. 3 i 4 kosztorysu ofertowego i tym samym otrzyma zaliczkę w kwocie 1.004.771,08 zł netto.

Według Zamawiającego możliwość rozliczenia poz. nr 3 z tabeli dostosowania się do wymagań ogólnych o wartości 783.356,18 zł jest ściśle związana z realizowaniem opisanych w pozycji zadań. W pozycji rozliczane będą roboty polegające na ustawieniu, utrzymaniu oraz usunięciu tymczasowego oznakowania pionowego oraz ew. wybudowanie, utrzymanie i likwidacja objazdów. Konieczność wykonania objazdów wynikać może z planowanego sposobu prowadzenia robót, w związku z czym nie można stwierdzić, że wartość pozycji jest zawyżona. Nie jest możliwe rozpatrywanie wartości pozycji, która w ofercie Strabag jest wyższa od zastosowanej przez pozostałych wykonawców bez wiedzy dotyczącej planowanego sposobu prowadzenia robót. Zamawiający oświadczył, że rozmyślnie wprowadził zapis dotyczący przeanalizowania przez wykonawców konieczności wykonania objazdów, równocześnie nie narzucając konieczności ich budowania. Natomiast bezwzględnie wymaga utrzymania przejezdności drogi w czasie prowadzenia robót. Analizując ofertę Strabag Zamawiający stwierdził, że Wykonawca przygotowując ofertę uwzględnia w cenie oferty ryzyka związane z ewentualną koniecznością wykonania objazdów na czas prowadzenia robót.

Zamawiający podsumował, że nie jest możliwa płatność za pozycję nr 3 dostosowania się do wymagań ogólnych bez realizacji zadań wynikających z zapisów pozycji i ST D-00.00.00 w zakresie robót polegających na ustawieniu, utrzymaniu oraz usunięciu tymczasowego oznakowania pionowego wykonanego zgodnie z opracowanym i zatwierdzonym projektem organizacji ruchu (w tym ew. wybudowanie, utrzymanie i likwidacja objazdów lub przejazdów wraz z doprowadzeniem dróg objazdowych do stanu pierwotnego) bez realizacji zadań opisanych w pozycji, które następować będą w zakresie zależnym od etapu (postępu) robót, stosownie przez cały okres realizacji inwestycji, aż do jej zakończenia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zawyżonej wartości pozycji nr 4 z tabeli dostosowania się do wymagań ogólnych o wartości 215.414,90 zł, Zamawiający stwierdził,

że wartość pozycji w ofercie Strabag nie jest wyższa od wartości zastosowanej do wyliczenia tej pozycji w innych ofertach i stanowi 106% średniej ceny wszystkich złożonych ofert. Płatność za realizację robót wynikających z zapisów ST D-00.00.00 postępować będzie w miarę postępu robót, według realizacji zadań wynikających z konieczności dostosowania się do wymagań ST D-00.00.00.

Zamawiający podniósł, że analizując dwie najniższe cenowo oferty w kontekście pozostałych złożonych ofert można stwierdzić, że:

- są one zbliżone cenowo, gdyż cena oferty Strabag stanowi 89%, a cena oferty Odwołującego 94% średniej ceny z wszystkich ofert, jak i wartości robót w kluczowych asortymentach robót związanych z kwalifikacją tych robót wg STWiORB;
- największa wartościowo różnica cenowa występuje w zakresie robót wykończeniowych, gdzie wartość robót wyliczona przez Odwołującego stanowi blisko 146,54% wartości średniej wszystkich ofert;
- kluczowe asortymenty robót tzn. roboty ziemne ze wzmocnieniem podłoża, wykonanie odwodnienia, wykonanie podbudów i nawierzchni bitumicznych oraz elementów bezpieczeństwa ruchu drogowego zostały przez obu Wykonawców wycenione podobnie, na poziomie 70% - 90% średniej wartości tych robót wyliczonej z wszystkich złożonych ofert.
- analizując poszczególne asortymenty robót w ramach SST od D.01.00.00 do D.10.00.00 we wszystkich złożonych ofertach, rozrzut cenowy w stosunku do średniej z pozostałych ofert w ofercie Strabag wynosi od 69,59% do 93,70%, natomiast w ofercie Odwołującego od 48,78% do 146,54%, czyli różnica w przedziale cenowym w ofercie Odwołującego jest większa niż w ofercie wybranego Wykonawcy (zał. nr 4 do odpowiedzi na odwołanie).

Zamawiający stwierdził, że mając na uwadze powyższe oraz wyjaśnienia złożone przez Strabag, a także poniższe orzecznictwo, nie dostrzega w ofercie Strabag wybranego zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający powołał się na to, że zgodnie z wyrokiem z 20 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 450/09):

W ocenie składu orzekającego Izby kalkulowanie ceny ofertowej jest wyłącznym uprawnieniem wykonawcy, dzięki któremu możliwa jest rzeczywista konkurencja między podmiotami ubiegającymi się o to samo zamówienie publiczne. (...)

Jednostkowa cena końcowa, ujęta w kosztorysie ofertowym mogła być wynikiem kalkulacji uwzględniającej inne elementy, związane bezpośrednio z tą pozycją, jak i wynikiem kalkulacji innych pozycji kosztorysowych. Za uprawnione i powszechne uznać należy takie kalkulowanie cen, które ujmuje aspekty techniczne, organizacyjne, ekonomiczne, łączenia procesów technologicznych, czy też uwzględniające posiadane już zasoby materiałowe,

sprzętowe i ludzkie, (...)

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący próbuje udowodnić wybranemu Wykonawcy manipulację cenami, a sam to czyni w odwołaniu tj. manipuluje cenami, wybiera niektóre pasujące mu pozycje z kosztorysu ofertowego i nie bierze pod uwagę cen wszystkich złożonych ofert, co w konsekwencji spowodowało, że błędnie przyjęte tezy doprowadziły Odwołującego do błędnych wniosków.

Zamawiający powtórzył za jednym z wyroków Izby (z 17 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1393/14): *Istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie Wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia.*

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, piśmie złożonym na rozprawie, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ważną ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez

Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą wybranej oferty, a zatem mogą Odwołującego narażać na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz rozpoznając sprawę w granicach zakres zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba zaznacza, że pomimo podzielenia dalszego wyводу na dwie części, stanowisko odnośnie określonych kwestii wyrażone przy okazji rozstrzygnięcia jednego z zarzutów jest aktualne również w kontekście pozostałych zarzutów. Odwołanie zostało zredagowane w taki sposób, że częściowo te same lub zbliżone okoliczności zostały poruszone w kontekście odrębnych kwalifikacji prawnych, a czasem kilkakrotnie powtórzone. Przy powyższej prezentacji okoliczności zawartych w uzasadnieniu odwołania dokonano ich przyporządkowania do poszczególnych punktów z listy zarzutów. Rozstrzygnięcie powtarzających się kwestii zostało przede wszystkim zamieszczone przy okazji rozpoznawania zarzutu, dla którego w ocenie Izby mogły one mieć największe znaczenie.

I. {zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp}

Pierwszy z zasadniczych zarzutów odwołania dotyczy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, które miałyby polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty Strabag, pomimo że w zakresie kluczowych pozycji kosztorysu jest ona niezgodna z treścią s.i.w.z., a konkretnie przywołanymi w odwołaniu postanowieniami specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

Z uwagi na specyficzny charakter zarzutu sformułowanego w odwołaniu, w pierwszej kolejności rozważenia wymaga zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Z tego ostatniego przepisu wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste pisarskie i rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została odrzucona.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywoływanych zarówno w odwołaniu, jak i odpowiedzi na odwołanie}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie treści oferty przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.. gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczone są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Wreszcie nie budzi w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym taka niezgodność konkretnie polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi zapisami czy normami s.i.w.z.

Przedmiotowe zamówienie dotyczy robót budowlanych, przy czym przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego. W takim przypadku przedmiot zamówienia jest opisywany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (art. 31 ust. 1 pzp). Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane jest szczególnie sformalizowany, gdyż został odrębnie uregulowany w wydany na podstawie delegacji art. 31 ust. 4 pzp rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072, z późn. zm.).

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

rozporządzenia}.

W przypadku, gdy przedmiar robót stanowi element opisu przedmiotu zamówienia istnieje prawna i faktyczna możliwość obarczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na wykonawstwo robót budowlanych obowiązkiem sporządzenia kosztorysu, który miałby być podstawą do wyliczenia ceny oferty. Przy czym w razie kosztorysowego charakteru wynagrodzenia umownego sporządzenie takiego kosztorysu (uproszczonego lub szczegółowego) jako elementu treści składanej oferty staje się obiektywną koniecznością, skoro rozliczenie wykonanych robót ma nastąpić na podstawie obmiaru i cen jednostkowych poszczególnych pozycji robót podstawowych. W konsekwencji kosztorys ma rangę elementu treści oferty, który podlega merytorycznej weryfikacji w zakresie zgodności z przedmiarem robót stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia s.i.w.z.

Elementem opisu przedmiotu zamówienia w przypadku robót budowlanych są również specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych {skrótowiec „STWiORB”}, które w praktyce w skrócie nazywane są specyfikacjami technicznymi {skrótowiec „ST”}. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót {§ 12 rozporządzenia}. W szczególności STWiORB zawierają wymagania dotyczące: 2) właściwości wyrobów budowlanych; 3) sprzętu i maszyn niezbędnych lub zalecanych; 4) wymagania dotyczące środków transportu; 5) wymagania dotyczące wykonania robót budowlanych z podaniem sposobu wykończenia poszczególnych elementów, tolerancji wymiarowych, szczegółów technologicznych oraz niezbędne informacje dotyczące odcinków robót budowlanych, przerw i ograniczeń, a także wymagania specjalne; 6) opis działań związanych z kontrolą, badaniami oraz odbiorem wyrobów i robót budowlanych w nawiązaniu do dokumentów odniesienia; 7) wymagania dotyczące przedmiaru i obmiaru robót; 8) opis sposobu odbioru robót budowlanych; 9) opis sposobu rozliczenia robót tymczasowych i prac towarzyszących; 10) dokumenty odniesienia – dokumenty będące podstawą do wykonania robót budowlanych, w tym wszystkie elementy dokumentacji projektowej, normy, aprobaty techniczne oraz inne dokumenty i ustalenia techniczne {zob. § 14 ust. 1 pkt 2) - 10) rozporządzenia}.

Z powyższego uregulowania wynika zatem, że specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót w ramach opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane określają wymagany sposób wykonania przedmiotu zamówienia, a nie sposób wyceny poszczególnych pozycji przedmiaru czy sposób obliczenia ceny za całość robót budowlanych. W konsekwencji weryfikacja zgodność treści oferty z treścią STWiORB

polegać może na na porównaniu zgodności oferowanego i wymaganego sposobu realizacji robót budowlanych.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w odwołaniu sprowadza się *de facto* do założenia, że przy kosztorysowym rozliczeniu robót wycena każdej pozycji przedmiarowej stanowi niejako odrębną ofertę, której zgodność z treścią s.i.w.z. należy badać przez pryzmat tego, czy za taką cenę możliwe jest zrealizowanie zakresu prac objętych daną pozycją kosztorysową, przy uwzględnieniu wymaganych czynników cenotwórczych wynikających ze STWiORB – ogólnej i szczegółowych. W ślad za tym pozostała część uzasadnienia odwołania została poświęcona wskazaniu i wykazaniu, które pozycje z kosztorysu ofertowego Strabag nie odpowiadają takiemu założeniu, gdyż ich wycena (cena jednostkowa) nie pozwala nawet na pokrycie kosztów realizacji danego elementu robót. Tak uszczegółowione zarzuty odwołania sprowadzają się z kolei do twierdzenia, że skoro według opisu sposobu obliczenia ceny oferty przy kalkulacji ceny danej pozycji robót należało uwzględnić koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszelkie koszty towarzyszące, a w STWiORB określono kategorie kosztów, które powinna obejmować cena jednostkowa, jeżeli wartość danej pozycji w ofercie nie pokrywa tych kosztów, oznacza to niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z.

Zdaniem składu orzekającego Izby w okolicznościach sprawy przyjęte w odwołaniu rozumienie przesłanki odrzucenia oferty nie mieści się w zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który omówiono powyżej. Wbrew temu, co zdaje się sugerować Odwołujący, kosztorysowe wynagrodzenie na etapie wykonania robót budowlanych nie zmienia tego, że oferta niepodzielnie dotyczy realizacji całości przedsięwzięcia budowlanego opisanego za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Stąd oferta może zostać uznana za niezgodną z s.i.w.z. przede wszystkim wtedy, gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu. Tymczasem odwołanie nie zawiera takiego zarzutu w stosunku do oferty Strabag.

Natomiast Izba nie podziela stanowiska zmierzającego do traktowania każdej pozycji kosztorysowej jakby była odrębną ofertę, którą należy uznać za niezgodną z treścią s.i.w.z., jeżeli nie pokrywa kategorii kosztów wyszczególnionych w pkt 9 STWiORB, co w konsekwencji miałyby prowadzić do uznania całej oferty za niezgodną z treścią s.i.w.z. Z uwagi na powyższe nie ma potrzeby rozstrzygnięcia, czy cena jednostkowa w objętych szczegółowymi zarzutami odwołania pozycjach kosztorysu ofertowego pokrywa koszty wykonania prac objętych tymi pozycjami, gdyż nawet wystąpienie takiej sytuacji nie

przesądzałoby, że oferta Strabag nie odpowiada treści s.i.w.z. Stąd zgłoszone przez Odwołującego na rozprawie dowody, które miały dowodzić tezy zawarte w odwołaniu, są bez znaczenia dla tej sprawy. Zaznaczyć przy tym należy, że zasadniczy dokument pn. *Analiza wybranych pozycji kosztorysowych oferty Strabag...* stanowi w istocie opracowanie własne Odwołującego, a zatem jest po prostu pisemną prezentacją uszczegółowionego w pewnych aspektach stanowiska strony, a nie żadnym dowodem.

W ocenie składu orzekającego Izby wykazywanie zaniżenia wyceny zamówienia jest raczej domeną zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp), ewentualnie zarzutu, że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp). Niezwykle trudno jest bowiem uchwycić i ustalić, jaka konkretnie treść s.i.w.z., czyli jaka konkretnie minimalna wartość pieniężna, miałyby się kryć za wypunktowaniem nazw kategorii kosztów, które cena wykonania robót powinna obejmować, czyli pokrywać. Ustalanie tak rozumianej treści s.i.w.z. prowadziłoby również do jej nieuchronnego zrelatywizowania przez pryzmat uwarunkowań właściwych dla danego wykonawcy, który może mieć inny poziom kosztów danej kategorii niż inny wykonawca. W praktyce jednoznaczne ustalenie tak rozumianej treści s.i.w.z. może okazać się niemożliwe.

W odwołaniu zasugerowano również jakoby zawarte w pkt 9 *Postawy płatności* STWiORB ogólnej oraz szczegółowych wyliczenia odnosiły się wyłącznie do zakwestionowanych pozycji, podczas gdy – jak trafnie podniósł to Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – odnoszą się one do wszystkich robót lub wszystkich robót danego działu, którego dotyczy dana STWiORB. W rzeczywistości zatem pozycji, których dotyczy wyszczególnienie zawarte w pkt 9 STWiORB jest znacznie więcej niż pozycje zakwestionowane, co przemilczano w odwołaniu, a uwidoczniło w odpowiedzi na odwołanie i zestawieniach złożonych na rozprawie przez Przystępującego. W tym kontekście wyłącznie jako zabieg perswazyjny należy ocenić określenie akurat zakwestionowanych w odwołaniu pozycji jako kluczowych, co Zamawiający przekonująco podważył w odpowiedzi na odwołanie. W rezultacie tym bardziej nie można jednoznacznie stwierdzić, które kategorie kosztów i w jakiej wysokości powinny być uwzględnione w danej pozycji działu, do którego się odnoszą, a tym bardziej, że akurat w pozycjach zakwestionowanych w odwołaniu.

Jak wynika z wyliczeń przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie, a także z zestawień złożonych przez Przystępującego na rozprawie w odniesieniu do każdego z dziewięciu obszarów zakwestionowanych w odwołaniu, przy porównywaniu całych działów nie można stwierdzić, że Strabag rażąco zaniżył koszty wykonywania robót objętych którymkolwiek z działów, w których występują pozycje wyszczególnione w odwołaniu. Znaczące odbieganie wyceny można stwierdzić wyłącznie dla obszaru 6 będącego *de facto*

jedną pozycją, która na znikome znaczenie w skali całego zamówienia. Izba podziela ocenę Zamawiającego i Przystępującego, że Odwołujący na potrzeby sformułowania zarzutu wybiórczo wybrał nie tylko pozycje kosztorysu Strabag, ale i oferty, z którymi będzie je zestawiał. Biorąc pod uwagę, że potrzeby badania rażąco niskiej ceny art. 90 ust. 1 pzp nakazuje brać pod uwagę średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, nie można uznać za adekwatne porównań poczynionych w odwołaniu, gdyż opierają się one na wyliczeniach nieuwzględniających ofert, które nie zostały przecież odrzucone jako nieodpowiadające zakresowi przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji nie ma podstaw, aby przy ewentualnych porównaniach nie brać pod uwagę wszystkich dwunastu złożonych w tym postępowaniu ofert.

Odwołujący dążąc do wyeliminowania oferty, która okazała się być korzystniejsza niż jego własna (a przy tym nieznacznie tańsza: Strabag – blisko 18 mln zł, Eurovia – blisko 18,34 mln zł), bezskutecznie usiłuje dopasować okoliczności tej sprawy pod rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby z 22 października 2014 r. (sygn. KIO 2046/15), który zapadł na tle zupełnie odmiennych okoliczności faktycznych. W tamtej sprawie ustalono, że choć ceny wszystkich czterech złożonych ofert oscylują na zbliżonym, choć bardziej zróżnicowanym poziomie (od blisko 20,5 do ponad 23,5 mln zł), w najtańszej z ofert wycena według ceny jednostkowej 1 gr trzydziestu rzeczywiście kluczowych pozycji kosztorysu na roboty drogowe spowodowała, że wykonanie tego zasadniczego zakresu zamówienia zostało w tej ofercie wycenione na niespełna 3,4 mln zł, podczas gdy w pozostałych ofertach było to od niemal 17 do ponad 18,4 mln zł. Ponadto we wszystkich kosztorysach dotyczących 10 obiektów inżynierskich 4 pozycje zostały również wycenione według stawki 1 gr, czemu towarzyszyło jednak wycenienie w poz. dot. przepustów z blachy falistej wykonania 1 mb na poziomie blisko 82 tys. zł, podczas gdy u pozostałych wykonawców była to cena kilkadziesiąt razy niższa. W takich okolicznościach Izba uznała, że wycenę szeregu kluczowych pozycji na 1 gr nie można uznać za zgodną z treścią s.i.w.z. w zakresie precyzyjnie opisanych wymagań odnośnie czynności, jakie należy wykonać w ramach danych pozycji kosztorysu, a przede wszystkim stwierdziła wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji, do czego Izba w tej sprawie odniesie się jeszcze dalej.

II. {zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp}

Drugi zasadniczy zarzut dotyczy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Strabag, której złożenie miałoby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej

złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest to tzw. klauzula generalna, do której można się odwołać, jeżeli dane zachowanie nie wypełnia znamion żadnego ze stypizowanych w dalszych przepisach uznk czynów nieuczciwej konkurencji, które zbiorczo zostały wymienione w art. 3 ust. 2 uznk. W zakresie rozważań ogólnych Izba podziela zatem wywody zawarte w odwołaniu, które zresztą stanowią niemal dosłowne powtórzenie uzasadnienia wspomnianego powyżej wyroku Izby z 22 października 2014 r. (sygn. KIO 2046/15).

W zakresie skonkretyzowanych w uzasadnieniu odwołania zarzutów nie stanowi powtórzenia za przywołanym orzeczeniem jedynie zarzut, że zaniżenie przez Strabag wyceny niektórych pozycji miałoby wypełniać znamiona czynu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czyli utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Powyższy zarzut opiera się ponownie na założeniu, że ceny jednostkowe zakwestionowanych pozycji dotyczące objętych nimi prac stanowią niejako odrębne oferty. Założenie to jest nie tylko oczywiście błędne, o czym rozstrzygnięto już powyżej, ale i nieuprawnione, gdyż usługą sprzedawaną Zamawiającemu przez wykonawców w tym postępowaniu jest wykonanie obiektu budowlanego, a nie poszczególnych prac składających się na osiągnięcie tego rezultatu. W przypadku zamówienia na roboty budowlane mamy bowiem do czynienia z tzw. umową rezultatu, czyli zobowiązaniem wykonawcy do osiągnięcia rezultatu opisanego w dokumentacji projektowej za wynagrodzeniem określone w ofercie, przy czym cena oferty określa je ostatecznie (wynagrodzenie ryczałtowe) lub w sposób przybliżony, z dokładnym określeniem podstaw do ustalenia jego ostatecznej wysokości w postaci cen jednostkowych (wynagrodzenie kosztorysowe). Co istotne, w reżimie zamówień publicznych rezultat, który ma być osiągnięty, musi być dokładnie opisany w sposób wynikający z art. 31 ust. 1 pzp (z uwzględnieniem przywołanych powyżej przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 31 ust. 4 pzp) i nie może ulegać zasadniczym zmianom, niezależnie od charakteru wynagrodzenia umownego, gdyż nie byłoby to już to samo zamówienie. Jak już powyżej wskazano, jednym z elementów dokumentacji projektowej jest przedmiar robót, zawierający zestawienie

przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz ze szczegółowym ich opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Z kolei dla każdej pozycji przedmiaru robót należy podać między innymi nazwę i opis oraz obliczenia ilości jednostek miary, które powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej. Rozliczenie kosztorysowe według cen jednostkowych nie oznacza, że zakres ostatecznie zrealizowanych prac może znacząco odbiegać od zakresu przewidywanego na etapie udzielenia zamówienia.

Odmienne mogłaby się przedstawiać sytuacja w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi, w których przedmiot zamówienia często stanowi agregację szeregu odrębnych i niezależnych od siebie czynności, co do których nie ma pewności, czy i w jakiej skali wystąpią na etapie realizacji zamówienia (np. usługi związane z zimowym utrzymaniem dróg). Stąd szczególne znaczenie cen jednostkowych dla poszczególnych czynności, które mogą być badane pod kątem zarówno rażąco niskiej ceny, jak i manipulowania wysokością poszczególnych cen dla uzyskania korzystnego bilansu w świetle kryteriów oceny ofert lub z uwagi na przewidywany faktyczny zakres realizacji zamówienia. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że zamówienie na tego typu usługi ma charakter tzw. umowy starannego działania.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania zaistnienia przesłanki działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co jest konieczne dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

W drugiej kolejności z uzasadnienia odwołania wynika, że Strabag miałby dopuścić się czynu nieuczciwej konkurencji co prawda niestypizowanego, ale wypełniającego hipotezę klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 uznk. Miałby on polegać na manipulowaniu stawkami kosztorysu przez ich zniżenie niektórych w pozycjach przy jednoczesnym zawyżeniu wyceny ryczałtowych pozycji dotyczących kosztów ogólnych, dzięki czemu przy utrzymaniu ceny oferty na zbliżonym poziomie do innych wykonawców, Strabag zapewnił sobie nie tylko wyrównanie strat na pozycjach zniżonych, ale faktyczne zaliczkowe wynagrodzenie, choć nie było ono przewidziane w s.i.w.z., działając w ten sposób na szkodę innych wykonawców.

Argumentacja powyższego zarzutu niemal w całości polega na powieleniu rozważań poczynionych w uzasadnieniu wspomnianego powyżej wyroku Izby z 22 października 2014 r. (sygn. KIO 2046/15), który zapadł, jak już to przybliżono powyżej, w zupełnie odmiennych

okolicznościach faktycznych. Na potrzeby rozstrzygnięcia tego zarzutu dodać należy, że w przeciwieństwie do sprawy, na której wzoruje się odwołanie, Odwołujący nie wykazał, że miała miejsce zarzucana manipulacja zmierzająca do kredytowania robót wykonywanych na późniejszym etapie wynagrodzeniem ryczałtowym za elementy objęte wymaganiami ogólnymi.

Po pierwsze – Odwołujący nie wskazał żadnych postanowień s.i.w.z., które uzasadniałyby jego twierdzenie, że Strabag może domagać się całości wynagrodzenia za czynności objęte poz. 3 i 4 wymagań ogólnych na samym początku realizacji zamówienia. Tymczasem zawarte w odpowiedzi na odwołanie stanowisko Zamawiającego, że również pozycje kosztorysu wymagań ogólnych będą rozliczane w miarę postępu robót, według stanu realizacji zadań związanych z dostosowaniem się do wymagań ogólnych określonych w D-M.00.00.00, znajduje oparcie w treści s.i.w.z. Według tabeli elementów scalonych (załącznik nr 2 do formularza oferty) czynności te wraz z robotami budowlano-montażowymi zaliczają się do elementu określonego jako wykonanie robót budowlanych {poz. 1 tabeli}, w odróżnieniu od czynności związanych z uzyskaniem administracyjnego potwierdzenia zakończenia robót budowlanych {wyszczególnionych w poz. 2 tabeli}. Podział ten znajduje odzwierciedlenie we wzorze umowy, gdzie § 9 ust. 1 i 2 wyszczególniono odrębnie wynagrodzenie za te elementy. Przede wszystkim skoro § 10 dotyczący rozliczeń i płatności zawiera w ust. 7 odrębne uregulowanie wyłącznie w odniesieniu do czynności objętych poz. 2 tabeli elementów scalonych, pozostałe uregulowania odnoszą się do wszystkich prac objętych poz. 1 tabeli elementów scalonych. W szczególności wynika z nich, że wynagrodzenie będzie rozliczane nie częściej niż raz w miesiącu, na podstawie zestawienia wartości wykonanych robót za dany okres rozliczeniowy, które podlega sprawdzeniu przez właściwego inspektora nadzoru {ust.1}, a do momentu odbioru końcowego łączne wynagrodzenie rozliczone fakturami przejściowymi nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia umownego za wykonanie robót budowlanych {ust. 2}.

Po drugie – Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że poz. 3 wymagań ogólnych obejmuje ustawienie, utrzymanie i usunięcie oznakowania, a zatem czynności, które będą musiały być wykonywane sukcesywnie przez okres realizacji zamówienia. Dodatkowo Odwołujący przeoczył, że po zmianach s.i.w.z. z 16 czerwca 2015 r. każdy wykonawca w poz. tej mógł zawrzeć wynagrodzenie za wybudowanie, utrzymanie i likwidację objazdów lub przejazdów wraz z doprowadzeniem dróg objazdowych do stanu pierwotnego, czego również nie sposób wykonać w całości przed rozpoczęciem robót budowlano-montażowych. Ponadto Przystępujący potwierdził na rozprawie przypuszczenia Zamawiającego, że zamierza takie czynności wykonać, co potwierdzają złożone na rozprawie wyszczególnienie wyceny prac składających się na poz. 3 wymagań ogólnych.

Po trzecie – poza ogólnikowymi twierdzeniami o zawyżeniu wskaźnika procentowego udziału wartości wymagań ogólnych w całości wynagrodzenia Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na zawyżenie kosztów prac, które zgodnie z s.i.w.z. mogą być objęte poz. 3. W szczególności w żaden sposób nie została podważona adekwatność zestawienia kosztów tych prac przedstawiona na rozprawie przez Przystępującego.

Po czwarte – przypisanie czynu nieuczciwej konkurencji nie może opierać się na czystej spekulacji, a taką jest zakładanie przez Odwołującego, co uczyni Przystępujący na etapie realizacji zamówienia. Zarzut zaliczkowania jest nie tylko nieuzasadniony w świetle przywołanych powyżej postanowień s.i.w.z., ale również nie znajduje oparcia w treści harmonogramu złożonego przez Przystępującego na rozprawie, z którego wynika, że Strabag zamierza sukcesywnie rozliczać prace objęte poz. 3 i 4 kosztorysu wymagań ogólnych, co jest zgodne z założeniami Zamawiającego.

Po piąte – w odniesieniu do poz. 4 kosztorysu wymagań ogólnych Odwołujący bezpodstawnie zarzuca Strabag zawyżenie wyceny, skoro jest ona na zbliżonym poziomie do średniej wynikającej ze wszystkich złożonych ofert.

Reasumując, Izba stwierdziła, że przedstawione w odwołaniu argumenty nie świadczą o tym, że złożenie przez Strabag oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nawet nie zadał sobie trudu zidentyfikowania dobrych obyczajów, które miałyby zostać w tym przypadku naruszone. Natomiast błędnie zdaje się utożsamiać sam fakt złożenia konkurencyjnej oferty w stosunku do jego własnej za naruszenie dobrych obyczajów. Odwołujący nie zaprzecza przecież, że łączna cena oferty Strabag nie odbiega od poziomu cen ofert złożonych w postępowaniu. Przypisywanie konkurentowi w ślad za orzeczeniem zapadłym w innej sprawie nienależytej staranności przy kalkulowaniu niektórych cen jednostkowych niczemu w okolicznościach tej sprawy nie służy i pozostaje w oderwaniu od ustalonych w tej sprawie okoliczności faktycznych.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis, zgodnie 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).

Przewodniczący: