

Sygn. akt: KIO 2326/16

WYROK
z dnia 21 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A., WANT Sp. z o.o. ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Zachodniopomorskie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, ul. Szczecińska 31, 75-122 Koszalin,**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A., WANT Sp. z o.o. ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A., WANT Sp. z o.o. ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza kwotę 4 459 zł 88 gr(słownie: cztery tysiące czterysta pięćdziesiąt złotych osiemdziesiąt osiem groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A., WANT Sp. z o.o. ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń** na rzecz zamawiającego: **Województwo Zachodniopomorskie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, ul. Szczecińska 31, 75-122 Koszalin** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę drogi wojewódzkiej Nr 142 na odcinku Szczecin-Krzywnica”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 155-280803 w dniu 12 sierpnia 2016 r.

W dniu 29 listopada 2016 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Budimex S.A., na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A., WANT Sp. z o.o., z siedzibą w Toruniu (zwane dalej Konsorcjum PBDI-WANT).

Konsorcjum PBDI-WANT wniosło odwołanie wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących ceny oferty wykonawcy Budimex S.A., oraz wobec zaniechania odrzucenia tej oferty. Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- a) art. 7 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 3 Pzp w związku z art. 8 ust. 1 - 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych informacji zawartych w wyjaśnieniach i dokumentach dołączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Budimex pomimo, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź Budimex w odpowiednim terminie nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do ich zastrzeżenia,
- b) art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- c) art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, poprzez manipulowanie stawkami w złożonym kosztorysie ofertowym, celem bezprawnego kredytowania wykonania przedmiotu zamówienia na szkodę innych wykonawców i Zamawiającego oraz sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Budimex jako najkorzystniejszej,
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- c) odtajnienia zastrzeżonych informacji zawartych w wyjaśnieniach i dokumentach dołączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Budimex,
- d) odrzucenia oferty Budimex jako zawierającej rażąco niską cenę,
- e) odrzucenia oferty Budimex, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- f) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 96 ust. 3 Pzp w związku z art. 8 ust. od 1 do 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez Budimex.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w każdym przypadku indywidualnie powinien zbadać, w odniesieniu do każdej informacji zastrzeżonej, czy zachodzą przesłanki uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa. Gdy tajemnicą przedsiębiorstwa jest objęta tylko część dokumentu, to zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione.

Na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania już na etapie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, że zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 uznk. Konieczne jest określenie rodzaju informacji oraz wykazanie, iż posiada ona dla wykonawcy wartość gospodarczą, a także wykazanie, iż wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności takiej informacji. Aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że wykonawca ma obowiązek zarówno wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Porównanie z poprzednim brzmieniem art. 8 ust. 3 Pzp jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony zamawiającego, przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Poprzestanie na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia dodatkowych wyjaśnień i dokumentów załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Budimex w dniu 03 listopada 2016 r.

W ocenie Odwołującego, informacje objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez Budimex nie spełniają wymaganych przesłanek, ponieważ nie są to informacje, o których wiedzy nie ma każdy profesjonalny podmiot działający na analogicznym rynku.

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżone informacje nie są informacjami, które nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości oraz obiektywnie nie posiadają one wartości gospodarczej. Budimex nie wykazał również pod względem formalnym przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Gołosłowne twierdzenia wykonawcy o wartości poszczególnych informacji oraz o podjęciu niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności bez wykazania tych okoliczności Zamawiającemu uznać należy za niewypełnienie nakazu art. 8 ust. 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż oferta Budimex zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazał, że w poz. 70 wyceny przedmiarów robót branży drogowej wykonawca Budimex rażąco zaniżył cenę za „Wyrównanie nawierzchni po recyklingu betonowym”, poprzez wykonanie podbudowy z betonu asfaltowego AC22P (pełniącej rolę warstwy profilowej, gr. min. 7cm wraz z oczyszczeniem i skropieniem emulsją wolnorozpadową). Jednocześnie analogiczny materiał wskazany został w poz. 69 wyceny przedmiarów robót branży drogowej, który został wyceniony przez Budimex na całkowicie innym poziomie. Wartość poz. 70, tj. kwota 85,19 zł jest rażąco zaniżona i nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Dowodzi tego wycena poz. 69 (podanej w m²), która odpowiednio po przeliczeniu wskazuje, że tona tego samego materiału, co zaoferowany w poz. 70, wynosi około 164.06 zł, czyli wartość niemal dwukrotnie wyższą. Tym samym, biorąc pod uwagę różnicę w cenach obu ww. pozycji wskazać należy, że Budimex dokonał zniżenia swojej oferty o około 2 884 389,47 zł netto (164,06 zł - 85,19 zł = 78,87 x 36 571,44 = 2 884 389,47 zł). Sam koszt poszczególnych elementów niezbędnych do wytworzenia betonu asfaltowego AC22P jest wyższy niż wartość całej pozycji 70.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, poprzez manipulowanie stawkami w złożonym kosztorysie ofertowym celem bezprawnego kredytowania wykonania przedmiotu zamówienia, na szkodę innych wykonawców i zamawiającego oraz sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie zaś z art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy,

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: działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy.

W ocenie Odwołującego działanie wykonawcy Budimex nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na:

- a) zaoferowanie w poz. 70 „Wyrównanie nawierzchni po recyklingu betonowym”, poprzez wykonanie podbudowy z betonu asfaltowego AC22P (pełniącej rolę warstwy profilowej, gr. min. 7cm wraz z oczyszczeniem i skropieniem emulsją wolnorozpadową” ceny poniżej kosztów wytworzenia tego materiału, mimo że ten sam materiał został wyceniony przez Budimex w poz. 69 „Wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego AC 22P (podbudowa zasadnicza) gr. 7cm wraz z oczyszczeniem i skropieniem emulsją” za cenę niemal dwukrotnie wyższą, co potwierdza istotne niedoszacowanie oferty Budimex w tym zakresie;
- b) zastosowanie „inżynierii cenowej” poprzez przerzucenie części wynagrodzenia z wartości materiału z poz. 70 do poz. 1 „Odtworzenie trasy i punktów wysokościowych w terenie równinnym”, która to pozycja została rażąco przeszacowana celem skredytowania przez Zamawiającego robót wykonywanych na późniejszych etapach realizacji zamówienia, co narusza zarówno interes Zamawiającego, jak i innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Ad. a)

W odniesieniu do poz. 70 wartość 85,19 zł jest rażąco zaniżona i nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Biorąc pod uwagę jawną treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie dokonywania zakupu asfaltu od podmiotu trzeciego świadczy to o sprzedaży tego towaru poniżej kosztu jego zakupu. O powyższym świadczy również wycena poz. 69 (podanej w m²), która po przeliczeniu wskazuje, że tona tego samego materiału, co zaoferowany w poz. 70, wynosi około 164,06 zł, czyli wartość niemal dwukrotnie wyższą. Analiza innych postępowań, w których udział brał zarówno Odwołujący, jak i Budimex, potwierdza, że w innych przetargach wartość takiego samego materiału była znacząco wyższa niż obecnie w poz. 70.

Przy przyjęciu realnej ceny wskazanej w poz. 69 oraz ilości wymaganego materiału Budimex w nieuprawniony sposób obniżył cenę swojej oferty o około 2 884 389,47 zł netto (164,06 zł - 85,19 zł = 78,87 x 36 571,44 = 2 884 389,47 zł).

Odwołujący przywołał opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240).

Ad. b)

Budimex składając ofertę dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji również z uwagi na przerzucenie części wartości (wynagrodzenia) z poz. 70 do poz. 1 „Odtworzenie trasy i punktów wysokościowych w terenie równinnym”, za którą Zamawiający dokona płatności w pierwszej kolejności. W zakresie poz. nr 1 oferta Budimex została rażąco przeszacowana, co potwierdza porównanie wartości tej pozycji do tych samych pozycji w ofertach innych wykonawców: Budimex-1 126 165,52 zł netto, Odwołujący-223 198,13 zł netto, Strabag - 306 914,95 zł netto, Energopol - 328 145,03 zł netto.

Porównanie powyższych cen, uwzględniając treść wyjaśnień Budimex o wyjątkowej pozycji tego wykonawcy na rynku i możliwości negocjowania bardzo konkurencyjnych stawek, pozwala na stwierdzenie, że Budimex przerzucił do poz. nr 1 wartość co najmniej 700 000,00 zł netto. Działanie takie ocenione może zostać jako próba skredytowania na samym początku realizacji przedmiotu zamówienia, dalszych etapów realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego wykonawca Budimex już w momencie składania oferty miał lub mógł mieć świadomość, że wykonany przez niego kosztorys, w którym nastąpiło rażące zaniżenie ceny w poz. 70, a następnie przerzucenie części wartości tej pozycji do poz. 1, za którą Zamawiający dokona płatności na początku realizacji przedmiotu zamówienia, celem skredytowania dalszych robot budowlanych, miał na celu utrudnić konkurentom dostęp do zamówienia. Dlatego oferta Budimex powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk w związku art. 15 ww. ustawy.

Wykonawca Budimex S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W piśmie procesowym z dnia 20 grudnia 2016 r. podniósł, że w piśmie zawierającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa szczegółowo wyjaśnił podstawy do zastrzeżenia wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. charakter technologiczny i organizacyjny informacji, których ujawnienie oznaczałoby stratę dla Przystępującego o istotnej wartości gospodarczej. Przystępujący wykazał również, że podjął wszelkie możliwe środki w celu zachowania poufności tych informacji (procedury wewnętrzne, stosowanie klauzul o poufności w umowach itd.). Przedmiotem zastrzeżenia są przede wszystkim wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty – własne kalkulacje z uwzględnieniem zysku, oferty, umowy podwykonawców i współpracowników, których ujawnienie naraziłoby Przystępującego na szkodę nie tylko w tym postępowaniu przetargowym, ale w odniesieniu do całej jego działalności gospodarczej. Odwołujący nie przedstawił stosownych dowodów ani argumentacji

uprawdopodobniającej, że zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek do ich skutecznego zastrzeżenia. Ponadto zdaniem Przystępującego uwzględnienie zarzutu w powyższym zakresie nie może mieć wpływu na wynik postępowania, a zatem nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Przystępujący wskazał, że złożył Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia potwierdzające prawidłowość wyceny pozycji 70 kosztorysu. Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnych dowodów na okoliczność rażąco niskiej ceny pozycji, co Odwołujący wywodzi z wyższej wyceny pozycji 69. Złożone wyjaśnienia na str. 19 zawierają szczegółowe uzasadnienie dla różnicy w cenach obu pozycji, przy gwarancji prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, właściwe tylko dla Przystępującego, z zagwarantowaniem zysku wykonawcy. Przystępujący przyznał, że występuje różnica w cenach pozycji 69 i 70 kosztorysu, lecz wynika to ze szczególnych warunków dostępnych wykonawcy i nie narusza to wymagań SIWZ ani obowiązujących przepisów. Uwzględnienie „ujemnych kosztów” czyli oszczędności, jakie Przystępujący uzyskał, a które dotyczyły poz. 69 i 70 mogło zostać ujęte w kosztorysie w sposób wybrany przez wykonawcę. Ujęcie większej części tych oszczędności w poz. 70 nie jest sprzeczne z treścią SIWZ ani Pzp (tak wyrok SO w Poznaniu z dnia 19 marca 2015 r. sygn.. akt X Ga 76/15).

Odnosząc się do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji Przystępujący podniósł, że w związku z rzetelnym wyjaśnieniem sposobu kalkulacji poz. 69 i 70 kosztorysu, zostało wykazane, że cena pozycji 70 zawiera wszystkie koszty, wymagane do prawidłowego wykonania robót opisanych w tej pozycji. Nie ma więc tu sytuacji, w której wykonawca zaoferował wykonanie robót poniżej kosztów ich wytworzenia. Co do zarzutu przerzucenia części kosztów z poz. 70 do poz. 1, Przystępujący wyjaśnił, że wobec wykazania, że w poz. 70 uwzględniono wszystkie koszty konieczne do prawidłowej realizacji robót w niej opisanych, należy uznać, że zarzut [przerzucenia kosztów do poz. 1 jest niezasadny. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, na potwierdzenie tezy, że Przystępujący przerzucił do poz. 1 co najmniej 700 000,00 zł netto. Ponadto, pozycja ta obejmuje odtworzenie trasy i punktów wysokościowych w terenie równinnym na odcinku 25,13 km. Jest to kluczowy etap w ramach robót przygotowawczych, który został uczciwie wyceniony w ofercie z uwzględnieniem niezbędnych kosztów. Prace geodezyjne trwają przez cały okres realizacji robót, a wobec tego nie może być mowy o kredytowaniu ich kosztem innych pozycji. Zamawiający nie miał wątpliwości co do wysokości wyceny przez Budimex pozycji 1 kosztorysu, gdyż w wezwaniu z dnia 24 października 2016 r. nie wymagał wyjaśnienia tej pozycji przez wykonawcę.

Zamawiający złożył na rozprawie odpowiedź na odwołanie – pismo z dnia 19 grudnia 2016 r. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wykazał, by

działania Zamawiającego miały na celu nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu, w tym w zakresie wyjaśnień co do cen oferowanych przez wykonawców. Oferty zostały złożone przez 14 wykonawców. Rozbieżność w cenie wahała się od 42 516 502,26 zł (Budimex) do 58 675 525,98 zł (Maldrobud), przy wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego na 56 371 454,40 zł (69 336 888,91 zł brutto). Siedmiu wykonawców było wzywanych do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający żądał przy tym wyjaśnienia poszczególnych pozycji robót, w tym poz. 59, 69 i 70. Budimex wyjaśnił, jakie stawki roboczogodziny przyjął, powołując się na Zakładowy Układ Zbiorowy Pracy, przedstawił rozbieżność poszczególnych cen zawartych w pozycjach kosztorysowych z podziałem na robociznę, materiał, sprzęt i narzuty. Ceny zostały potwierdzone ofertami oraz umowami ramowymi. Wykonawca szczegółowo odniósł się do skosztorysowania poz. 59, 69 i 70. Złożone wyjaśnienia są logiczne i tworzą racjonalną całość. Nie bez znaczenia dla wysokości ceny pozostają takie elementy jak bogate doświadczenie na rynku, posiadanie własnego sprzętu czy laboratorium. Oferty Przystępującego i Odwołującego są najniższe i bardzo zbliżone do siebie pod wieloma względami. Cena Odwołującego jest wyższa o ok. 3% od ceny oferty Budimex. Pozycje 59 i 69 są na bardzo zbliżonym poziomie w obu ofertach, przy czym kwoty te nie są najniższe w porównaniu do pozostałych ofert. Trudno zatem doszukiwać się w tych ofertach celowego działania rażącego zaniżenia ceny oferty. Zamawiający nie zgodził się z argumentacją dotyczącą zaniżenia ceny w pozycji 70 przez Budimex, gdyż wykonawca szczegółowo wyjaśnił, jakie koszty składają się na podaną w ofercie kwotę, co uzasadnia, że cena ta jest realna. Ponadto Zamawiający wskazał, że globalny udział tej pozycji w cenie ofert nie jest znaczny, w związku z czym nie może ona przesadzać o całokształcie oferty.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Budimex Zamawiający wskazał, że wykonawca jednocześnie ze złożeniem wyjaśnień zastrzegł je jako tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wykazał, że stanowią one tajemnicę Budimex. Zamawiający powołując się na orzecznictwo KIO podkreślił, że wyjaśnienia dotyczące ceny oferty mogą być zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż zawierają one dane dotyczące metody kalkulacji ceny, kalkulacje, konkretne dane cenotwórcze podlegające ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, że także Odwołujący zastrzegł swoje wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powołując się praktycznie na te same przesłanki, co Budimex.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Budimex S.A. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymagań określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 142 na odcinku Szczecin - Krzywnica o długości ok. 25,13 km. W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 14 ofert. Siedem z tych ofert podlegało wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp, tj. w zakresie podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym oferta najniższa – Przystępującego – Budimex S.A. i kolejna pod względem wysokości zaoferowanej ceny – oferta Odwołującego. Zaoferowane przez wykonawców ceny wahały się od 42 516 502,26 zł (Budimex) do 58 675 525,98 zł (Maldrobud), przy czym wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 56 371 454,40 zł (co stanowi 69 336 888,91 zł brutto).

Pismem z dnia 24 października 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że wartość zamówienia wynosi 69 336 888,91 zł (z WAT), a wykonawca zaoferował cenę w wysokości 42 516 502,26 zł. Zamawiający zwrócił się w szczególności o wyjaśnienie czynników kształtujących ceny jednostkowe zawarte w branży drogowej Wycenionego Przedmiaru Robót – załącznik nr I.5.1, w tym dotyczących poz. 59, 69 i 70. Zamawiający wskazał również, że pozycje te zostały wycenione w ofercie Budimex S.A. na niższym poziomie niż w kosztorysie inwestorskim:

59- 15,36zł/m² – 40,00 zł/m²;

69- 28,71zł/m² – 41,17/m²;

70 – 85,19zł/Mg – 221,43 zł/Mg.

Wykonawca Budimex S.A. złożył wyjaśnienia pismem z dnia 3 listopada 2016 r., które obejmują łącznie 320 stron, w tym część jawną oraz wyjaśnienia i załączniki w postaci dowodów (ofert, umów kalkulacji itp.) zastrzeżonych przez wykonawcę jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca potwierdził w swoich wyjaśnieniach, że jego oferta uwzględnia wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia oraz wszelkie okoliczności charakterystyczne dla przedmiotu zamówienia, jakie Zamawiający podał i opisał w dokumentach przetargowych wraz z uwzględnieniem warunków rynkowych.

W ofercie zostały przyjęte wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy przy realizacji zamówienia. Wykonawca oświadczył, że stosuje się do ustawy z dnia 10 października 202 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz 2016 r. poz. 1265), zatrudnia pracowników w oparciu o wewnętrzne stawki wynagrodzenia, które nie są niższe niż wskazane w ustawie lecz są niższe niż stawki publikowane przez wydawnictwo Sekocenbud dla tego rodzaju zamówienia. Potwierdził, że do wyceny oferty przyjął stawkę roboczogodziny w wysokości 12,60 PLN netto. Przedmiot umowy został wyceniony w oparciu o wieloletnie doświadczenie wykonawcy, jako wyspecjalizowanej firmy na rynku budowlanym. Budimex S.A. dysponuje w ramach posiadanych zasobów, oddziałem usług sprzętowych, który zawiaduje parkiem maszynowym oraz laboratorium polowym, które są zamortyzowane w całości lub w części i które pozwalają na optymalizację kosztów wykonania kontraktu. W zakresie wyceny materiału wykonawca wskazał, że dysponuje scentralizowanym systemem zakupów materiałów budowlanych i usług opartym na wynegocjowanych z dostawcami preferencyjnych warunkach handlowych zawartych w ponad 300 umowach ramowych, jako firma o zasięgu ogólnopolskim i bardzo dobrej wieloletniej współpracy z kontrahentami, co przekłada się na bardzo korzystne oferty cenowe. Scentralizowany system zakupów pozwala na zakup materiałów budowlanych w korzystnych okresach spadku wartości tych materiałów. Zaopatrzenie od lokalnych dostawców pozwala na zminimalizowanie kosztów kruszywa i jego transportu. Wykonawca ma możliwości w zakresie pozyskania korzystnych ofert podwykonawców, co zmniejsza koszty budowy. Wykonawca podkreślił, że jego oferta jest niższa jedynie o 3% od kolejnej oferty – oferty Odwołującego oraz tylko o 16,83% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, która wynosi 49 671 725,62 zł brutto (tj. poniżej wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego).

Do wyjaśnień wykonawca Budimex S.A. załączył rozbieżne jednostkowe cen, oferty podwykonawców i dostawców oraz umowy ramowe. W tej części informacje zostały zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wraz z wyjaśnieniami Budimex S.A. przedstawił uzasadnienie do zastrzeżenia powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W części zastrzeżonej wykonawca załączył dowody na potwierdzenie obowiązujących w firmie procedur, mających na celu zapewnienie poufności tego rodzaju danych i informacji oraz ochronę przed ujawnieniem ich do wiadomości publicznej.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 96 ust. 3 Pzp w związku z art. 8 ust. od 1 do 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych informacji zawartych w wyjaśnieniach i dokumentach dołączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny

złożonych przez Budimex S.A. pomimo, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź Budimex S.A. w odpowiednim terminie nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do ich zastrzeżenia.

Zarzut powyższy nie potwierdził się. Izba zważyła, że ustawa Pzp w art. 8 wyraża jedną z generalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę jawności postępowania. Zgodnie z art. 8 ust. 2 Pzp, zamawiający posiada uprawnienie do ograniczenia jawności informacji w toku postępowania wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Stosownie do art. 8 ust. 3 Pzp, Zamawiający nie udostępnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być udostępnione oraz wykaże, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późno zm.). W odniesieniu do składanych w toku postępowania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zastrzeżenie powinno być odpowiednio dokonane i uzasadnione przez wykonawcę jednocześnie ze składanymi wyjaśnieniami. W uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) Sąd Najwyższy stwierdził, że „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”.

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przesłanki wskazane w tym przepisie muszą zostać spełnione łącznie (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59). W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie przesłanki wymienione w art. 11 ust. 4 uznk spoczywa na wykonawcy.

Wykonawca Budimex S.A. przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny pismem z dnia 3 listopada 2016 r. do którego załączył dowody w postaci ofert, umów, szczegółowych wyjaśnień i kalkulacji itp. W treści tego pisma

zastrzegł część powyższych wyjaśnień (w szczególności załączników) jako tajemnicę przedsiębiorstwa oraz przedstawił uzasadnienie do uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca przedstawił okoliczności potwierdzające, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji, mających dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej.

Informacje objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez Budimex S.A. spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Są to zarówno informacje technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa, jak też inne informacje (w szczególności handlowe) posiadające wartość gospodarczą dla wykonawcy, które zarazem nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej. Informacje te stanowią dane obrazujące metodologię kalkulacji ceny oferty, konkretne dane cenotwórcze, będące wynikiem wieloletniej współpracy z podwykonawcami i dostawcami, których ujawnienie może narazić wykonawcę na utratę wypracowanej przez lata pozycji rynkowej. Są to informacje ważne i użyteczne z punktu widzenia prowadzenia danej działalności gospodarczej. Pomimo, że Odwołujący, jako profesjonalny podmiot działający na analogicznym rynku, co Budimex S.A., twierdził, że każdy taki podmiot posiada te informacje, to Izba nie podzieliła tego stanowiska. Jak wynika z zebranego materiału dowodowego w sprawie, Odwołujący nie dysponuje informacjami, które zostały zawarte przez Budimex S.A. w załącznikach do wyjaśnień z dnia 3 listopada 2016 r. Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone przez Budimex S.A. w tym postępowaniu informacje zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a wręcz przeciwnie nieujawnienie tych danych wynika z konkretnych działań wykonawcy, w tym m.in. polityki bezpieczeństwa, mających na celu zapewnienie poufności informacji.

Izba podzieliła stanowisko Przystępującego, że jako informacje technologiczne, handlowe, organizacyjne i ekonomiczne posiadają one istotną wartość gospodarczą dla wykonawcy. Budimex S.A. wraz ze złożonymi wyjaśnieniami dotyczącymi ceny oferty wykazał spełnienie przesłanek koniecznych do uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Twierdzenia wykonawcy Budimex S.A. o podjęciu niezbędnych działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności, zostały potwierdzone dowodami załączonymi w ramach części niejawniej wyjaśnień, a zatem nie można ich uznać za gołosłowne, co podnosił Odwołujący.

Zarzut, że nieuprawnione jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dokumentów załączonych do wyjaśnień w całości, a nie w części, nie został przez Odwołującego udowodniony. Dokumenty składane w toku postępowania w zakresie wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty lub poszczególnych kosztów, stanowią informacje istotne z punktu widzenia budowania konkurencyjności przedsiębiorstwa na danym rynku. Odwołujący nie wskazał, jakie dane zawarte w ofertach, umowach handlowych lub

kalkulacjach nie posiadają żadnej wartości gospodarczej i tym samym nie podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Należy zważyć przy tym, że Odwołujący także zastrzegł swoje wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, nie ujawniając informacji o takim samym charakterze, jak zastrzeżone w wyjaśnieniach złożonych przez Budimex S.A.

W powyższych okolicznościach Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 3 Pzp w związku z art. 8 ust. od 1 do 3 Pzp oraz w związku z art. 11 ust. 4 uznk, poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych informacji zawartych w wyjaśnieniach i dokumentach dołączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Budimex S.A. Izba nie znalazła podstaw do uznania, że Budimex S.A. w odpowiednim terminie nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do ich zastrzeżenia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

Odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny lub kosztu oferty Budimex S.A., wskazując na rażące zaniżenie przez wykonawcę wyceny poz. 70 Wycenionych Przedmiarów Robót - branży drogowej: Wyrównanie nawierzchni po recyklingu betonowym, poprzez wykonanie podbudowy z betonu asfaltowego AC22P (pełniącej rolę warstwy profilowej, gr. min. 7 cm wraz z oczyszczeniem i skropieniem emulsją wolnorozpadową), która nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Odwołujący podnosił, że analogiczny materiał został wskazany w poz. 69 przedmiarów robót branży drogowej, który został wyceniony przez Budimex S.A. na poziomie znacznie (niemal dwukrotnie) wyższym. Zdaniem Odwołującego, Budimex S.A. dokonał w wyniku tej wyceny zaniżenia swojej oferty o około 2 884 389,47 zł netto.

Wartość podbudowy z betonu asfaltowego AC22P w poz. 70 w ofercie Budimex wynosi 85,19 zł/Mg, natomiast w poz. 69 (podanej w m²), po przeliczeniu, wynosi około 164.06 zł/Mg.

Odwołujący podnosił, że sam tylko koszt poszczególnych elementów niezbędnych do wytworzenia betonu asfaltowego AC22P jest wyższy niż wartość podana w pozycji 70. Na rozprawie Odwołujący złożył Cennik Asfaltów Drogowych ważny od 09 maja 2016 r. ORLEN Asfalt Sp. z o.o. oraz tzw. „Receptę materiałową” na podbudowę z betonu asfaltowego AC22P z wyceną poszczególnych materiałów wsadowych, która łącznie opiewa na wartość 138,52 zł/Mg, na potwierdzenie faktu, że cena podbudowy z betonu asfaltowego AC22P w ofercie Budimex jest wyceniona poniżej kosztów materiału. Dowody te nie mają istotnego znacznego w tej sprawie ze względu na fakt, że Budimex korzysta z innych dostawców oraz posiada dostępne inne ceny materiałów, w tym AC22P, co zostało wykazane w złożonych

Zamawiającemu wyjaśnieniach w dniu 3 listopada 2016 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 października 2016 r. W wyjaśnieniach wykonawca przedstawił m.in. szczegółowe kalkulacje i uzasadnienie do wyceny poz. 69 jak i 70 (str. 17-20 wyjaśnień), załączając dowody w postaci m.in. ofert podwykonawców, dostawców, szczegółowych kalkulacji itp. Złożone w tym zakresie wyjaśnienia potwierdzają, że wykonawca Budimex S.A. posiada szczególnie sprzyjające warunki realizacji przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie, które zostały szczegółowo opisane. Na ich podstawie dokonano kalkulacji obu pozycji. Podkreślić należy, że przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie kalkulacja kosztów poz. 70 odbiega w sposób istotny od warunków realizacji wskazanych robót dostępnych wykonawcy Budimex S.A., a zatem nie może ona stanowić dowodu na wysokość kosztów, które powinien wykonawca przyjąć do kalkulacji ceny w pozycji 70 przedmiaru robót branży drogowej. Oferta ORLEN Asphalt Sp. z o.o. także nie jest miarodajna w odniesieniu do kalkulacji ceny poz. 70 w ofercie Budimex S.A., jako oferta nieuwzględniająca korzystnych indywidualnych warunków dostępnych wykonawcy Budimex S.A. w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego, należy wziąć pod uwagę, że cena oferty Budimex S.A. jedynie nieznacznie jest niższa od oferty Odwołującego, a od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert jest o niższa o ok 17%. W realiach tego postępowania, powyższa średnia jest bardziej wiarygodnym punktem odniesienia dla realnej ceny rynkowej niż wartość zamówienia, którą Zamawiający oszacował na poziomie znacznie odbiegającym nawet od najwyższej ceny zaoferowanej w tym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz treść złożonych przez Budimex S.A. wyjaśnień, nie ma podstaw do stwierdzenia, że wartość pozycji 70 została zaniżona w ofercie Budimex, a tym samym, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę/koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tych okolicznościach w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uzk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, poprzez manipulowanie stawkami w złożonym kosztorysie ofertowym celem bezprawnego kredytowania wykonania przedmiotu zamówienia, na szkodę innych wykonawców i zamawiającego oraz sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia, w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uzk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie zaś z art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy, 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: działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wymagane jest wystąpienie dwóch elementów w działaniu wykonawcy: czyn musi być niezgodny z prawem lub dobrymi obyczajami oraz musi on naruszać lub zagrażać interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak ustalono w niniejszym postępowaniu, w odniesieniu do poz. 70 Wycenionego Przedmiary Robót, cena jednostkowa w wysokości 85,19 zł/Mg nie jest ceną zaniżoną przez wykonawcę Budimex S.A. Odwołujący nie wykazał w toku postępowania, że wykonawca Budimex S.A. dokonuje odsprzedaży tego towaru poniżej kosztu jego zakupu. Fakt ten nie znajduje żadnego potwierdzenia w materiale dowodowym w niniejszej sprawie. Wyjaśnienia złożone przez Budimex S.A. w związku ze złożoną ofertą potwierdzają jednoznacznie, że w tym postępowaniu wykonawca posiada możliwość oferowania robót wskazanych w pozycji 70 za wskazaną cenę, która uwzględnia wyjątkowe okoliczności dostępne temu wykonawcy. Nie można zatem porównywać tej ceny do cen za ten sam materiał oferowany w innych postępowaniach przetargowych lub też nawet w innej pozycji przedmiaru. Tym samym Odwołujący nie wykazał niedoszacowania oferty Budimex w tym zakresie.

Jednocześnie Odwołujący nie uzasadnił, jaki przepis prawa lub jakie obyczaje zostały naruszone przez zaoferowanie w poz. 70 „Wyrównanie nawierzchni po recyklingu betonowym poprzez wykonanie podbudowy z betonu asfaltowego AC22P (pełniącej rolę warstwy profilowej, gr. min. 7cm wraz z oczyszczeniem i skropieniem emulsją wolnorozpadową) przez Budimex S.A. określonej ceny jednostkowej.

Zastosowanie w ofercie Budimex tzw. „inżynierii cenowej”, poprzez przeliczenie części wynagrodzenia z wartości materiału z poz. 70 do poz. 1 „Odtworzenie trasy i punktów wysokościowych w terenie równinnym”, która to pozycja została rażąco przeszacowana celem skredytowania robót wykonywanych na późniejszych etapach realizacji zamówienia, co narusza zarówno interes Zamawiającego, jak i innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, także nie znalazło potwierdzenia w ustalonym w tej sprawie stanie faktycznym.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest także utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Muszą to być działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 uznk.

W ocenie Izby, działania Budimex S.A. dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty w pozycji 70 w porównaniu do pozycji 69 oraz pozycji 1 Wycenionego Przedmiaru Robót wynikają z istoty konkurencji, a nie są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom. Odwołujący nie wykazał, aby Budimex S.A., składając ofertę, zastosował środki, które nie znajdują usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji. Odwołujący w szczególności nie przeprowadził dowodu na okoliczność, że Budimex S.A. przyjął w ofercie w poz. 70 koszt materiału, który jest niższy od kosztów jego wytworzenia w warunkach dostępnych temu wykonawcy. Nie zostało tym samym wykazane działanie zmierzające do eliminacji w tym postępowaniu innych wykonawców. Za gołosłowne należało uznać twierdzenia Odwołującego, że wykonawca Budimex S.A. już w momencie składania oferty miał lub mógł mieć świadomość, że wykonany przez niego kosztorys, w zakresie rażącego zaniżenia ceny w poz.70, a następnie przerzucenia części wartości tej pozycji do poz.1, za którą Zamawiający dokona płatności na początku realizacji przedmiotu zamówienia, celem skredytowania dalszych robot budowlanych, miał na celu jedynie utrudnić konkurentom dostęp do zamówienia. Odwołujący nie wykazał w szczególności, że z poz.70 do poz.1 „Odtworzenie trasy i punktów wysokościowych w terenie równinnym” zostały „przerzucone” jakiegokolwiek koszty lub też, że Budimex zawyżył koszty pozycji 1 o 700 000,00 zł netto. Twierdząc, że w poz. 1 oferta Budimex S.A. została rażąco przeszacowana, Odwołujący przedstawił jedynie wybiórcze porównanie wyceny tej pozycji w czterech wybranych ofertach, podczas gdy z zestawienia wszystkich ofert wynika, że ta pozycja została wyceniona na zbliżonym poziomie także przez innego wykonawcę.

Reasumując, na podstawie zgromadzonego materiału w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że oferta Budimex S.A. nie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż jej złożenie nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 lub art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp, w szczególności poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....