

Sygn. akt: KIO 1217/16

WYROK
z dnia 21 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2016 r. odwołania wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2016 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu**.

przy udziale:

- A. wykonawcy **COLAS Polska Sp. z o.o., Pałędzie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., Pruszków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Wielkopolskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Poznaniu** powtórzenie czynności badania i oceny ofert i zwrócenie się na podstawie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o.** oraz wykonawcy **COLAS Polska Sp. z o.o., Pałędzie**, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

2. kosztami postępowania obciąża **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu**,
i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Skanska S.A., Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu** na rzecz **Skanska S.A., Warszawa** kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „**Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185: CZĘŚĆ 1. Piotrowo - Zielonagóra - etap II, CZĘŚĆ 2. Obrzycko - Szamotuły**”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 8 kwietnia 2016 r., poz. **2016/S 069-119519**. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Ustawa).

W dniu 6 lipca 2016 r. SKANSKA spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie w części drugiej zamówienia, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie** (dalej: **STRABAG**), jako najkorzystniejszej, mimo, że Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia jej w związku z tym, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6) Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy **STRABAG** jako najkorzystniejszej, mimo że Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia jej w związku z tym, że jej oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy **COLAS POLSKA Sp. z o.o. w Palędziu** (dalej: **COLAS**), mimo że Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia jej w związku z tym, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 6) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy **COLAS**, mimo że Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia jej w związku z tym, że jej oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- 6) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003.153.1503 j.t) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców **STRABAG** oraz **COLAS**, mimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- 7) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez nie zwrócenie się do wykonawców **STRABAG** oraz **COLAS** o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ich ofert mających wpływ na wysokość ceny a w konsekwencji uznanie, że ceny ich ofert nie są cenami rażąco niskimi,

z ostrożności procesowej zaś Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów:

- 8) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2), pkt 3) oraz pkt 6) Ustawy poprzez nie zwrócenie się do wykonawców **STRABAG** oraz **COLAS** o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących treści ich ofert a w konsekwencji uznanie, że treści ich ofert są zgodne z treścią SIWZ, ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji oraz nie zawierają błędów w obliczeniu ceny.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

I. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ

Odwołujący podawał, iż zgodnie z punktem 13.1 SIWZ sposób obliczenia ceny ofert wykonawców w niniejszym postępowaniu został określony według bardzo szczegółowych i jasnych wymagań. Zgodnie z tym zapisem:

„13. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTY.

13.1. W Tabeli elementów rozliczeniowych Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto, stanowiące iloczyn ceny jednostkowej i ilości jednostek, z dokładnością do 0,01 PLN dla wszystkich pozycji w nim wymienionych.

W cenie jednostkowej netto Wykonawca musi uwzględnić wszystkie koszty wymienione w podstawie płatności określone w odpowiedniej ST przypisanej danej pozycji TER (Kosztorysu ofertowego) oraz w ST Wymagania Ogólne oraz musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów. Elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji nie można przenosić do innych pozycji elementów rozliczeniowych (Kosztorysu ofertowego).

13.2. Wykonawca zsumuje wszystkie pozycje w poszczególnych Tabelach elementów rozliczeniowych (kosztorysach) I przeniesie sumy do zbiorczego zestawienia kosztów. Następnie zsumuje wszystkie pozycje zbiorczego zestawienia kosztów i doda kwotę rezerwową na roboty nieprzewidziane w wysokości określonej w tej tabeli oraz podatek VAT. Tak wyliczoną cenę oferty Wykonawca wpisze do druku oferty.

13.3. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Wszystkie błędy ujawnione na rysunkach, w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych (SST) oraz w Tabeli Elementów Rozliczeniowych Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu przed terminem określonym w pkt 8.2. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców.

13.4. Tam, gdzie na rysunkach, w Ogólnych Specyfikacjach Technicznych (OST) i Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych (SST) oraz w Przedmiarach robót, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach.

13.5. Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SIWZ."

Zapis pkt 13 SIWZ w obecnym brzmieniu nadanym mu przez Zamawiającego jest m.in. konsekwencją też Wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 19 marca 2015 roku (sygn. X Ga 76/15), wydanego wskutek skargi jednego z wykonawców na orzeczenie KIO 2421/14 oraz KIO 2453/14 z 10 grudnia 2014 roku. Uczestnikiem obu postępowań (sądowego oraz przed KIO) był także Odwołujący.

Dodane do treści SIWZ dwa ostatnie zdania w pkt. 13.1 związane są bowiem zdaniem Odwołującego z problematyczną praktyką nieuwzględniania przez wykonawców w wycenie poszczególnych pozycji kosztorysu wszystkich kosztów wykonania danego zakresu prac objętego tą pozycją kosztorysu (zgodnie z wymogami odnośnych specyfikacji technicznych czy dokumentacji projektowej) i przerzucaniem tych kosztów do innych pozycji kosztorysu, co może wprawdzie wg Sądu mieć miejsce ale tylko wyłącznie wtedy gdy dotyczą wspólnego działania. Zgodnie w w/w orzeczeniem Sądu: „odmienna byłaby sytuacja, gdyby oferent w zakresie prac danej pozycji wpisał koszt wykonania robót całkowicie niezwiązanych z tymi robotami - takie działanie byłoby nierzetelne i nieprawidłowe”. Chcąc jednak uniknąć nawet w/w i dozwolonego w ocenie Sądu Okręgowego w Poznaniu przejawu tzw. „inżynierii cenowej” Zamawiający zastrzegł kategorycznie w SIWZ, iż Wykonawca w danej cenie jednostkowej musi uwzględnić wszystkie koszty wymienione w podstawie płatności określone w odpowiedniej specyfikacji technicznej przypisanej danej pozycji kosztorysu ofertowego oraz w specyfikacjach technicznych w części ogólnej oraz cena ta musi stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów a przy tym elementów składowych ceny jednostkowej danej pozycji nie można przenosić do innych pozycji elementów rozliczeniowych kosztorysu ofertowego.

Charakter wynagrodzenia za realizację niniejszego zamówienia, zgodnie z projektem umowy załączonym do SIWZ, jest jednocześnie kosztorysowy.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający - jako bardzo doświadczony inwestor, odpowiedzialny za realizację wielomilionowych inwestycji na terenie całego województwa wielkopolskiego - w każdym przypadku, gdy dochodzi do sytuacji, w której zaoferowana przez wykonawców cena jednostkowa nie uwzględnia wszystkich kosztów wymienionych w stosownej podstawie płatności lub zachodzi taka obawa, winien minimum wezwać do szczegółowego wyjaśnienia sposobu jej obliczenia, a w przypadkach skrajnych (np. nie wypełnienia danej jednostki kosztorysu) odrzucić daną ofertę wykonawcy.

Odnosząc powyższe argumenty do treści ofert wykonawców STRABAG oraz COLAS Odwołujący podnosi następującego kwestie (przy czym wyjaśnia też, że Część II niniejszego zamówienia podzielona jest przez Zamawiającego na dwa odcinki robocze - I oraz II, na które Zamawiający podzielił także odpowiednio kosztorys ofertowy - TER czyli Tabelę Elementów Rozliczeniowych):

A. W ocenie Odwołującego w pozycjach 38-40 kosztorysu A1. Roboty drogowe odc. I oraz w pozycjach 53 do 57 Kosztorysu A2. Roboty drogowe ode.2 dotyczących montażu rur osłonowych dwudzielnych na istniejących sieciach wodociągowych wykonawca STRABAG nie uwzględnił wszystkich kosztów wykonania zakresu prac w nich opisanych, w szczególności nie uwzględnione są w nich nawet koszty zakupu samego materiału. Zgodnie bowiem ze szczegółowymi zapisami specyfikacji technicznej D.01.03.05 - PRZEBUDOWA SIECI WODOCIĄGOWYCH - oraz projektu wykonawczego do wykonania ww. pozycji należy zastosować rury stalowe ocynkowane, dwudzielne (ST: pkt. 2. Materiały, ppkt. 2.2. Rury przewodowe SST oraz pkt. 2.2.1. Rury projektu wykonawczego).

Odwołujący podnosił, że jedynym producentem na rynku polskim takich rur jest firma INTEGRA M., Z. Sp. J. z Gliwic. Wykonawca STRABAG zaś nie zaoferował Zamawiającemu materiału równoważnego, do w/w materiału referencyjnego wskazanego w dokumentacji, co oznacza, iż Wykonawca STRABAG winien był wycenić rury firmy INTEGRA.

Zgodnie z załączoną ofertą firmy INTEGRA (załącznik nr 4 do niniejszego odwołania) oraz poniższym porównaniem STRABAG nie uwzględnił w wycenie niniejszych pozycji nawet ceny samego materiału.

Do porównania przyjęto ceny rur najtańszych, dwumetrowych z oferty tej firmy. Z poniższego zestawienia wynika, iż w wycenie firmy Strabag Sp. z o.o. pozycji na kwotę ogółem 99.875 zł nie zawarto wartości rur osłonowych na kwotę 144.100 zł.

W pozycjach wg zestawienia należało wycenić ponadto zakup i montaż płóz, wykonanie uszczelnienia końcówek rur przy użyciu manszet lub łańcuchów. W ramach poniższych pozycji należało również wycenić wykonanie wykopu na głębokość ok 2 metrów celem odkrycia istniejącego wodociągu, wykonanie szalowania wykopu, montaż rur

osłonowych oraz zasypanie z zagęszczeniem wcześniej wykonanego wykopu. Sieć wodociągowa na której należy zamontować rury osłonowe jest umiejscowiona pod drogą i aby wykonać powyższe roboty należy wykonać tymczasowe oznakowanie drogi.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający bardzo szczegółowo określił jakie są podstawy płatności (w związku z tym i obowiązkowej wyceny przez wykonawców) za poszczególne elementy planowane do wykonania, zgodnie z pkt. 9 w/w specyfikacji:

„9. Podstawa płatności.

9.1. Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności

Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności podano w STWiORB D-M-00.00.00

„Wymagania ogólne” pkt 9.

SPECYFIKACJA TECHNICZNA WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH DOI.
03.05.

9.2. Cena jednostki obmiarowej

Ceny jednostkowe przebudowy sieci wodociągowych obejmują:

- roboty przygotowawcze,
- zakup i dostarczenie materiałów,
- wytyczenie obiektu, prace pomiarowe w czasie budowy,
- uzgodnienia organizacji robót i nadzór użytkowników,
- wykonanie wykopów,
- wykonanie i umocnienie ścian wykopu,
- odwodnienie wykopu,
- przygotowanie podłoża,
- ułożenie rurociągów wodociągowych,
- włączenia projektowanych odcinków wodociągu do istniejącej sieci,
- wykonanie rur ochronnych dwudzielnych,
- wykonanie bloków oporowych,
- wykonanie próby szczelności,
- wykonanie płukania i dezynfekcji,
- umartwienie ode. sieci wodociąg, wyłączonej z eksploatacji,
- zasypanie wykopu wraz z zagęszczeniem gruntu,
- rozebranie i odtworzenie nawierzchni utwardzonej,
- demontaż istn. wodociągów,
- odwiezienie nadmiaru ziemi,
- pomiary i badania,
- wykonanie geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej."

Odwołujący wskazywał, iż oferta STRABAG znacząco odbiega w wycenie ww. pozycji od pozostałych wykonawców, którzy złożyli ofertę w ramach niniejszego postępowania co zostało uwidocznione w załączniku nr 1 do niniejszego odwołania.

Wartość robót wg powyższego porównania w stosunku do drugiej oferty COLAS wynosi jedynie 58%, a od średniej ceny wszystkich ofert jedynie 41 %.

B. W ocenie Odwołującego w pozycji 74 kosztorysu A1. Roboty drogowe odc. I oraz w pozycji 99 Kosztorysu A2. Roboty drogowe odc.2 ułożenie przepustów rurowych z PEHD o średnicy 80cm wykonawca COLAS nie uwzględnił wszystkich kosztów wykonania wymienionych w odnośnej specyfikacji technicznej dot. podstaw płatności.

Zgodnie bowiem ze szczegółowymi zapisami specyfikacji technicznej D.06.02.01 - PRZEPUSTY - RURY PEHD należy zastosować:

„2.1. Rury średnicy 50 cm, 60 cm, 80 cm, 100cm wykonane z polietylenu o wysokiej gęstości w standardzie rur PEHD, które powinny spełniać wymagania aktualnej aprobaty technicznej Instytutu Badawczego Dróg i Mostów w Warszawie”

Do wykonania ww. pozycji należy zastosować rury PEHD dn 800.

Na podstawie załączonych ofert kilku producentów tego typu materiału (Załącznik nr 5

- zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), już po pobieżnej ich analizie należy stwierdzić, że cena najtańszej obecnej na rynku rury dn 800 (bez złączy) jest równa niemalże cenie wykonania pozycji w ofercie wykonawcy COLAS.

W podstawie płatności dla wyżej wymienionych pozycji oprócz dostawy rury wchodzi także następujące elementy robót:

„9.2. Cena jednostki obmiarowej

Ogólne wymagania dotyczące płatności podano w STWiORD D-M.00.00.00. "Wymagania ogólne".

Płatność za 1 m wykonanego przepustu należy przyjmować zgodnie z Dokumentacją Projektową, obmiarem robót, oceną jakości użytych wyrobów i jakości wykonywania robót na podstawie wyników pomiarów i badań.

Cena wykonania robót obejmuje:

- wykonanie robót przygotowawczych i pomiarowych,
- oznakowanie robót,
- wykonanie wykopu pod przepust z odwiezieniem nadmiaru gruntu w nasyp,
- zakup i dostarczenie wyrobów,
- wykonanie ławy z zagęszczeniem,
- ułożenie rur z wykonaniem wodoszczelnych połączeń,
- wykonanie zasypki przepustu wraz z zagęszczeniem,
- wypełnienie otworów rur masą zalewową,

- wykonanie niezbędnych pomiarów i badań,
- uporządkowanie miejsca prowadzonych robót."

W/w koszty wg Odwołującego nie zostały uwzględnione w cenie jednostkowej pozycji.

Odwołujący podnosi także, iż oferta wykonawcy COLAS jest znacząco zaniżona w wycenie ww. pozycji od pozostałych konkurentów, co zostało uwidocznione w załączniku nr 2 do niniejszego odwołania.

Wartość robót wg załączonego porównania w stosunku do drugiej oferty wynosi aż o 86 %, a od średniej ceny wszystkich ofert aż o 56 %.

C. W ocenie Odwołującego wykonawcy COLAS i STRABAG nie uwzględnili także wszystkich kosztów zrealizowania:

- pozycji nr 60 w TER A-I. ROBOTY DROGOWE ODC. I Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185 Obrzycko - Szamotuły od km 0+000 +7+519,50 (km istn. 4+273,00 + 11+792,50)
- oraz pozycji nr 87 w TER A-2. ROBOTY DROGOWE ODC. II Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185 Obrzycko - Szamotuły od km 7+519,50 +10+252,80 (km istn. 11+792,50 + 14+525,80).

Obie pozycje dotyczą wykonania warstwy wyrównawczej z betonu asfaltowego AC 16 W, grubości śr. 5 cm (dalej jako „mieszanka" albo „MMA") i zostały wycenione przez obu w/w wykonawców na kwotę jedynie 88,00 złotych netto za 1 Mg MMA.

Pozycje dotyczące wykonania warstwy wyrównawczej opisane są w STWiORB D04.08.01, która jako podstawę płatności określa: prace pomiarowe i przygotowawcze,

- oznakowanie robót,
- zakup i dostarczenie wyrobów i materiałów,
- zakup i dostarczenie wszystkich niezbędnych składników produkcji,
- wytworzenie mieszanki na podstawie zatwierdzonej przez Inżyniera receptury laboratoryjnej,
- dostarczenie mieszanki do miejsca wbudowania,
- posmarowanie gorącym bitumem krawężników i urządzeń obcych,
- mechaniczne rozłożenie mieszanki zgodnie z zaprojektowaną grubością, niweletą i spadkami poprzecznymi, zagęszczenie, obcięcie i posmarowanie krawędzi,
- przeprowadzenie niezbędnych badań laboratoryjnych i pomiarów wymaganych w STWiORB.
- koszt odpadów i ubytków materiałowych,
- uporządkowanie terenu robót."

Zakup i dostarczenie wszystkich niezbędnych składników produkcji mieszanki. Niezbędne składniki do wytworzenia mieszanki bitumicznej to: kruszywo, wypełniacz, asfalt oraz środek adhezyjny.

Odwołujący w odwołaniu przedstawiał, i zastrzegał jako tajemnicę przedsiębiorstwa, aktualną na dzień złożenia oferty kalkulację kosztów związanych z zakupem, transportem i rozładunkiem niezbędnych składników mieszanki.

Następnie wskazywał, że Zamawiający określił dokładnie w dokumentacji technicznej rodzaj asfaltu, jaki ma zostać użyty do produkcji mieszanki AC16W na warstwę wyrównawczą. Zgodnie z STWiORB D 04.08.01 pkt 2.6.1 tablica I i pkt 5.3 b) ma być to asfalt 25/55-60 modyfikowany polimerami.

Do powyższej kalkulacji przyjęto najniższą cenę asfaltu z okresu 01.01.2016 - 20.06.2016. Cena ta, jak wynika z poniższego wykresu, wynosiła 1030 PLN/Mg asfaltu loco WMB i obowiązywała w okresie od 11.04.2016 - 25.04.2016. W przeddzień cena wynosiła 1170 PLN/Mg.

Odwołujący podkreślał, że nie było możliwości rynkowego zabezpieczenia ceny stałej dla asfaltu 25/55-60 na rok 2016 w cenie niższej niż 1240 PLN/Mg, co wykazane zostało poniżej.

Koszt wytworzenia mieszanki.

Koszty związane z wytworzeniem mieszanki możemy podzielić na koszty zmienne (występujące podczas produkcji) i koszty stałe związane z funkcjonowaniem wytwórni mas bitumicznych.

Do kosztów zmiennych zaliczyć należy:

- koszty energii elektrycznej potrzebnej do pracy podzespołów WMB; średni koszt do 1 tony wynosi 1,8 PLN
- koszt paliwa do ładowarki dostarczającej kruszywo z zasieków do dozatorów; średni koszt do 1 tony wynosi 0,5 PLN (średnie zużycie - 0,13 litra/1 tonę)
- koszt paliwa do suszarki - pył węglowy;

Średnie zużycie - 12,5 kg/ 1 tonę MMA

Cena pyłu - 104 Euro/Mg x 4,15 PLN/Euro = 431,6 PLN/Mg

Koszt do 1 tony MMA = 5,4 PLN

- utylizacja pyłów z produkcji; koszt do 1 tony wynosi 0,55 PLN Razem koszty zmienne = 8,25 PLN/ Mg MMA

Do kosztów stałych zaliczyć należy:

- koszty osobowe związane z obsługą WMB
- narzędzia, środki ochrony Indywidualnej
- naprawy i remonty

Średni koszt stały = 4,12/Mg MMA

Razem koszty wyprodukowania 1 tony MMA:

- koszty materiałów: 74,80 PLN
- koszty zmienne wytworzenia: 8,25 PLN

- koszty stałe wytworzenia: 4,12 PLN RAZEM: 87,17 PLN

Dostarczenie mieszanki do miejsca wbudowania.

Do kosztów dowiezienia MMA w miejsce wbudowania zaliczyć należy, koszty stałe przewoźnika (amortyzacja, leasing), koszty osobowe (kierowca), oraz koszty paliwa (nawet bez założenia wliczania dodatkowych kosztów związanych z posiadaniem biura, warsztatu, księgowej, ubezpieczenia, itp).

Złożenia do kalkulacji:

- Amortyzacja, leasing koszt na dzień:

-Stawka kierowcy:

-Ilość godzin pracy:

-Odległość transportowa:

- Ilość kilometrów na kurs:

= 0,84)

-Średnie spalanie aut dostawczych:

-Średni koszt paliwa:

-Stawka za km:

- Maksymalna ilość ton na kurs: 25 T -Ilość kursów w ciągu dnia średnio: 3

Przy czym odległość transportowa została przyjęta z wytwórni wykonawcy COLAS do środka odcinka robót.

Koszty jednego dnia pracy:

-Średni koszt amortyzacji, leasingu:

-Średnie koszty osobowe:

- Średnie koszt paliwa:

Razem:

Przychód za jeden dzień pracy:

-Ilość kursów: 3

-Stawka za kurs: 252 PLN

Razem: 756 PLN

Przewoźnikowi pozostaje po odjęciu kosztów $92,11 \text{ PLN} - 252 \text{ PLN} / 25 \text{ T} = 10,08 \text{ PLN} / \text{Mg}$

Koszt dostarczenia jednej tony MMA w miejsce wbudowania to więc 10,08 PLN.

Wbudowanie MMA

Do kosztów wbudowania MMA zaliczyć należy, koszty osobowe, koszty sprzętu z paliwem (Odwołujący nie ujął w swoim wyliczeniu kosztów związanych z nadzorem, sprzętem drobnym, transportem, ubiorem, środkami BHP, wyżywieniem, narzędziami drobnymi brygady, itp.)

-Koszty osobowe:

Założenia:

-średnia stawka pracownika: 15 PLN/h (netto)

-Ilość pracowników w brygadzie: 8 -Ilość godzin pracy na dzień: 10 h -Ilość ton na dzień: 1000 Mg

Koszt pracy brygady wg założeń wynosi 1476 PLN $1476 \text{ PLN} / 1000 \text{ Mg} = 1,48 \text{ PLN} / \text{Mg}$

Koszty osobowe do rozłożonej tony MMA kształtują się na poziomie 1,48 PLN -Koszt sprzętu wraz z paliwem

Odwołujący przy wyliczeniu bazuje na kosztach sprzętu, który jest nawet na wyposażeniu własnym wykonawcy. Z doświadczenia jednak podnosi, iż wykonawcy posiadają zbliżone koszty posiadanego sprzętu, a wynajem z zewnętrznych firm świadczących takie usługi jest porównywalny kosztowo lub wyższy, ponieważ wyliczony jak wyżej nie uwzględnia kosztów ogólnych i zysku.

Założenia:

-Ilość godzin pracy: 8h

-Zużycie paliwa - rozścielacz:12 l/h

-Zużycie paliwa - walec: 7 l/h

-Cena paliwa: 3,8 PLN/l

-Koszt rozścielacza: 1191 PLN/h

-Koszt walca: 480 PLN / h

-Wydajność dzienna: 1000 Mg

Wbudowanie - koszt sprzętu i paliwa na dzień

Rozścielacz 1 191,00 zł

Walce 2 szt. 960,00 zł

Ilość godzin pracy 8,00

Koszty paliwa 790,40 zł

2 941,40 zł

$2941 \text{ PLN} / 1000 \text{ Mg} = 2,94 \text{ PLN} / \text{Mg}$

Koszt sprzętu z paliwem do wbudowanej tony MMA wynosi 2,94 PLN

Koszt wbudowanej tony MMA

Materiały wsadowe 74,80 zł

Koszty zmienne 8,25 zł

Koszty stałe 4,12 zł

SUMA 87,17 zł

Koszty osobowe 1,48 zł

Transport 10,08 zł

Sprzęt 2,94 zł

SUMA 14,50 zł

SUMA Kosztów 101,67 zł
Zysk 2% 2,03
Koszt Mg MMA 103,70 zł

Biorąc pod uwagę powyższe przykładowe, ale oparte na rynkowych cenach wyliczenia, w ocenie Odwołującego wykonanie warstwy wyrównawczej w cenie 88,00 PLN/Mg przy zachowaniu wymogów SIWZ i STWiORB nie jest możliwe.

Wracając więc do argumentacji dot. sposobu obliczenia ceny w niniejszym postępowaniu, uprawniony staje się zarzut, że nie wycenienie wszystkich kosztów wykonania danej pozycji kosztorysu ewentualnie też przeniesienie wartości cen jednostkowych miało istotne znaczenie z punktu widzenia całości oferty wykonawców COLAS i STRABAG. W efekcie, takie działanie premiuje tych wykonawców kosztem Odwołującego, stawiając ich w pozycji lepszej, bowiem to właśnie wykonawcy STRABAG Zamawiający postanowił udzielić zamówienia a ofertę wykonawcy COLAS nie odrzucił, nie poprzedzając tych czynności i zaniechań żadnymi wezwaniami do wyjaśnień.

W związku z tym należy w tym miejscu powtórzyć za wyrokiem KIO 791/13, że: „Czytelna jest intencja zamawiającego, aby zarówno każda pozycja kosztorysu jak i całość prac składających się na przedmiot zamówienia została wyceniona i aby cena ta była realna. Nie można obowiązku prawidłowego wypełnienia kosztorysu ofertowego sprowadzać wyłącznie do wymagania o charakterze formalnym. Ujęcie w kosztorysach ofertowych wymaganego zakresu prac oraz ich prawidłowa wycena pozwala zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert na porównanie ofert konkurujących wykonawców z zachowaniem zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 P.z.p. Natomiast w toku wykonywania prac prawidłowa wycena umożliwia zapłatę wykonawcy za prace, które rzeczywiście zostały wykonane.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 791/13).

Z kolei dla przykładu w innym wyroku Izba orzekła, że „Zgodnie z postanowieniami specyfikacji, ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia (Część IV, pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna być zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. W warunkach przedmiotowego postępowania nieuzasadnione jest stanowisko odwołującego, iż zamawiający nie zobowiązał wykonawców do przyporządkowania poszczególnym cenom jednostkowym odpowiadających im faktycznych kosztów i zysku. Obowiązek ten wynika z przywołanego powyżej postanowienia Części IV pkt 5 specyfikacji. Co więcej, formułowanie przez zamawiającego wymagania, aby cena była realna jest zbędne - obowiązek wykonawcy w tym zakresie nie budzi wątpliwości. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że analizowanie

zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt KIO 1844/14).

Zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego ofert wykonawców COLAS oraz STRABAG traktować trzeba w obliczu w/w uzasadnienia jako naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na marginesie Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w prowadzonych obecnie postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych odrzucił oferty wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) w zw. z w/w zapisem 13.1. SIWZ (za niewpisanie w pozycjach kosztorysów ofertowych - TER - zaoferowanych kwot) co Odwołujący traktuje na równi z nie uwzględnieniem wszystkich kosztów wymienionych w podstawie płatności określonych w odpowiednich ST przypisanej danej pozycji TER (Kosztorysu ofertowego) oraz w ST Wymagania Ogólne i nie stanowi sumy wszystkich planowanych do poniesienia kosztów oraz zakazem przenoszenia elementów składowych danej pozycji do innych pozycji elementów rozliczeniowych (Kosztorysu ofertowego).

W związku z powyższym Odwołujący wskazuje, że przywołane wyżej okoliczności faktyczne oraz prawne stanowią nie tylko zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) (niezgodność treści oferty z treścią SIWZ poprzez nie uwzględnienie w treści ofert w/w wykonawców pkt. 13 SIWZ) ale także jak wynika z dotychczasowych działań Zamawiającego stanowi także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6) (błąd w obliczeniu ceny).

II. Czyn nieuczciwej konkurencji

Należy wskazać także, iż składając ofertę wykonawcy COLAS i STRABAG nie tylko postąpili niezgodnie z SIWZ oraz, że ich oferty zawierają błędy w obliczeniu ceny ale dopuścili się jednocześnie czynu nieuczciwej konkurencji na co wskazuje sposób wyceny cen jednostkowych, co Odwołujący wykaże poniżej.

Zgodnie bowiem z dyspozycją bezwzględnie obowiązującego art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. poz. 153 Nr 1503 ze zm.) - dalej jako „Ustawy uznk” - czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Niewątpliwie stwierdzić należy, że brak wyceny wszystkich kosztów w danej pozycji kosztorysu oraz ewentualne „przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes

zamawiającego" (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt KIO 1844/14).

Z kolei art. 15. 1 Ustawy uzna stanowi, że 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.

Wszystkie wyżej opisane działania STRABAG i COLAS w ocenie Odwołującego wyczerpują znamiona czyny nieuczciwej konkurencji.

Kolejnym i to w ocenie Odwołującego najistotniejszym przejawem czyny nieuczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu jest sposób obliczenia cen przez obu w/w wykonawców tj. firm STRABAG oraz COLAS, który wskazuje na uzgodnienie cen w niniejszym postępowaniu przez obu wykonawców.

Odwołujący zwraca uwagę, że niniejsze zamówienie podzielone jest na dwie części, co w niniejszym stanie faktycznym jest okolicznością niezmiernie ważną.

„Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185:

CZĘŚĆ 1. „Piotrowo - Zielonagóra - etap II,

CZĘŚĆ 2. „Obrzycko - Szamotuły”

Odwołujący podkreślał, że w części 1 Zamawiający wybrał ofertę COLAS, przy czym ofertę z drugą ceną oraz pozostałym kryterium wyboru oceny ofert złożył STRABAG, natomiast na Część 2 Zamawiający dokonał wyboru ofert STRABAG, przy czym ofertę z drugą ceną oraz pozostałym kryterium wyboru oceny ofert złożył COLAS.

Co, w ocenie Odwołującego, istotne w niniejszym postępowaniu obaj w/w wykonawcy wycenili na tą samą kwotę (88 złotych) pozycje:

- nr 60 w TER A-I. ROBOTY DROGOWE ODC. I Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185 Obrzycko - Szamotuły od km 0+000 -1-7+519,50 (km istn. 4+273,00 + 11+792,50)
 - pozycje nr 87 w TER A-2. ROBOTY DROGOWE ODC. II Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185 Obrzycko - Szamotuły od km 7+519,50 +10+252,80 (km Istn. 11+792,50 + 14+525,80)
- polegającej na wykonaniu warstwy wyrównawczej z betonu asfaltowego AC 16 W, grubości śr. 5cm.

Okolicznością budzącą wątpliwości Odwołującego jest nie tylko identyczna cena tych pozycji, ale także fakt, co zostało wskazane powyżej, że za cenę tą nie jest możliwe wykonanie warstwy wyrównawczej z betonu asfaltowego AC 16 Odwołujący ponownie podkreśla, że nie było możliwości rynkowego zabezpieczenia ceny stałej dla asfaltu 25/55-60 na rok 2016 w cenie niższej niż 1240 PLN/Mg

Dodatkowo w/w wykonawcy wycenili w ten sam sposób kwoty pozycji:

- numery od 1 do 54 w TER B-I. INFRASTRUKTURA TOWARZYSZĄCA ODC. I Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185 Obrzycko - Szamotuły od km 0+000 +7+519,50 (km istn. 4+273,00 + 11+792,50)
- numery od 1 do 62 w TER B-2. INFRASTRUKTURA TOWARZYSZĄCA ODC. II Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185 Obrzycko - Szamotuły od km 7+519,50 + 10+252,80 (km istn. 11+792,50 + 14+525,80)
- numery od 28 do 34 w TER A-I. ROBOTY DROGOWE ODC. I Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185 Obrzycko - Szamotuły od km 0+000 +7+519,50 (km Istn. 4+273,00 + 11+792,50)
- numery od 80 do 84 w TER A-I. ROBOTY DROGOWE ODC. I Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185 Obrzycko - Szamotuły od km 0+000 +7+519,50 (km istn. 4+273,00 + 11 + 792,50)
- numery od 28 do 46a w TER A-2. ROBOTY DROGOWE ODC. II Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185 Obrzycko - Szamotuły od km 7+519,50 +10+252,80 (km istn. 11 + 792,50 + 14+525,80)
- numery od 104 do 107 w TER A-2. ROBOTY DROGOWE ODC. II Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185 Obrzycko - Szamotuły od km 7+519,50 + 10+252,80 (km istn. 11+792,50 + 14+525,80)

- wszędzie w ten sposób, że każda z pozycji kosztorysu ofertowego (opowiadającym w swoich zakresach robotom związanym z: przebudową kablowych i napowietrznych linii telekomunikacyjnych, przebudową kablowych i napowietrznych linii elektroenergetycznych oraz oznakowania pionowego i słupków prowadzących, kilometrowych i hektometrowych) wykonawcy STRABAG w stosunku do każdej pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy COLAS jest w każdym przypadku dokładnie większa o 27% w przypadku przebudowy linii telekomunikacyjnych i elektroenergetycznych oraz o 14% w przypadku oznakowania pionowego i słupków.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazuje, że wskazani powyżej wykonawcy wycenili w ten sam sposób także kwoty związane z realizacją robót polegających na wykonaniu podbudowy z betonu asfaltowego tj. kwoty pozycji:

- numery od 55 do 59 w TER A-I. ROBOTY DROGOWE ODC. I Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 185 Obrzycko - Szamotuły od km 0+000 +7+519,50 (km istn. 4+273,00 + 11+792,50)
- gdzie wykonawca COLAS zaoferował za każdy 1 cm grubości wykonania podbudowy opisanej w w/w pozycjach dokładnie kwotę 3,43 złotych / 1 cm (cena jednostkowa z kosztorysu podzielona przez odpowiednią w danej pozycji grubość podbudowy wskazaną w centymetrach):

W porównaniu do oferty COLAS wykonawca STRABAG zaoferował średnio za każdy 1 cm grubości wykonania podbudowy opisanej w pozycjach wskazanych w odwołaniu dokładnie prawie tą samą kwotę 3/44 złotych (wyższą jedynie o 1 grosz).

W ocenie Odwołującego STRABAG dokonał jednak stosownych działań arytmetycznych aby to ukryć bowiem, aby to stwierdzić należy przeprowadzić działanie jak w przypadku oferty COLAS (czyli podzielić ceną jednostkową przez odpowiednią w danej pozycji grubość podbudowy wskazaną w centymetrach) a następnie zsumować wszystkie ceny za 1 cm podbudów w pozycjach od 55 do 59 kosztorysu a następnie podzielić przez całkowitą liczbę pozycji dotyczących tego zakresu robót tj. 5 (tj. poz. od 55 do 59 kosztorysu):

Wykonawca COLAS zaoferował za każdy 1 cm grubości wykonania podbudowy opisanej w w/w pozycjach także dokładnie kwotę 3,43 złotych (cena jednostkowa z kosztorysu podzielona przez odpowiednią w danej pozycji grubość podbudowy wskazaną w centymetrach) natomiast odpowiednio dokonane obliczenia jak wyżej z ode. I tej części zamówienia dają w zaokrągleniu bardzo podobną średnią cenę za wykonanie 1 cm podbudów w ofercie STRABAG tj. kwotę 3,32.

Wskazane wyżej wyliczenia zostały uwidocznione przez Odwołującego w tabelarycznym zestawieniu stanowiącym Załącznik nr 3 do niniejszego odwołania.

W ocenie Odwołującego wyżej wymienione przykłady budowania ceny oferty oraz okoliczności ich złożenia dają podstawę do powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości w zakresie wystąpienia w niniejszym postępowaniu czynu nieuczciwej konkurencji polegającej na tzw. zmowie przetargowej, określonej w art. 6 ust. 1 pkt 7 Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. Nr 184 ze zm.- dalej jako u.o.k.k).

Zgodnie z tym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Celem umowy przetargowej jest doprowadzenie do udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy. Działanie takie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust. 1 Ustawy uznk.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 5 u.o.k.k. pod pojęciem „porozumienia” należy rozumieć nie tylko umowy zawierane między przedsiębiorcami, ale wszelkie uzgodnienia w tym zakresie dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Zawarcie porozumienia, w którym wykonawcy uzgadniają warunki składanych ofert, wyczerpuje pojęcie umowy przetargowej, jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

art. 3 ust. 1 ust. 1 Ustawy uznk. Nie ulega wątpliwości, że czyn taki zagraża i narusza interesy wszystkich innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego z uwagi na skomplikowany charakter niniejszego zamówienia, wymagającego profesjonalnego przygotowania oraz wysiłku w przygotowaniu rzetelnej i bardzo profesjonalnej oferty na realizację niniejszej inwestycji należy z całą stanowczością przypuszczać, iż wyżej wymienieni wykonawcy porozumieli się w zakresie wyceny części przedmiotu zamówienia. Niewykluczone jest bowiem, że także inne pozycje ich kosztorysów ofertowych, które mogły umknąć uwadze Odwołującego, ustalone są wspólnie tak, aby osiągnąć z góry zamierzony efekt w postaci np. późniejszej zgodnej współpracy w zakresie realizacji niniejszej inwestycji.

Odwołujący powoływał się na pogląd wyrażony przez KIO w Wyroku z dnia 20 marca 2015 r. (sygn. akt. KIO 426/15), iż „z uwagi na trudności w udowodnieniu zmowy przetargowej przy orzekaniu w przedmiocie takiej zmowy dopuszczalne wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Fakt zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców można wywnioskować z istnienia innych, udowodnionych faktów. Podstawa faktyczna domniemania zmowy przetargowej musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Jednocześnie podkreśla się, że nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu zmowy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności. [...] Zmowa przetargowa jest jednym z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji i o ile nie sposób wymagać od wykonawcy dowodów bezpośrednich na fakt zaistnienia zmowy to jednak dowody poszlakowe muszą być na tyle silne, by dawały podstawę tylko do tego jednego wniosku. Odwołujący stoi na stanowisku, że opisane wyżej fakty wskazujące na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji mają w tym postępowaniu charakter wymierny - tj. wynikają wprost ze nieprzypadkowych stawek kosztorysów ofertowych, są więc jako obiektywne - zgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

III. Rażąco niska cena

Okoliczności faktyczne wskazane powyżej w niniejszym odwołaniu upoważniają także Odwołującego do postawienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez nie zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawców COLAS i STRABAG o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ich ofert mających wpływ na wysokość ceny a w konsekwencji uznanie, że ceny Ich ofert nie są cenami rażąco niskimi.

Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 37 654 502,09 złotych brutto (Odwołujący na dzień złożenia niniejszego odwołania nie dysponuje wartością zamówienia określoną przez Zamawiającego na podstawie art. 32 Ustawy).

W kontekście powyższego, Odwołujący zauważał, że zarówno oferta złożona przez wykonawcę COLAS jak i STRABAG odbiegała od kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na realizację zadania o ponad 13 mln zł czyli o około 35%.

Dwie pierwsze oferty złożone w niniejszym postępowaniu względem oferty Odwołującego były niższe aż o ponad 4 mln złotych brutto tj. o 14-15%.

Mimo znacznych różnic pomiędzy ceną oferty Odwołującego, kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia oraz cenami pozostałych ofert, Zamawiający, mimo także obowiązującej od 22 grudnia 2015 roku znowelizowanej treści art. 90 ust. 1 Ustawy, zaniechał wezwania wykonawców do złożenia szczegółowych wyjaśnień w celu zbadania, czy ich oferty nie zawierają ceny rażąco niskiej.

Już samo natomiast zaoferowanie przez wykonawców plasujących się na pierwszych dwóch miejscach pod kątem najniższej ceny ofertowej tak znacznie odbiegającej od budżetu Zamawiającego winno zmusić Zamawiającego do wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 Ustawy. Przypomnieć należy, iż zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym m.in. w Wyroku z dnia 13 września 2010 roku, sygn. akt KIO/1847/10, to ceny zaoferowane w danym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a zatem w tych samych warunkach gospodarczych, charakterystycznych w danym czasie dla rynku danej branży. Identycznie KIO z dnia 02 maja 2011 roku, sygn. akt KIO 832/11. Mówiąc o cenach rynkowych, należy więc mieć na uwadze przede wszystkim to, jak kształtują się ceny w danym postępowaniu. Skoro zaś w niniejszym postępowaniu rozbieżności pomiędzy ceną poszczególnych wykonawców były tak istotne, Zamawiający winien zmierzać do wyjaśnienia tej rozbieżności. Przyjmuje się, że punktem odniesienia dla określenia ceny oferty jest przedmiot zamówienia. Składający ofertę kształtując cenę, co do zasady, kieruje się obiektywnymi kryteriami, wynikającymi ze specyfiki danego przedmiotu. Przy czym „określona przez niego musi być realistyczna i wiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 roku, sygn. akt XIX Ga 128/08). Dlatego też, dysproporcja pomiędzy cenami kolejnych ofert winna skłonić Zamawiającego do wdrożenia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Ustawy. Zamawiający dokonując oceny czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinien brać pod uwagę całokształt zaistniałych okoliczności, w tym znanych Zamawiającemu cen rynkowych czy stałych, urzędowych stawek m.in. za zajęcie pasa drogowego. Dlatego też, zdaniem Odwołującego, znacząca różnica ceny oferty w/w wykonawców w odniesieniu do średniej ceny ofert, jak i ceny szacunkowej określonej przez samego Zamawiającego, a także duża różnica, jaka zachodzi pomiędzy ceną złożoną przez Odwołującego, powinna wzbudzić wątpliwości, czy cena Wykonawcy pokryje wydatki

związane z realizacją zamówienia, czy jest skalkulowana należycie, zwłaszcza gdy poważne wątpliwości budzi także - wobec cen jednostkowych oferowanych za wskazane wyżej prace przez innych wykonawców. Niewątpliwie bowiem dopuszczalne, a wręcz wskazane, jest badanie przez Zamawiającego cen jednostkowych w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. Odwołujący w pełni podziela w tym zakresie poglądy wyrażone w wyrokach KIO z dnia 12 marca 2013 r. o sygn. akt. 437/13 oraz KIO 343/15. W tym pierwszym Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła bowiem uwagę, że „nie sposób założyć, iż w ramach wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. rolą zamawiającego jest samodzielne doszukiwanie się okoliczności mających wykazać, iż zaoferowane przez wykonawcę wynagrodzenie nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. W wyroku zaś z dnia 9 marca 2015 r. sygn. akt. 343/15 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający może badać ceny jednostkowe w zakresie rażąco niskiej ceny, jeżeli wartości te stanowiąc będą samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia oraz oceniane są w sposób odrębny (jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu - przyp. Odwołującego). Zamawiający w ocenie Odwołującego nie zbadał z należytą dokładnością opisanych wyżej cen, ani tym bardziej nie wezwał w/w wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień.

Znaczące fragmenty odwołania zostały określone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa (ani na posiedzeniu, ani na rozprawie nie wnoszono o ich odtajnienie). Odwołujący w odwołaniu wskazywał, że fragmenty oznaczone jako tajemnica jego przedsiębiorstwa zawierają informacje zawarte w zastrzeżonych załącznikach posiadają wartość gospodarczą i zawierają uszczegółowione informacje stanowiące wynik negocjacji z kontrahentami Skanska S.A. Ekonomiczna wartość informacji wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy w odniesieniu do konkretnych kontrahentów, wysokości wynegocjowanych cen, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurencyjnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami. Powyższe informacje nie zostały podane do wiadomości publicznej, a Skanska S.A. zastrzega ich poufność i stosuje procedury zabezpieczające przed dostępem do nich osób trzecich.

W konsekwencji podnoszonych zarzutów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (w Części 2 niniejszego postępowania),
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert a w konsekwencji odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców STRABAG oraz COLAS,
- 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej (w Części 2 niniejszego postępowania).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy COLAS i STRABAG (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy uwzględnić, choć nie wszystkie podniesione w nim zarzuty się potwierdziły.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert COLAS I STRABAG, mimo, że Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia ich w związku z tym, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert COLAS i **STRABAG** mimo że zawierają one błędy w obliczeniu ceny.

Izba oceniając wskazywane w odwołaniu podstawy faktyczne zarzutu zastosowania w ofertach STRABAG i COLAS „inżynierii cenowej”, mającej polegać zdaniem Odwołującego na zabronionym przez SIWZ przerwaniu wyceny części niektórych pozycji kosztorysowych do innych pozycji, nie dopatrzyła się w ofertach STRABAG i COLAS niezgodności z treścią SIWZ, uzasadniającej ich odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Izby Odwołujący opierał swoje wywody zasadniczo na tym, że niektóre pozycje zostały wycenione przez niego na wyższym poziomie, niż pozycje w ofertach STRABAG i COLAS, stąd wnosił, że część wyceny musiała zostać przeniesiona do odrębnych pozycji. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie i prezentowane na rozprawie, że Odwołujący nie wykazał, czemu taka „inżynieria cenowa” miała by służyć, a koszt wykonania warstwy bitumicznej wyceniony globalnie dla celów porównawczych wskazuje, że końcowe porównanie procentowe pozwala

na ustalenie, że oferta STRABAG i SKANSKA w tym zakresie różnią się od kosztorysu inwestorskiego o niecały 1% (wycena zwarta jest na str. 7 odpowiedzi na odwołanie, z czym Odwołujący zasadniczo nie polemizował). Izba nie dopatrzyła się błędów w obliczeniu ceny w ofercie STRABAG i COLAS.

Zarzut naruszenia art. 7 ust 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003.153.1503 j.t) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców **STRABAG** oraz **COLAS**, mimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba stwierdziła, co następuje. Nie ulega wątpliwości, że „Zamawiający ma obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.(...) Porozumienia wykonawców są wymierzone w cel zamówień publicznych, godząc w efektywność systemu zamówień uniemożliwiają wybór oferty, która jest najbardziej korzystna z punktu widzenia interesów zamawiającego, zgodnie z kryteriami oceny ofert²⁷. Konkurencja między samodzielnymi wykonawcami sprzyja wyborowi oferty najkorzystniejszej, gdyż motywuje ich do składania ofert konkurencyjnych cenowo i jakościowo. W przypadku zmowy przetargowej wykonawcy przestają konkurować pomiędzy sobą, co wpływa na wynik postępowania – wybór oferty.” (Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji, M.S., Warszawa, 2015, s. 8).

Przywołany przez Odwołującego art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Praktyka godzi bowiem w cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wybór najkorzystniejszej oferty – przez doprowadzenie do ograniczenia konkurencji. Nie może być wątpliwości, że udowodnienie stosowania zmowy przetargowej jest podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Jednak w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie udowodnił zaistnienia porozumienia między wykonawcami,

które miałyby ograniczyć uczciwą konkurencję, a nie nawet go w ocenie Izby nie uprawdopodobnił.

Izba w tym zakresie całości podzieliła stanowisko Zamawiającego i stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał przesłanek pozwalających na stwierdzenie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przez STRABAG i COLAS. Odwołujący w ocenie Izby przede wszystkim nie wykazał celu i skutku ewentualnego postępowania antykonkurencyjnego. Wykonawcy STRABAG i COLAS złożyli oferty w obu częściach postępowania (przy czym Izba orzeka wyłącznie w granicach odwołania, więc nie badała prawidłowości złożenia ofert w innych częściach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niż w części, w której złożono rozpatrywane odwołanie). W obu częściach były to oferty z dwoma najniższymi cenami. Odwołujący wskazywał na zbieżności pomiędzy niektórymi cenami ofertowymi spośród wielu pozycji kosztorysowych w tychże ofertach. Izba nie dopatrywała się jednak celu, dla którego wykonawcy mieliby takie oferty zbieżne cenowo złożyć. Żaden z wykonawców nie wycofał oferty na rzecz wykonawcy (nieco) droższego, a obie oferty były na podobnym poziomie cenowym.

Ponadto Odwołujący upatrywał czynu nieuczciwej konkurencji w braku wyceny wszystkich kosztów w danej pozycji kosztorysu oraz w ewentualnym „przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia”. Izba nie stwierdziła, jak wcześniej wskazano w uzasadnieniu, przejawów „inżynierii cenowej” w ofertach STRABAG i COLAS.

W konsekwencji Izba zarzut oddaliła.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy poprzez nie zwrócenie się do wykonawców **STRABAG** oraz **COLAS** o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ich ofert mających wpływ na wysokość ceny a w konsekwencji uznanie, że ceny ich ofert nie są cenami rażąco niskimi.

Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyło 7 wykonawców, z cenami od 24 477 677,84 zł (oferta STRABAG) i 24 661 180,72 zł (oferta COLAS) do 30 581 196,57 zł. Zamawiający, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, wartość zamówienia bez podatku VAT oszacował na kwotę 30 613 416,33 zł.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Izba uznała zarzut za uzasadniony. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych Zamawiający powinien odrzucić ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w

porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Jednak zamawiający nie może odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy bez zastosowania uprzednio obligatoryjnej procedury wyjaśniającej, przewidzianej w art. 90 ust. 1 Ustawy. „W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Jako sprzeczne z ustawą należy uznać automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert bez możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. (...) Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców.” (opinia Urzędu Zamówień Publicznych, <https://www.uzp.gov.pl/>). W ocenie składu orzekającego rozbieżności w cenach ofert złożonych w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazują na konieczność zastosowania postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut podniesiony wobec ofert COLAS i STRABAG. Zamawiający błędnie przy ocenie obowiązku zastosowania art. 90 ust. 1 Ustawy odnosił wartość ofert do wartości zamówienia bez podatku VAT – w ocenie Izby cenę brutto oferty należy porównywać z wartością zamówienia brutto, czyli wartością oszacowaną zgodnie z art. 32 ust. 1 Ustawy, doliczając do niej wartość podatku VAT.

Wobec powyższego, w związku ze stwierdzeniem naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, które może mieć wpływ na wynik postępowania, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....