

**Sygn. akt: KIO 1680/13**

**Sygn. akt: KIO 1695/13**

## **WYROK**

**z dnia 22 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

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

**Protokolant:** **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **9 lipca 2013 r.** przez wykonawcę **W..... F.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Zakład Usług Hydrotechniczno - Melioracyjnych W..... F.....**, ul. Sikorskiego 5, 46-040 Ozimek (sygn. KIO 1680/13),
- B. w dniu **11 lipca 2013 r.** przez wykonawcę: **RPM Spółka Akcyjna ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec** (sygn. KIO 1695/13),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Urząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu ul. Katowicka 55, 45-061 Opole**, przy udziale:

- A. wykonawcy: **SKANSKA S.A. ul. Zajęczka nr 9, 01-518 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 1680/13 oraz o sygn. akt 1695/13**, po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**A. 1.** Oddala odwołanie wykonawcy: **W..... F.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W..... F..... ul. Sikorskiego 5, 46-040 Ozimek (sygn. KIO 1680/13)**,

**2.** Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **W..... F.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W..... F....., ul. Sikorskiego 5, 46-040 Ozimek (sygn. KIO 1680/13)**,

**2.1.** zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **W..... F.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W..... F....., ul. Sikorskiego 5, 46-040 Ozimek (sygn. KIO 1680/13)**, tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od: **W..... F.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W..... F....., ul. Sikorskiego 5, 46-040 Ozimek (sygn. KIO 1680/13)**, na rzecz zamawiającego **Wojewódzkiego Urzędu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu ul. Katowicka 55, 45-061 Opole**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

**B. 1.** Oddala odwołanie wykonawcy: **RPM Spółka Akcyjna ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec (sygn. KIO 1695/13)**,

**2.** Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **RPM Spółka Akcyjna ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec (sygn. KIO 1695/13)**,

**2.1.** zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **RPM Spółka Akcyjna ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec (sygn. KIO 1695/13)**, tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od: **RPM Spółka Akcyjna ul. Niegolewskich 7, 42-700 Lubliniec (sygn. KIO 1695/13)**, na rzecz zamawiającego, **Wojewódzkiego Urzędu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu ul. Katowicka 55, 45-061 Opole**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Opolu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1680/13**

**Sygn. akt: KIO 1695/13**

### **Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie robót na zadaniu: Wał przeciwpowodziowy rzeki Odry w km 66+300+77+000 Przewóz - Podlesie - Miejsce Odrzańskie gm. Cisek -1 etap Przewóz w km 0+000+3+500 (km rzeki Odry 71+000-77+000) (ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Numer: 2013/S 051-083361 z 13.03.2013 r. ), zostały wniesione następujące odwołania:

- A. w dniu 9 lipca 2013 r. w formie elektronicznej przez wykonawcę W..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych (sygn. KIO 1680/13), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, tj. 9 lipca 2013 r.
- B. w dniu 11 lipca 2013 r. w formie pisemnej przez wykonawcę: RPM Spółka Akcyjna (sygn. KIO 1695/13), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, tj. 11 lipca 2013 r.

Podstawą wniesienia odwołań było powiadomienie w dniu 1 lipca 2013 r. drogą elektroniczną oraz przez bezpośrednie doręczenie w tym dniu, o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą, zarzucili zamawiającemu Wojewódzkiemu Urzędowi Melioracji i Urzędzeń Wodnych w Opolu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

**Sygn. akt: KIO 1680/13**

Odwołujący W..... F....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych wniósł odwołanie na następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

1. ocenę ofert,
2. wybór oferty SKANSKA S.A. w Warszawie, jako najkorzystniejszej,

3. sklasyfikowanie oferty RPM S.A. w Lublińcu, jako drugiej pod względem punktów,
4. poprawienie omyłek w ofercie SKANSKA S.A.,
5. poprawienie omyłek w ofercie RPM S.A.

Jednocześnie wskazał na następujące zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzucił niezgodność z przepisami ustawy:

6. zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA S.A. lub, jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza uzna, że brak poprawnych dokumentów w ofercie SKANSKA S.A. mógł zostać uzupełniony, oraz że oferta ta nie podlegała odrzuceniu z innych przyczyn – zaniechanie wezwania SKANSKA S.A. do złożenia poprawnych dokumentów,
7. zaniechanie odrzucenia oferty RPM S.A., lub, jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza uzna, że brak poprawnych dokumentów w ofercie RPM S.A. mógł zostać uzupełniony, oraz że oferta ta nie podlegała odrzuceniu z innych przyczyn  
- zaniechanie wezwania RPM S.A. do złożenia poprawnych dokumentów,
8. zaniechanie wyboru oferty odwołującego,
9. zaniechanie ujawnienia (odtajnienia) wyjaśnień SKANSKA S.A w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Ponadto zarzucił niezasadność (przedwczesność) dokonania oceny ofert, albowiem czynność ta została przez zamawiającego podjęta przed upływem terminu na wyrażenie zgody przez wykonawcę w przedmiocie poprawienia przez zamawiającego omyłek w ofercie.

W zakresie wyboru oferty SKANSKA S.A. jako najkorzystniejszej przedstawił zarzut niezasadności tego wyboru, albowiem oferta SKANSKA S.A. winna zostać odrzucona.

W zakresie sklasyfikowania oferty RPM S.A. jako drugiej pod względem uzyskanych punktów przedstawił zarzut niezasadności takiej klasyfikacji, albowiem oferta RPM S.A. winna zostać odrzucona.

W zakresie poprawienia omyłek w ofercie RPM S.A. przedstawił zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 Pzp poprzez poprawienie omyłek, które nie są oczywiste, oraz których poprawienie spowodowało istotne zmiany w treści oferty.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty SKANSKA S.A. przedstawił zarzut:

a) naruszenia art. 89 pkt 1 i 2 Pzp, albowiem przepisy te nakazują odrzucenie oferty, która jest niezgodna z ustawą, i której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: SIWZ), a treść oferty SKANSKA S.A. w zakresie referencji wystawionych rzekomo przez Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie (s. 58 oferty) nie odpowiada SIWZ, która w rozdz. 9 pkt 1 ppkt 2 nakładała na wykonawcę obowiązek przedłożenia dokumentów potwierdzających wykonanie określonych robót, ponieważ dokument w postaci referencji został podpisany przez osobę, która nie

mogła działać w imieniu rzekomego wystawcy - co obok niewypełnienia warunku SIWZ, o którym mowa w jej rozdz. 9 pkt 1 ppkt 2, stanowi niezgodność oferty z ustawą;

b) naruszenia art. 89 pkt 2 Pzp, albowiem przepis ten nakazuje odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a treść oferty SKANSKA S.A. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ: - zawiera referencje wystawione rzekomo przez Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie (s. 58 oferty), w których brak jest wskazania klasy wału przeciwpowodziowego, a w rozdz. 9 pkt 2ppkt 2 SIWZ nałożono na wykonawcę obowiązek wykazania wykonania budowy wału przeciwpowodziowego co najmniej III klasy, - zawiera referencje wystawione przez Koldromost Skanska S.A. Spółka Jawna w Krakowie (s. 57 oferty), w których stwierdza się, że „kontrakt został wykonany w 86%”, a w rozdz. 9 pkt 2 ppkt 2 SIWZ nałożono na wykonawcę obowiązek przedłożenia dokumentów potwierdzających, że wykonywane wcześniej określone roboty zostały prawidłowo ukończone, a zatem w ofercie SKANSKA S.A. brak jest w ogóle poprawnych dokumentów wymaganych przez SIWZ; jeżeli jednak Krajowa Izba Odwoławcza uzna, że brak poprawnych dokumentów referencji w ofercie SKANSKA S.A. mógł zostać uzupełniony, oraz że oferta ta nie podlegała odrzuceniu z innych przyczyn, to zarzucał naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez niewezwanie SKANSKA S.A. do złożenia poprawnych dokumentów;

c) naruszenia art. 89 pkt 4 Pzp, albowiem przepis ten nakazuje odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a oferta SKANSKA S.A. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

d) naruszenia art. 89 pkt 3 Pzp, albowiem przepis ten nakazuje odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a złożenie oferty SKANSKA S.A. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. nr 153, poz. 1503, dalej jako: UZNK);

e) naruszenia art. 89 pkt 6 Pzp, albowiem przepis ten nakazuje odrzucenie oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny, a oferta SKANSKA S. A. zawiera takie błędy, efektem których jest niespójność cen ujętych w kosztorysie uproszczonym z zestawieniem cen materiałów podstawowych.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty RPM S.A. przedstawił zarzut naruszenia:

- art. 89 pkt 2 Pzp, albowiem przepis ten nakazuje odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a treść oferty RPM S.A. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ: - zawiera referencje wystawione przez PBG S.A. w Przeźmierowie (s. 23 oferty), w których brak jest wskazania klasy wału przeciwpowodziowego, a w rozdz. 9 pkt 2 ppkt 2 SIWZ nałożono na

wykonawcę obowiązek wykazania wykonania budowy wału przeciwpowodziowego co najmniej III klasy, a zatem w ofercie RPM S.A. brak jest w ogóle poprawnych dokumentów wymaganych przez SIWZ,

- zawiera kosztorys uproszczony, który nie jest tożsamy z przedmiarem załączonym do SIWZ przez zamawiającego, ponieważ nie zawiera rubryki „Nr specyfikacji technicznej”, a jedynie podstawę wyceny Katalogu Nakładów Rzeczowych, która nie jest tożsama ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru; jeżeli jednak Krajowa Izba Odwoławcza uzna, że brak poprawnych dokumentów referencji i kosztorysu w ofercie RPM S.A. mógł zostać uzupełniony, oraz że oferta ta nie podlegała odrzuceniu z innych przyczyn, to zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez niewezwanie RPM S.A. do złożenia poprawnych dokumentów;

W zakresie zaniechania wyboru oferty odwołującego, przedstawił zarzut niezasadności takiego zaniechania, albowiem obie oferty, które zostały ocenione jako korzystniejsze od złożonej oferty powinny zostać odrzucone, co z kolei winno skutkować wyborem oferty odwołującego.

W zakresie zaniechania ujawnienia (odtajnienia) wyjaśnień SKANSKA S.A. w przedmiocie podejrzenia rażąco niskiej ceny przedstawił zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp, albowiem przepis ten pozwala na nieujawnianie tylko takich informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a odwołujący powziął wątpliwość co do tego, czy zamawiający zbadał szczegółowo treść wyjaśnień SKANSKA S.A. pod kątem tego, czy stanowią one w całości tajemnicę przedsiębiorstwa.

Powołując się na interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przezeń szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty SKANSKA S.A. jako najkorzystniejszej,
3. unieważnienia czynności sklasyfikowania oferty RPM S.A. jako drugiej pod względem uzyskanych punktów,
4. unieważnienia czynności poprawienia omyłek w ofercie SKANSKA S.A.,
5. unieważnienia czynności poprawienia omyłek w ofercie RPM S.A.,
6. wykonania czynności odrzucenia oferty SKANSKA S.A. lub wykonania czynności wezwania SKANSKA S.A. do złożenia poprawnych dokumentów,
7. wykonania czynności odrzucenia oferty RPM S.A. lub wykonania czynności wezwania SKANSKA S.A. do złożenia poprawnych dokumentów,

8. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
9. wykonania czynności ujawnienia wyjaśnień SKANSKA S.A. w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny;

Ponadto, wnosił o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,- zł.

Odwołujący powołał się na interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, gdyż jego oferta nie została odrzucona, a zamawiający sklasyfikował ją na trzeciej pozycji w rankingu ofert, odwołanie niniejsze zmierza zaś do wyeliminowania wszystkich wykonawców zajmujących wyższe pozycje w rankingu niż odwołujący. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia. Może też ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z tytułu wykonania zamówienia. W związku z tym należy uznać, że przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 Pzp jest spełniona.

Podał, iż odwołuje się od czynności oceny ofert, albowiem wynikiem tej oceny było sklasyfikowanie jego oferty dopiero na trzecim miejscu pod względem uzyskanych punktów, co jest niezgodne z przepisami ustawy. Stwierdził, że oferty sklasyfikowane wyżej niż oferta odwołującego są wybrakowane w taki sposób, który uzasadnia konieczność ich odrzucenia. Pomimo zaistnienia przesłanek odrzucenia tychże ofert, zamawiający tego zaniechał.

Niezależnie od wadliwego wyniku oceny ofert, podnosił, że ocena ta została przeprowadzona przedwcześnie. Zawiadomienie o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej po przeprowadzeniu powtórnej czynności oceny ofert datowane jest na dzień 28 czerwca 2013r. (pierwszy raz czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zostały dokonane już 25 czerwca 2013r.). Ta sama data (28 czerwca 2013r.) widnieje na pismach adresowanych do SKANSKA S.A. oraz RPM S.A., gdzie informuje się o poprawieniu ich ofert w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W piśmie skierowanym do RPM S.A. wskazuje się jedynie, że poprawiono oczywistą pomyłkę. Należy zatem uznać, że omyłka poprawiona przez zamawiającego w ofercie RPM S.A. jest inną omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający dokonał wyboru



oferty SKANSKA S.A. jako najkorzystniejszej. W opinii odwołującego czynność ta jest niezgodna z przepisami ustawy, albowiem oferta wykonawcy SKANSKA S.A. podlegała odrzuceniu. Skoro podlegała odrzuceniu, to zamawiający nie miał prawa jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Zamawiający sklasyfikował ofertę RPM S.A. na drugim miejscu pod względem uzyskanych punktów. W opinii odwołującego czynność ta jest niezgodna z przepisami ustawy, albowiem oferta RPM S.A. podlegała odrzuceniu. Skoro podlegała odrzuceniu, to zamawiający nie miał prawa sklasyfikowania jej w rankingu ofert.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 12.07.2013 r. przesłane drogą elektroniczną, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił w formie elektronicznej w dniu 15 lipca 2013 r. wykonawca wybrany SKANSKA S.A. Kopia przystąpienia został przesłana stronom.

Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania, powołując się na interes w popieraniu stanowiska zamawiającego, gdyż rozstrzygnięcie niniejszego postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego, umożliwi SKANSKA S.A. pozyskanie przedmiotowego zamówienia, albowiem jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania, prowadziłoby w ocenie przystępującego do poniesienia szkody, poprzez utratę możliwości zawarcia umowy i osiągnięcia zysku z kontraktu.

Izba postanowiła dopuścić zgłaszającego przystąpienie wykonawcę SKANSKA S.A. do udziału w sprawie, uznając, iż jego interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania w mocy czynności wyboru złożonej oferty, jest niewątpliwy.

Pismem doręczonym dnia 22 lipca 2013 r. zamawiający udzielił odpowiedzi, w której wnosił o oddalenie odwołania z następujących względów.

*„1. Zarzut postawiony w cz. II. 1 Odwołania jest nielogiczny i wewnętrznie sprzeczny. Nie jest bowiem możliwe podjęcie względem jakiegokolwiek oferty, jakiegokolwiek czynności przez Zamawiającego bez uprzedniego merytorycznego zbadania tej oferty. Natomiast Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że ten zbadał ofertę Skanska S.A. merytorycznie, pomimo, że powinien był ją odrzucić bez takiego badania. Odwołujący nie wskazał również, jakie przepisy rzekomo miałyby w ten sposób naruszyć Zamawiający. W związku z powyższym, zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.*

*2. Zarzut postawiony w cz. II.2 Odwołania jest pozbawiony podstaw faktycznych jak i prawnych. Wykonawca konstruując zarzut nie wskazał rzekomo naruszonych przepisów, a*

zatem zarzut ten nie może być uwzględniony. Zamawiający odnosząc się do zarzutów opisanych w części II.6 odwołania, wykazał, że brak było przesłanek do odrzucenia oferty Skanska S.A., zatem wybór tej oferty jako najkorzystniejszej był uzasadniony, a także zgodny z SIWZ i ustawą Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwaną dalej: Pzp.

3. Zarzut postawiony w cz. II.4 Odwołania jest pozbawiony podstaw faktycznych jak i prawnych, gdyż Zamawiający poprawił w ofercie Skanska S.A. omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, czyli oczywistą omyłkę pisarską oraz oczywistą omyłkę rachunkową.

Oczywistość tych omyłek, a zatem możliwość ich poprawienia przez Zamawiającego, nie powinna budzić wątpliwości Odwołującego, gdyż były one łatwo dostrzegalne i w celu ich wykrycia nie trzeba było prowadzić żadnych dodatkowych obliczeń, czy szczegółowego badania oferty Skanska S.A. Dla wykrycia oczywistej omyłki pisarskiej wystarczyło zestawienie treści kosztorysu dodatkowego na roboty związane z przebudową kolidujących odcinków linii napowietrznej eNN i linii kablowej telekomunikacyjnej „T” z treścią kosztorysu ofertowego. Dokonana przez Zamawiającego poprawa tej omyłki zwiększyła wartość kosztorysu ofertowego zaledwie o 2 zł 20 gr. Błąd wykonawcy polegał na błędnym przeniesieniu wartości pomiędzy kosztorysami.

Drugą z poprawionych omyłek, czyli oczywistą omyłką rachunkową, było dwukrotne wliczenie do ceny oferty wartości robót objętych kosztorysem dodatkowym na roboty związane z przebudową kolidujących odcinków linii napowietrznej eNN i linii kablowej telekomunikacyjnej „T”, raz w pozycji 353 kosztorysu ofertowego, a następnie przy przenoszeniu wartości z tego kosztorysu do formularza oferty. Omyłka ta była oczywista, gdyż do jej wykrycia wystarczyło pobieżne porównanie ostatecznej wartości kosztorysu ofertowego z ceną podaną w treści formularza oferty.

Obydwie ww. omyłki były oczywiste, a zatem podlegały poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, na co nie była potrzebna zgoda Skanska S.A. Zatem, zarzut sformułowany w końcowym fragmencie części II. 1 odwołania, odnoszący się do przedwczesności wyboru tej oferty, również nie zasługuje na uwzględnienie.

Poprawienie omyłek nie spowodowało zmiany miejsca, na jakim sklasyfikowana została oferta Skanska S.A., a zatem nie miało najmniejszego wpływu na wynik postępowania.

4. Zarzuty postawione w cz. II.6 Odwołania są pozbawione podstaw faktycznych jak i prawnych.

ad. cz. II.6.a) Odwołania

Zamawiający podnosi, że zarzut Odwołującego został skonstruowany błędnie i z tego względu nie może zostać uwzględniony przez Izbę. Jeżeli bowiem Odwołujący kwestionuje

skuteczność wykazania przez Skanska S.A. spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinien postawić zarzuty z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, czego jednak nie uczynił. Wobec tego, zarzut oparty na art. 89 pkt 1 i 2 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Z ostrożności Zamawiający odniesie się jednak do istoty zarzutu.

Po pierwsze należy podkreślić, że Zamawiający nie żądał w SIWZ, aby referencje były podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji danego podmiotu. Nie sposób zatem twierdzić, że referencje te są niezgodne z SIWZ. Ponadto, w tym miejscu godzi się podkreślić, że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, nie oświadczenie woli, a zatem wystarczające jest, aby podpisała je osoba posiadająca wiedzę w zakresie potwierdzonym w referencjach. Nadto, w praktyce referencje nie zawsze podpisywane są przez osoby uprawnione do reprezentacji danego podmiotu, czego skutkami nigdy nie można obciążać wykonawców, gdyż nie mają oni na to wpływu. Jak wynika ze strony BIP Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie, Pani M..... W..... jest Zastępcą Dyrektora ds. Inwestycji, a do jej obowiązków należy w szczególności nadzór nad realizacją, odbiorem i rozliczeniem robót inwestycyjnych oraz przekazaniem zakończonych robót do eksploatacji. Jest ona zatem najbardziej właściwą osobą do udzielenia takich referencji, w zakresie działania Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie.

Dowód: - wydruk z BIP Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie.

W świetle powyższego brak jest również podstaw do uznania, że Zamawiający powinien wezwać Skanska S.A. do uzupełnienia referencji.

Ad. cz. II.6.b.) Odwołania

Zamawiający podnosi, że zarzut Odwołującego został skonstruowany błędnie i z tego względu nie może zostać uwzględniony przez Izbę. Jeżeli bowiem Odwołujący kwestionuje skuteczność wykazania przez Skanska S.A. spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinien postawić zarzuty z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, czego jednak nie uczynił. Wobec tego, zarzut oparty na art. 89 pkt 2 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Z ostrożności Zamawiający odniesie się jednak do istoty zarzutu.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, „Wykaz wykonanych robót” sporządzony przez Skanska S.A. (zgodnie ze wzorem zawartym w SIWZ), należy odczytywać łącznie z udzielonymi referencjami. Zgodnie z informacjami zawartymi w tym „Wykazie...” wykonany przez Skanska S.A. wał był wałem II klasy, czyli klasy wyższej od wymaganej w SIWZ. SIWZ na narzucał wymogu, aby klasa wału podana była również w

referencjach, a zatem wystarczające było podanie klasy wału w „Wykazie...”. Referencje, jak wynika z SIWZ oraz § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku, poz. 231) - zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, służą jedynie potwierdzeniu należytego wykonania robót (zgodności z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia). Nie muszą natomiast zawierać bezwzględnie wszystkich informacji na temat wykonywanej roboty. Wykonawcy nie odpowiadają za treść udzielonych im referencji, w związku z czym nie można obciążać ich w tym zakresie nadmiernymi obowiązkami. Ponadto, Zamawiający, jako publiczny podmiot zajmujący się gospodarką wodną, melioracjami i urządzeniami wodnymi, posiada dokumentację dotyczącą klasy wałów w całym kraju. W związku z tym, Zamawiający był w stanie stwierdzić, że wał wykonany na zlecenie Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie spełniał wymogi SIWZ.

Odwołujący nie udowodnił również, że wał wykonany przez Skanska S.A. na zlecenie Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie nie spełniał warunków SIWZ. Mając powyższe na względzie, uznać należy, że Zamawiający słusznie uznał te referencje za spełniające wymogi SIWZ, a zatem słusznie uznał, że Skanska S.A. spełnia w tym zakresie warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do kwestionowanych przez Odwołującego referencji wystawionych przez Koldromost Skanska S.A. sp. j. to stwierdzić należy, że dla uznania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wystarczające było przedłożenie jednych prawidłowych referencji, co Skanska S.A. uczyniła przedkładając referencje z Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie.

Nie sposób jednak uznać, że referencje od Koldromost Skanska S.A. nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wystawiający referencje potwierdził bowiem, że roboty zostały wykonane zgodnie z dokumentacją i sztuką budowlaną. Brak jest zatem podstaw do uznania, że wykonanie robót w 86% jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Skanska S.A. Ograniczenie zakresu robót mogło bowiem wynikać z woli inwestora lub ze względów obiektywnych.

W świetle powyższego brak jest również podstaw do uznania, że Zamawiający powinien wezwać Skanska S.A. do uzupełnienia referencji.

ad. cz. II. 6.c) Odwołania

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP (Zamawiający mniema, iż Odwołujący ma na myśli ten artykuł, a nie przywołany w Odwołaniu nieistniejący art. 89 pkt 4 PZP) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA S.A., pomimo iż

*zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, należy uznać, iż podniesiony zarzut jest całkowicie bezzasadny i podlega oddaleniu.*

*Odwołujący podniósł, iż całkowita cena kosztorysowa zaoferowana przez wykonawcę SKANSKA S.A. za wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż odbiega od cen obowiązujących na lokalnym rynku i nie daje obiektywnej możliwości należytej realizacji tego zamówienia oraz osiągnięcia zysku. Kolejno podniósł zarzut, iż cena zaproponowana przez Wykonawcę jest rażąco niska, nie tylko w stosunku do obowiązujących cen rynkowych, ale również do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego.*

*Zamawiający uważa przytoczone zarzuty za bezzasadne, a argumenty podniesione w Odwołaniu za chybione.*

*Na wstępie należy podkreślić, iż cena przedstawiona przez wykonawcę SKANSKA S.A. została prawidłowo skalkulowana, tym samym nie spełniała przesłanek ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należy zaznaczyć, tym niemniej zgadzając się z uwagami poczynionymi przez Odwołującego, że powszechnie za „rażąco niską cenę” przyjmuje się ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w stosunku do cen rynkowych podobnych zamówień. Jest to cena znacząco odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.*

*W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych (Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 3/07).*

*Istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie można przypisać wyrokowi KIO z dnia 22 marca 2011 roku (sygn. akt KIO 476/11), w związku z którym „ocena Zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy PZP ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny i w jakim zakresie wpływają na cenę oferty, jedynie stwierdzenie tych okoliczności może prowadzić do prawidłowej oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny. (...) w ocenie Izby, uwzględniając wykładnię gramatyczną tego pojęcia obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. W tych warunkach jawi się kolejne pytanie, jakie czynniki i w jakich okolicznościach należy w taki właśnie sposób zakwalifikować. W każdym wypadku konieczne jest odniesienie się do warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad*

logicznego rozumowania. (...) Praktyka pokazuje, że jakkolwiek zazwyczaj nie budzi wątpliwości, czy podany przez, wykonawcę czynnik (rodzaj) ma wpływ na cenę, bowiem determinowany jest on rodzajem zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane) i z tych przyczyn weryfikowalny. Znacznie większe problemy rodzi zaś jego kalkulacja i ocena jej w aspekcie obiektywizmu (realności). Pomocne w tym względzie jest odwołanie się do doświadczenia wykonawcy, warunków rynkowych, a przede wszystkim ofert innych wykonawców.

Cena podana przez Wykonawcę SKANSKA S.A. w zakresie przedmiotowego zamówienia publicznego nie jest ceną rażąco niską, gdyż stanowi cenę porównywalną, a w wielu przypadkach wyższą od aktualnie oferowanych usług w tym zakresie. Zgodnie natomiast z wyrokiem KIO z dnia 21 lipca 2010 roku „Brak definicji pojęcia „rażąco niska” oraz brak jednoznacznego wskazania kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaferowania ceny rażąco niskiej sprawia, że każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia” (sygn. akt KIO/UZP 1418/10, LEX nr 612201).

Przy czym należy dodać, że powyższe argumenty zostały już wcześniej przytoczone przez SKANSKA S.A. w wyjaśnieniach przedłożonych Zamawiającemu. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż podstawą oceny dokonywanej w przedmiocie rażąco niskiej ceny są wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Natomiast ocena Zamawiającego powinna być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki (vide wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 roku, sygn. akt KIO 2813/11). Rolą Zamawiającego było więc w tym przypadku ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny oraz w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczająco obiektywne i wpływające na cenę danej oferty. Uznał również, że cena nie może zostać uznana za rażąco niską, gdyż nie ma ku temu odpowiednich przesłanek. Czynności weryfikacyjne, przeprowadzone przez Zamawiającego pozwoliły mu więc upewnić się, że oferowana przez Wykonawcę SKANSKA S.A. cena nie może być uznana za rażąco niską.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10 stycznia 2012 roku (sygn. akt KIO 2813/11) domniemanie faktyczne rażąco niskiej ceny zobowiązany jest obalić wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Zasada ta ma zastosowanie na linii wykonawca-zamawiający, nie może być natomiast przenoszona na grunt postępowania odwoławczego. Jeśli zamawiający uzna, iż wykonawca to domniemanie obalił, to rolą odwołującego jest wskazanie przyczyn, dla których taka ocena była nieuprawniona i ich udowodnienie (art. 6 k.c.). Przy czym podstawą dla wskazania wadliwości działań zamawiającego jest treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Zgodnie z powyższym należy więc stwierdzić, że obecnie onus probandi spoczywa na Odwołującym, musi on bowiem wykazać, że Zamawiający powinien odrzucić

ofertę Wykonawcy SKANSKA S.A. Jako, że Zamawiający w omawianym postępowaniu, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Wykonawcy SKANSKA S.A., uznał iż nie zostały naruszone przepisy PZP, a czynniki wskazane w wyjaśnieniach mają charakter obiektywny, to Odwołujący musi udowodnić, iż Zamawiający uczynił to z naruszeniem prawa.

Należy również podkreślić, że ustawodawca celowo posługuje się określeniem „rażąca”, a nie na przykład „bardzo niska”, czy „wyjątkowo niska”. Należy uznać, że przymiotnik ten jest nacechowany negatywnym natężeniem, jak też pewnym ładunkiem emocjonalnym. Kluczowe znaczenie w przedmiotowej sprawie ma więc określenie znamion ceny rażąco niskiej, gdyż tylko ta przesłanka może uzasadniać odrzucenie oferty wykonawcy. Przy czym „Nie jest wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena bardzo znacząco, a nawet drastycznie różni się od wartości Zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub jest symboliczna. Musi to być cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu „zamówienia” (wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1483/10, LEX nr 616645). Cena zaoferowana przez Wykonawcę SKANSKA S.A. mogła być o wiele niższa od cen proponowanych od innych podmiotów ubiegających się o dane zamówienie, ważne by nie była ceną rażąco niską. To, że cena oferowana przez Wykonawcę SKANSKA S.A. była dużo niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego nie oznacza, iż obligatoryjnie należy ją uznać za cenę rażąco niską. Należy pogodzić się z faktem, iż w systemie gospodarki wolnorynkowej konkurencja na rynku jest ogromna, a oferty składane przez konkurencyjnych przedsiębiorców mogą być dużo korzystniejsze. Przyczyn takiego faktu należy jednak poszukiwać w wewnętrznym działaniu danej firmy, a przede wszystkim w braku odpowiednich działań organizacyjnych i porządkowych, które umożliwiają lepsze przeprowadzanie badań rynku i orientacyjne określenie cen kształtujących się na danym obszarze. Bowiem „sam fakt, że cena odbiega swą wysokością od cen pozostałych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, że cena oferty wybranej jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Można nawet w indywidualnych przypadkach twierdzić (mieć przypuszczenie), że ceny konkurentów są zawyżone” (orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 7 stycznia 2010 roku, sygn. akt DFP-RKO-540-2/9/09, Biul. NDFP 2010/2/6).

Zamawiający, w związku z powzięciem wątpliwości co do wysokości ceny zaoferowanej przez Wykonawcę SKANSKA S.A. oraz rozbieżności pomiędzy ceną zaoferowaną przez tego Wykonawcę, a pozostałymi ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wezwał pismem z dnia 10 czerwca 2013 roku, nr MPZ-2212/Kr/2904/13 do złożenia wyjaśnień, m.in. w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty złożonej przez Wykonawcę SKANSKA S.A. Ww. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego udzielił wyjaśnień, w piśmie z dnia 17 czerwca

2013 roku. Wyjaśnienia te zostały uznane przez Wykonawcę za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, stosownie do postanowień art. 8 ust. 3 PZP. Przy czym jednocześnie odnosząc się do zarzutu postawionego w cz. II.9 Odwołania należy stwierdzić, iż jest pozbawiony podstaw faktycznych jak i prawnych.

Zamawiający dokonał analizy informacji zawartych w piśmie Skanska S.A. z dnia 17 czerwca 2013 roku, będących wyjaśnieniem złożonym w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, skutkiem czego uznał, że nie wszystkie informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp. W związku z tym, pismem z dnia 15 lipca 2013 r. zwrócił się do Skanska S.A. o wyrażenie zgody na ujawnienie części wyjaśnień z dnia 17 czerwca 2013 r. Jednakże Skanska S.A. pismem z dnia 17 lipca 2013 roku podtrzymała swoje stanowisko odnośnie zastrzeżenia informacji zawartych w piśmie z dnia 17 czerwca 2013 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia Skanska S.A. z dnia 17 lipca 2013 roku nie zostały jednak zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ze względu na to, że zawierały one uzupełnienie i rozwinięcie stanowiska Skanska S.A. zajętego w piśmie z dnia 17 czerwca 2013 roku, Zamawiający uznał, że informacje te zostały ujawnione przez Skanska S.A. i nie stanowią już tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp. W świetle powyższego, Zamawiający przekazuje przy niniejszej odpowiedzi na odwołanie odtajnione pismo Skanska z dnia 17 czerwca 2013 roku oraz pismo z dnia 17 lipca 2013 roku, zawierające wyjaśnienia odnośnie sposobu wyliczenia przez Skanska S.A. elementów składowych ceny jej oferty.

Dowód: pismo Skanska S.A. z dnia 17 czerwca 2013 roku, - pismo Skanska S.A. z dnia 17 lipca 2013 roku. Zamawiający z ostrożności podnosi, że jeżeli Izba uzna czasowe utajnienie przez Zamawiającego pisma Skanska S.A. z dnia 17 czerwca 2013 roku za nieuzasadnione, Zamawiający wskazuje, że takie ewentualne naruszenie przepisów ustawy nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania, gdyż niezależnie od utajnienia tych wyjaśnień, nie istniała możliwość wykazania, że cena oferty Skanska S.A. jest rażąco niska, a zatem odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie (por. wyrok z dnia 23 maja 2013 roku; sygn. akt KIO 1101/13). Należy również mieć na względzie, że pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi się do ceny całkowitej oferty, nie zaś do cen częściowych. Nawet jeżeli jedna z cen częściowych byłaby rażąco niska (czemu wykonawca SKANSKA S.A. w swoich wyjaśnieniach zaprzecza), to dopiero ocena ceny całkowitej oferty, jako rażąco niskiej, dawałaby podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy SKANSKA S.A. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wybrany wykonawca uzyskuje wynagrodzenie za wszystkie swoje świadczenia objęte umową, a zatem tylko na tym tle rozważać można, czy nie jest on w stanie rzetelnie wykonać zamówienia, w ramach zaoferowanej ceny. Nawet gdyby jeden ze składników oferty został wyceniony nadmiernie nisko, nie gwarantując wykonawcy zysku



*(czemu wykonawca SKANSKA S.A. w swoich wyjaśnieniach zaprzecza), to zysk ten wykonawca może osiągnąć wykonując inne elementy zamówienia. Natomiast Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu odnoszącym się do rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, podanej w ofercie Wykonawcy SKANSKA S.A., w ogóle nie odniósł się do całkowitej ceny oferty Wykonawcy SKANSKA S.A. Odwołujący podniósł tylko, iż jeden z elementów wpływających na całościową ofertę Wykonawcy SKANSKA S.A. posiada znamiona ceny rażąco niskiej, mianowicie cena widniejąca w kosztorysie oferty SKANSKA S.A. odnosząca się do ceny za 1 m<sup>3</sup> piasku wraz z dowozem (de facto należy mniemać, iż Odwołujący ma tutaj na myśli poz. 110 z tabeli ROBOTY INŻYNIERSKIE, czyli piasek-grunt z ukopu i dowóz na nasypy wałowe), która została ustalona na kwotę 1,84 zł (poz. 110 s. 13 i poz. 194 s. 22 Oferty). Odwołujący nie odniósł się więc do całości oferty i skalkulowanej w niej ceny za całość przedmiotowego zamówienia publicznego, a jedynie do niewielkiej jego części. Warto w tym miejscu przywołać treść komentarza W. Dzierżanowskiego, który stwierdza iż „Cena rażąco niska to cena za całość oferowanego świadczenia. Wynika to z samej definicji ceny (por. art. 2), a także z odniesienia do przedmiotu zamówienia (tj. całości świadczenia). Nie może więc być powodem odrzucenia na podstawie tej przesłanki zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę. Pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie (tak np. Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 7 kwietnia 2005 r., UZP/ZO/0-611/05, LBX nr 179370, KIO w postanowieniu z dnia 1 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 756/08, LEX nr 442749, czy też SO w Poznaniu w postanowieniu z dnia 17 stycznia 2006 r., II Ca 2194/05, niepubl.). Kalkulacja taka może mieć co prawda znamiona czynności zmierzający do uzyskania dodatkowych korzyści - np. poprzez podwyższenie cen, za które następuje wcześniejsza płatność, i jednoczesnego obniżenia cen za te, które są opłacane najpóźniej, jednak nie zmienia to faktu, że nie prowadzą one do ustalenia ceny na poziomie rażąco niskim. Mogą natomiast, jeśli są działaniem celowym, być uznane za niezgodne z dobrymi obyczajami kupieckimi, ponieważ polegają na próbie uzyskania zapłaty za to, co faktycznie jeszcze nie zostało spełnione”.*

*Mając na względzie powyższe, zasadne jest, zdaniem Zamawiającego powołanie się na zakończony już przetarg na roboty pn.: „Budowa lewostronnego wału rzeki Odry pn. Cisek - Dzielniczka, zadanie 1,6 i 7”, w którym to przetargu za najkorzystniejszą została uznana oferta odwołującego. Warto wskazać, iż Odwołujący w ofercie złożonej w ww. przetargu ustalił cenę za 1 m<sup>3</sup> zakupu gruntu i dowozu na miejsce wbudowania (poz. 18 tabeli w*

kosztorysie ofertowym) na cenę 2 zł brutto. Przy czym, w ocenie Zamawiającego pozycja ta jest tożsama z pozycją określoną w tabeli 110 kosztorysu cenowego Wykonawcy SKANSKA S.A., tj. piasek - grunt z ukopu i dowóz na nasypy wałowe, która została zakwestionowana przez Odwołującego, jako rażąco niska. Należy stwierdzić jednak, iż różnica 16 groszy na 1 m<sup>3</sup> nie stanowi nawet różnicy znaczącej, a co dopiero rażąco niskiej. Warto również zaznaczyć, iż cena 2 zł, podana przez Odwołującego, tyczy się zamówienia już wykonanego, a więc jest możliwa do zrealizowania. Dlatego też należy zarzucić, w opinii Zamawiającego, niekonsekwencję tezom stawianym przez Odwołującego. Skoro bowiem w dwóch zbliżonych przedmiotowo do siebie przetargach cena cząstkowa określonego elementu oferty nie różni się znacząco od cen oferowanych przez Odwołującego, to nie można zarzucać jej rażąco niskiej ceny. W argumentacji Odwołującego brak jest więc logiki i nie może zostać ona uznana za słuszną i wyczerpującą.

Odwołujący niejednokrotnie w Odwołaniu powołuje się na nierynkowy charakter zaoferowanej przez Wykonawcę SKANSKA S.A. ceny. Należy uznać, iż pogląd ten jest niczym nieuzasadniony, gdyż cena ta nie odbiega znacząco (a nawet jest od niektórych wyższa) od cen obowiązujących na rynku, w podobnych zamówieniach publicznych. W tym miejscu Zamawiający chciałby odnieść się do oferty Odwołującego złożonej w podobnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mianowicie w przetargu nieograniczonym na roboty pn.: „Wał przeciwpowodziowy rzeki Odry w km 66+300 -77+000 Przewóz – Podlesie -Miejsce Odrzańskie gm. Cisek - II etap Podlesie w km 3+500 - 7+800 (km rzeki Odry 67+000 - 71+000)”. Należy jednocześnie zaznaczyć, iż przywołany powyżej przetarg stanowi etap II przetargu będącego przedmiotem niniejszej Odpowiedzi na odwołanie. Należy jednak zaznaczyć, iż etap II odnosi się do 4.300 km (7.800 km - 3.500 km), a etap I, będący przedmiotem niniejszego postępowania – do 3.500 km. Pomimo rozbieżności w tym zakresie Odwołujący złożył w przetargu odnoszącym się do etapu II ofertę w wysokości 8.480.855,25 zł brutto, czyli de facto niższą od oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA S.A. w etapie I, stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania. Należy również zaznaczyć, iż oferta złożona przez Odwołującego w postępowaniu odnoszącym się do etapu II nie została uznana za cenę rażąco niską, nie była też ceną najniższą (cenę niższą złożył Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Budownictwo Wodne i Melioracyjne J..... P..... HYDROZ M..... D....., UNIMARK Sp. z o.o. oferując wykonanie zamówienia w kwocie brutto 7.977.184,85 zł).

Mając powyższe na względzie, Zamawiający nie dość, iż dał wiarę wyjaśnieniom złożonym przez Wykonawcę SKANSKA S.A., to uznał, iż to nie cena oferowana przez Wykonawcę SKANSKA S.A. stanowi cenę rażąco niską, a raczej ceny zaproponowane przez pozostałych

Wykonawców (w tym Odwołującego) są cenami znacząco zawyżonymi w stosunku do przedmiotu zamówienia. Fakt, iż określił szacunkową wartość zamówienia na cenę znacznie wyższą od zaoferowanej przez Wykonawcę SKANSKA S.A. ma charakter irrelevantny, gdyż podana cena była jedynie ceną szacunkową, a Zamawiający wykazał się w aspekcie ustalania jej wysokości dużą dozą zapobiegliwości. Zamawiający stoi jednak na stanowisku, iż podana przez niego wartość szacunkowa stanowi jedynie maksymalną kwotę, którą Zamawiający jest w stanie zapłacić za przedmiotowe zamówienie, co nie wyklucza faktu, iż cena ta jest zawyżona w stosunku do kształtujących się cen rynkowych za wykonanie podobnych robót i nie może stanowić podstawy do podważania cen zaoferowanych przez pozostałych Wykonawców.

*ad. cz. II.6.d) Odwołania*

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowiącego iż oferta SKANSKA S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu powyższego przepisu, należy stwierdzić, iż jest on bezzasadny i nie poparty odpowiednią argumentacją.

Odwołujący argumentując powyższy zarzut stwierdził, że Wykonawca SKANSKA S.A. narusza uczciwą konkurencję, gdyż utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, poprzez oferowanie cen rażąco niskich, poniżej realnych kosztów ich wytworzenia.

W związku z argumentacją przytoczoną w powyższym punkcie niniejszego pisma zarzut przytoczony przez Odwołującego należy uznać za bezzasadny. Wykonawca SKANSKA S.A. nie dążył do wyeliminowania innych przedsiębiorców z przedmiotowego postępowania, nie zastosował cen mogących zostać uznane za rażąco niskie, w związku z czym nie narusza uczciwej konkurencji.

Zgodnie natomiast z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: UZNK) 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 odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Artykuł 15 UZNK ma więc za zadanie chronić wolny dostęp do rynku, stanowiący immanentną cechę konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej, zgodnie z którą podejmowanie i prowadzenie legalnej działalności gospodarczej jest wolne i dozwolone każdemu na równych prawach. Art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, tj. takie zaniżanie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie świadczącego usługę straty. Chodzi więc tutaj o negatywny wynik działalności przedsiębiorcy w określonym jej segmencie (por. T.

Skoczny, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2006, str. 574-575). Sprzedaż poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia występuje więc wtedy, gdy świadczący usługę sprzedają - bezpośrednio konsumentowi lub innemu przedsiębiorcy - daną usługę za cenę, która kosztów tych nie pokrywa. Dana sytuacja nie obejmuje więc sprzedaży poniżej ceny rynkowej, jeżeli ta jest wyższa niż koszty własne świadczącego usługę. Polski ustawodawca uznał więc za nieuczciwą konkurencję tylko taką sprzedaż poniżej kosztów własnych, która podejmowana jest w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli dla zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen i/lub innych warunków umów (por. wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 765/08, LEX nt 443043).

Powyzszy zarzut Odwołującego nie został poparty żadną argumentacją, więc niemożliwym jest odniesienie się do niego w sposób merytoryczny. Należy jednak, w ocenie Zamawiającego, stanąć na stanowisku, iż Wykonawca SKANSKA S.A. nie zaoferował w swojej ofercie ceny rażąco niskiej (co zostało szczegółowo uargumentowane w powyższym pkt), tym samym nie narusza więc uczciwej konkurencji. Jako, że z uzasadnienia zarzutu naruszenia przez Wykonawcę SKANSKA S.A. zasady uczciwej konkurencji wynika, iż w opinii Odwołującego zarzut ten wynika z zaoferowania przez Wykonawcę SKANSKA S.A. rażąco niskiej ceny w swojej ofercie, to należy stwierdzić, iż w związku z brakiem przesłanek do uznania ceny Wykonawcy SKANSKA S.A. za rażąco niską, brak jest również podstaw, by uznać działanie ww. Wykonawcy za sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji.

ad. cz. II. 6.e) Odwołania

Zarzut Odwołującego w zakresie rozbieżności ceny podsypki filtracyjnej (s. 15 oferty, poz. 135 kosztorysu) na poziomie 38,13 zł/m<sup>3</sup> z ceną żwiru (s. 46 oferty, poz. 112 wykazu materiałów) na poziomie 50 zł/m<sup>3</sup>, pozbawiony jest podstaw i stanowi nieudolną próbę manipulacji ze strony Odwołującego. Podsypka filtracyjna, wyceniona w poz. 135 kosztorysu składa się zarówno ze żwiru jak i innych składników (np. piasku wycenionego w poz. 61 oraz 63 wykazu materiałów na kwotę 20 zł/m<sup>3</sup>). Podsypka ta ma zostać wykonana zgodnie z zapisami SST 22.12 (s 76). Zatem, oczywistym jest, że cena podsypki jest ceną wynikową żwiru i innych, tańszych od żwiru, elementów składających się na podsypkę, wobec czego musi być niższa od ceny samego żwiru.

Zatem, brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że zachodzi sytuacja opisana w art. 89 pkt 6 Pzp, a oferta Skanska S.A. powinna zostać odrzucona ze względu na błędy w obliczeniu ceny, gdyż błędów takich brak.

5. Zarzut postawiony w cz. II.8 Odwołania jest pozbawiony podstaw faktycznych jak i prawnych.

Mając na względzie stanowisko Zamawiającego przedstawione powyżej, Zamawiający podnosi, że czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Skanska S.A. była czynnością prawidłową i zgodną z SIWZ oraz Pzp. Także sklasyfikowanie oferty RPM S.A. na drugim miejscu było czynnością prawidłową. Żadna z ww. ofert nie podlegała bowiem odrzuceniu.

Wobec powyższego, Zamawiający nie mógł wybrać jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego W..... F....., gdyż oferta ta została sklasyfikowana dopiero na trzecim miejscu, a zatem nie dopuścił się w tym zakresie zaniechania niezgodnego z SIWZ lub z Pzp.

II. Nie podzielając stanowiska Odwołującego odnośnie zarzutów dotyczących oferty RPM S.A., Zamawiający podnosi, co następuje:

1. Zarzut postawiony w cz. II.3 Odwołania jest pozbawiony podstaw faktycznych jak i prawnych. Bezzasadności tego zarzutu dowodzi argumentacja Zamawiającego przedstawiona przy zarzucie z pkt. II.7 odwołania.

2. Zarzut postawiony w cz. II.5 Odwołania jest pozbawiony podstaw faktycznych jak i prawnych, gdyż Zamawiający poprawił w ofercie RPM S.A. omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, czyli oczywistą omyłką pisarską. Omyłka polegała bowiem na błędnym wpisaniu do kosztorysu dodatkowego na roboty związane z przebudową kolidujących odcinków linii napowietrznej eNN i linii kablowej telekomunikacyjnej „T” w lp. 1.10.2.2, ilości odmiennej do podanej przez Zamawiającego w SIWZ (8 zamiast 1). Wykonawca nie miał możliwości samodzielnego zweryfikowania ilości przedmiarowej robót przed złożeniem oferty, a zatem trudno domniemywać, że jego zamiarem było złożenie oferty o zakresie odmiennym od SIWZ. Stąd też przyjąć należało, że wpisanie błędnej cyfry „8” zamiast „1” jest oczywistą omyłką pisarską, jakie zdarzają się często przy wypełnianiu przedmiarów czy kosztorysów. Omyłka ta polegała na błędzie „mechanicznym” przy przenoszeniu wartości podanej przez Zamawiającego w SIWZ do treści kosztorysu.

Poprawienie omyłki nie spowodowało zmiany miejsca, na jakim sklasyfikowana została oferta RPM S.A., a zatem nie miało najmniejszego wpływu na wynik postępowania.

W świetle powyższego, omyłkę tę należy uznać za oczywistą omyłkę pisarską, a zatem oczywistą omyłkę podlegającą poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, na co nie była potrzebna zgoda RPM S.A. W związku z tym, Zamawiający nie musiał czekać 3 dni, na zajęcie stanowiska przez RPM S.A. odnośnie potwierdzenia poprawienia tej omyłki, co ma miejsce tylko w przypadku tzw. „innych omyłek” (art. 89 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). W związku z tym, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie została dokonana przedwcześnie.

3. Zarzut postawiony w cz. II.7 Odwołania jest pozbawiony podstaw faktycznych jak i prawnych.

Zamawiający podnosi, że zarzut Odwołującego, w zakresie odnoszącym się do referencji, został skonstruowany błędnie i z tego względu nie może zostać uwzględniony przez Izbę. Jeżeli bowiem Odwołujący kwestionuje skuteczność wykazania przez RPM S.A. spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinien postawić zarzuty z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, czego jednak nie uczynił. Wobec tego, zarzut oparty na art. 89 pkt 2 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Z ostrożności Zamawiający odniesie się jednak do istoty zarzutu w zakresie treści referencji. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, „(...) dokument referencji lub inny tego rodzaju dokument ma służyć przede wszystkim wykazaniu należytego wykonania zadania. Opis zadania, jego identyfikacja następuje w wykazie usług” (wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1659/12, por. także wyrok KIO z dnia 26 marca 2012 r., sygn. akt KIO 514/12; wyrok KIO z dnia 29 października 2012 r., sygn. akt KIO 2256/12). W związku z powyższym, „Wykaz wykonanych robót” sporządzony przez RPM S.A. (zgodnie ze wzorem zawartym w SIWZ), należy odczytywać łącznie z udzielonymi referencjami. Zgodnie z informacjami zawartymi w tym „Wykazie...” wykonany przez RPM S.A. wał był wałem II klasy, czyli klasy wyższej od wymaganej w SIWZ. SIWZ nie narzucał wymogu, aby klasa wału podana była również w referencjach, a zatem wystarczające było podanie klasy wału w „Wykazie...”. Referencje, jak wynika z SIWZ oraz § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, służą jedynie potwierdzeniu należytego wykonania robót (zgodności z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia). Nie muszą natomiast zawierać bezwzględnie wszystkich informacji na temat wykonywanej roboty. Wykonawcy nie odpowiadają za treść udzielonych im referencji, w związku z czym nie można obciążać ich w tym zakresie nadmiernymi obowiązkami. Ponadto, Zamawiający, jako publiczny podmiot zajmujący się gospodarką wodną, melioracjami i urządzeniami wodnymi, posiada dokumentację dotyczącą klasy wałów w całym kraju. W związku z tym, Zamawiający był w stanie stwierdzić, że wał wykonany na zlecenie PBG S.A. spełniał wymogi SIWZ.

Odwołujący nie udowodnił również, że wał wykonany przez RPM S.A. na zlecenie PBG S.A. nie spełniał warunków SIWZ.

Mając powyższe na względzie, uznać należy, że Zamawiający słusznie uznał te referencje za spełniające wymogi SIWZ, a zatem słusznie uznał, że RPM S.A. spełnia w tym zakresie warunki udziału w postępowaniu

Kosztorys uproszczony ofertowy. Zgodnie z pkt. 23.4 Instrukcji dla Wykonawców (IDW) - części I SIWZ: „Oferent ma obowiązek przedstawić Zamawiającemu wraz z ofertą

*uproszczony kosztorys ofertowy sporządzony na bazie przedmiaru robót (kosztorys musi posiadać wycenione wszystkie pozycje przedmiarowe) (...)"*. Zamawiający nie żądał zatem w SIWZ, aby kosztorys ofertowy był idealną kopią przedmiaru robót. Zamawiający wymagał jedynie, żeby kosztorys ofertowy został sporządzony „na bazie” przedmiaru, czyli, co do zasady, aby mu odpowiadał. Zamawiający nie zakazał jednak wprowadzania do kosztorysu ofertowego zmian w stosunku do przedmiaru. W szczególności zaś, Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ, że do kosztorysu ofertowego muszą zostać wprowadzone numery specyfikacji technicznej. Wymogiem Zamawiającego było natomiast, aby kosztorys wycenił wszystkie pozycje przedmiarowe, co RPM S.A. wykonał.

*Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że wobec braku wskazania w kosztorysie ofertowym numerów specyfikacji technicznej nie jest jednoznaczne, czy RPM S.A. ujął w swoim kosztorysie (danej pozycji kosztorysowej) wszystkie koszty wykonania danego elementu. Zgodnie bowiem z pkt. 23.3 IDW (cz. I SIWZ): „Cena każdej pozycji Kosztorysu Ofertowego musi uwzględniać wszystkie koszty wykonania związane z wykonaniem tej pozycji”. W świetle tego zapisu SIWZ, żaden z wykonawców nie może w toku realizacji robót zastąpić się niedoszacowaniem danej pozycji kosztorysowej. Oczywistym jest również, że pomimo pominięcia przez RPM S.A. numeru specyfikacji technicznej w kosztorysie ofertowym, roboty te byłyby wykonywane zgodnie z właściwymi specyfikacjami technicznymi (gdyby oferta RPM S.A. została wybrana jako najkorzystniejsza).*

*Co jednak najistotniejsze, kosztorys RPM S.A. zawiera ogólne odesłanie do stosownych specyfikacji technicznych, lecz nie przy każdej pozycji kosztorysowej, ale zbiorczo dla kilku pozycji (na wstępie i zakończeniu danej grupy pozycji).*

*Zamawiający uznaje, że kosztorys ofertowy złożony przez RPM S.A. odpowiada treści SIWZ, nie doszło zatem do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.”*

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty SKANSKA S.A., oferty RPM S.A., oferty odwołującego, wezwań kierowanych do SKANSKA S.A. i udzielonych odpowiedzi.

Dopuściła dowody wnioskowane przez zamawiającego, z porównania cen ofertowych w postępowaniu na poprzedni odcinek wału, realizowany przez odwołującego oraz cen złożonych ofert na następny odcinek wału, gdzie postępowanie o zamówienie jest w trakcie.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

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

Przetarg obejmuje: „Wykonanie robót na zadaniu: Wał przeciwpowodziowy rzeki Odry w km 66+300+77+000 Przewóz - Podlesie – Miejsce Odrzańskie gm. Cisek -1 etap Przewóz w km 0+000+3+500 (km rzeki Odry 71+000-77+000).

Zamawiający w SIWZ dopuścił rozwiązania równoważne opisanym w rozumieniu art. 30 ust. 4 Pzp.

Punkt 4. Opis przedmiotu zamówienia podaje:

Zadanie dotyczy budowy nowego lewobrzeżnego wału przeciwpowodziowego rzeki Odry na długości 3515,60 m. Nowobudowany wał musi spełniać warunki techniczne III klasy budowli hydrotechnicznej. Obejmuje między innymi roboty ziemne wykopy i nasypy, zakup i dowóz materiałów niezbędnych do wybudowania wału.

Punkt 2. SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu:

2) Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia będzie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże: wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 roboty budowlanej, której przedmiotem zamówienia było wykonanie budowy wału przeciwpowodziowego o długości 1,5 km co najmniej III klasy i wartości zamówienia nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto.

W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawcy zobowiązani są przedłożyć wykaz wykonanych robót sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej IDW oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zaleca się, aby przedkładane dokumenty potwierdzające, że wykonane przez Wykonawców roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, zawierały, co najmniej:

- a. wskazanie, że Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu realizował roboty, których dokumenty dotyczą,
- b. wskazanie podmiotu, na rzecz którego realizowane były roboty,
- c. wskazania zakresu robót,
- d. wskazanie wartości robót,
- e. wskazanie daty wykonania (rozpoczęcia i zakończenia),
- f. wskazanie miejsca wykonania,
- g. opinię podmiotu wskazanego powyżej w pkt. b stwierdzającą, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.



Punkt. 15.3. SIWZ lit. g) w dokumentach oferty wykonawcy są zobowiązani złożyć wykaz wykonanych robót sporządzony wg. wzoru załącznika nr 4 do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Pozostałe dokumenty wymagane zgodnie z zapisami IDW-SIWZ.

Punkt 23. Opis sposobu obliczenia ceny.

1. Cenę należy obliczyć na podstawie dokumentacji zawartej w części III SIWZ.
2. Wykonawca określając wynagrodzenie zobowiązany jest do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę zamówienia.
3. Wymagane jest od wykonawców bardzo szczegółowe sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia. Wykonawcy muszą wycenić wszystkie pozycje w kosztorysie ofertowym zgodnie z wymaganiami i formularzami zawartymi w części III SIWZ. Cena każdej pozycji kosztorysu ofertowego musi uwzględniać wszystkie koszty wykonawcy związane z wykonaniem tej pozycji.
4. Oferent ma obowiązek przedstawić Zamawiającemu wraz z ofertą uproszczony kosztorys ofertowy sporządzony na bazie przedmiaru robót (kosztorys musi posiadać wycenione wszystkie pozycje przedmiarowe) i zawierający dodatkowo:
  - zestawienie cen podstawowych materiałów budowlanych przyjętych w opracowanym kosztorysie;
  - zestawienie cen podstawowego sprzętu budowlanego (m-g) przyjęte w kosztorysie ofertowym,
  - przyjętą stawkę roboczogodziny,
  - przyjęty % narzutu kosztów pośrednich,
  - przyjęty % zysku.

Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania przez oferentów kosztorysów szczegółowych, chyba że będą one stanowiły dodatkowy załącznik do kosztorysu uproszczonego.

Kosztorys ofertowy będzie stanowić integralną część umowy.

5. Podana cena oferty musi być wyrażona w PLN (...). Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

6. Cena oferty jest wartością wymienioną w Formularzu Oferty.

7. Rozliczenie umowy dla niniejszego zadania ma charakter kosztorysowy z zastrzeżeniami zawartymi we wzorze umowy.

8. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały w części II niniejszej SIWZ (tj. we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Wykonawca składał oświadczenie wg załącznika nr 5 do SIWZ

1. Cenę oferty obliczyliśmy na podstawie Przedmiaru Robót wycenionego zgodnie z wymaganiami i formularzami zawartymi w Części III Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Szczegółowo sprawdziliśmy w terenie warunki wykonania zamówienia.

3. Bardzo starannie zapoznaliśmy się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę zamówienia i czynniki te ujęliśmy w wartości wskazanej w Formularzu oferty.

Wzór umowy załącznik do SIWZ

W § 1 pkt 2. Integralną częścią umowy są:

- 1),2) SIWZ oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych,
- 3) dokumentacja projektowa,
- 4) oferta wykonawcy,
- 5) kosztorys ofertowy uproszczony wraz z zestawieniem czynników cenotwórczych.

W § 2 Wynagrodzenie.

1. Całkowite wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 umowy zgodnie z przedstawioną ofertą cenową wynosi kwotę ... zł brutto (słownie: ...złotych), w tym podatek VAT według stawki 23% w kwocie ... zł, z zastrzeżeniem ustępu 2 niniejszego paragrafu,
2. Ostateczna wysokość wynagrodzenia kosztorysowego należna Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy zostanie ustalona na podstawie kosztorysu powykonawczego, przy czym ustalona wysokość może być niższa od wynagrodzenia określonego w ust. 1 oraz nie może być wyższa od wynagrodzenia określonego w ust. 1.

W § 2 wzoru umowy. Zmiana wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a-c nastąpi na podstawie wyceny robót niewykonanych dokonanej, w oparciu o stawki, ceny jednostkowe narzuty i materiały z kosztorysu Wykonawcy przygotowanego zgodnie z postanowieniami SIWZ.

W odpowiedzi na zapytania do SIWZ zamawiający podał, pytanie 5 zestaw XVI, że w związku z tym, iż zakup i dowóz materiału na budowę wału stanowi koszt wykonawcy wskazana w przedmiarze wielkość 15 km, powinna być traktowana jako orientacyjna.

Zamawiający określił w SIWZ, że zakres zadania obejmuje między innymi zakup i dowóz materiałów niezbędnych do wybudowania wału – wykonawca ponosi wszelkie koszty z tym związane.

Projekt wykonawczy pkt 1.6.9 rezerwy mas ziemnych. Wskazanie miejsca i pozyskanie materiału na budowę wału będzie po stronie wykonawcy.

ZESTAW XV Pytanie.

1. Prosimy o potwierdzenie, iż zgodnie z przedmiarem robót Wykonawca ma zapewnioną możliwość nieodpłatnego poboru materiału do budowy wału z wyrobisk w międzywalu (SST02.00.00 CPV 45111000-8 ROBOTY ZIEMNE - PRZYGOTOWANIE, EKSPLOATACJA I ZAGOSPODAROWANIE TERENU REZERW ZIEMNYCH poz. od 94 do 103);
2. Prosimy o dokładne wskazanie miejsca poboru materiału do budowy wału z wyrobisk w międzywalu.
3. Prosimy o wyjaśnienie poniższego zapisu w opisie projektu wykonawczego, który jest niespójny z opisem zamówienia w przedmiarze robót: „1.6.9. Rezerwy mas ziemnych”. Wobec braku zgody kilku właścicieli własności położonych w międzywalu na obniżenie jego terenu dla potrzeb zwiększenia przepustowości przepływów maksymalnych w międzywalu, co zapewniałoby jednocześnie źródło pozyskania gruntu na budowę wału, w uzgodnieniu z Inwestorem ustalono, że wskazanie miejsca i pozyskanie materiału na budowę wału będzie po stronie wykonawcy przedmiotowej inwestycji.”

Prosimy o ujednoczenie zapisów i o jednoznaczne zapisanie, kto odpowiada za pozyskanie materiału do budowy i jest zobowiązany przekonać kilku właścicieli do udostępnienia swoich działek. Pragniemy podkreślić, że materiał do budowy wału jest podstawowym materiałem dla danego zadania i zgodnie z projektem źródłowym, z którego należy pozyskać piasek są wyrobiska w międzywalu, które są przebadane i sprawdzone pod kątem przydatności dla konkretnego rozwiązania projektowego.

Odpowiedź. A. 1-2

Odpowiedź udzielono w związku z pyt. 3-5 ZESTAW XIII

Ad. 3

Z zapisów wynika jednoznacznie, że pozyskanie gruntu na budowę wałów leży po stronie wykonawcy. Patrz także zapisy siwz pkt 4 [Opis przedmiotu zamówienia] str. 5 - pkt 6.

Zamawiający potwierdził, iż wskazał, że materiał na budowę wału może być pozyskiwany z określonych miejsc w międzywalu. Są to nieruchomości należące do osób trzecich. Generalnie nie udało się mu załatwić z właścicielami tych nieruchomości warunków poboru ziemi z tych miejsc na budowę wału, wobec czego pozostawił decyzję skąd wykonawcy pozyskają materiał na budowę wału, po ich stronie. Mógł to być materiał pochodzący z

międzywała, lub z innych miejsc. Zamawiający postawił wymagania odnośnie właściwości gruntu na budowę wału.

Wykonawca SKANSKA S.A. ujął w wykazie wykonanych robót:

1. budowę nasypu hydrotechnicznego na terenie gminy Zembrzyce, wał przeciwpowodziowy klasy II długość 2526 m od stycznia 2010 r. do grudnia 2010 r. zamawiający Koldromost Skanska.

2. zabezpieczenie prawego wału rzeki Trześniówki, rozbudowano wał przeciwpowodziowy klasy II o długości 6182 m wykonany w okresie 14.10.2009 do 27.09.2011 na rzecz Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie.

Koldromost wydał SKANSKA S.A. referencje z dnia 31.12.2010 r. potwierdzające należyte wykonanie robót, zaznaczając, że kontrakt został wykonany w 86%.

Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie wydał SKANSKA S.A. referencje z 15.12.2011 r. potwierdzające należyte wykonanie robót. Referencje zawierają opis wykonanych robót, bez wskazania klasy wału. Dokument został podpisany przez Zastępcę Dyrektora do spraw Inwestycji Małgorzatę Wajda.

Wykaz materiałów kosztorysu ofertowego SKANSKA S. A. zawiera:

Pozycja 61 piasek m3 cena 20 zł;

Pozycja 62 piasek do betonów zwykły m3 cena 20 zł;

Pozycja 63 piasek podsypkowy m3 cena 20 zł;

Pozycja 64 piasek z ukopu m3 cena 1,84 zł;

Pozycja 65 pospółka m3 cena 40 zł;

Zamawiający potwierdził, iż pozycja 64, piasek z ukopu, dotyczy podstawowego budulca wału, oraz została zakwestionowana w kosztorysie SKANSKA S.A. przez odwołujących.

W kosztorysie ofertowym SKANSKA S.A. przyjęto założenia do kosztorysowania:

Koszty pośrednie: 15% do RS;

Zysk 5% do R+ S+Kp(R+S)

Stawka rg 8 zł

Wykonawca RPM w kosztorysie ofertowym nie utworzył odrębnej kolumny dla podania numeru specyfikacji technicznej, numer tej specyfikacji wraz z kodem CPV wymienił w nagłówku kolumny opisującej dany przedmiot robót. Przedmiar robót zawierał kolumny zawierające oznaczenie specyfikacji technicznej dla danych pozycji oraz KNR-u.

W kosztorysie inwestorskim przyjęto założenia do kosztorysowania:

Stawka roboczogodziny: 10,00 zł;

Koszty pośrednie: 40% do RS;

Koszty zakupu 8,80 % mat. bezp. – wliczone w koszt materiału

Zysk 5% do R+Kp(R), S+Kp(S)

W wykazie materiałów cenę gruntu naturalnego kopanego do budowy wałów oraz nasypu określono na 6,53 za m<sup>3</sup>.

Odwołujący W. Ferenc przyjął cenę za grunt naturalny kopany do budowy nasypu - 35 zł za m<sup>3</sup>. Koszty pośrednie 4-7% i 2-3% zysku, w zależności od robót. Stawka rg. 9,70 zł

Odwołujący RPM S.A. – piasek, grunt z ukopu (13,60 zł i 8,00 zł).

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiar obejmował kosztorys na roboty podstawowe bez podziału na branże oraz dodatkowy kosztorys związany z robotami teletechnicznymi i elektroenergetycznymi. Główny kosztorys posiada pozycję 353, w której należało wpisać pozycje z kosztorysu dodatkowego w odniesieniu do danych robót, będącego wynikiem podsumowania elementów wyceny z kosztorysu dodatkowego.

W ofercie Skanska osoba przenosząca dane z kosztorysu dodatkowego do podstawowego w pozycji 353 wpisała błędną o ok. 2,00 zł wartość. Zostało to poprawione przez zamawiającego jako oczywista omyłka pisarska.

Druga omyłka znaleziona w kosztorysie Skanska to podwójne zsumowanie kwot z pozycji 353 i tej wynikającej z kosztorysu dodatkowego. Pomyłka ta została poprawiona jako oczywista omyłka rachunkowa i pomniejszono wartość oferty Skanska z tego tytułu o kwotę 54 733,59 zł. Wykonawca dwa razy zsumował tę samą kwotę.

W ofercie RPM znajdowała się omyłka w kosztorysie dodatkowym. Przedmiar na roboty zapotrzebowane poza robotami podstawowymi był udostępniony przez zamawiającego w jednym pliku. W pozycji 352 napisano ilość jednostek obmiarowych 8, a powinno być 1 bo tak podał zamawiający. Zamawiający uznał, że wykonawca mechanicznie przepisał ilość jednostek przedmiarowych z pozycji poprzedzającej – 8, popełniając omyłkę pisarską, a w konsekwencji także błąd rachunkowy na kwotę w sumie 700,00 zł.

Zaznaczał, że dokonana poprawa nie wpłynęła na zmianę pozycji firm w ustalonej kolejności ofert. Wykonawcy zostali powiadomieni o dokonaniu tych poprawek, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Wartość szacunkowa zamówienia 17 728 284,17 zł. ustalona w dniu 21 stycznia 2013 r.- zamówienie w 75% procentach finansowane jest z funduszy UE.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert, zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 21 805 789,53 zł

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 15.05.2013 r.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Oferty złożyło ośmiu wykonawców, jak podaje protokół postępowania, z czego:

1. najniższą cenę podał wykonawca SKANSKA SA – 8 517 142,17 brutto, po korekcie pomyłek rachunkowych 8 449 819,86 zł brutto.
2. drugą w kolejności ofertę z ceną brutto 11 498 524,34 zł. złożył wykonawca RPM SA. Lubliniec, po korekcie omyłek 11 497 451,45 zł brutto - odwołujący (KIO 1695/13).
3. ofertę z trzecią w kolejności ceną brutto – 12 251 191,32 zł złożył odwołujący W. Ferenc.

Pozostałych 5 wykonawców oferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za ceny brutto;

- 4.- 12 749 990,69 zł,
5. - 12 593 014,45 zł,
6. - 15 897 029,70 zł,
7. - 16 824 204,55 zł,
8. - 20 878 970,91 zł.

Pismem z dnia 10 czerwca 2013 r. zamawiający wezwał wykonawcę SKANSKA S.A. do wyjaśnień II. Rażąco niskiej ceny, pisząc: *„Z ustaleń komisji wynika, że zaoferowana cena oferty znacznie odbiega od cen pozostałych wykonawców oraz od cen rynkowych. W związku z powyższym, celem ustalenia, czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. zwracam się do Państwa o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przykładowo dużą wątpliwość budzi cena związana z zakupem i dowozem materiałów do wbudowania w wał, bowiem zgodnie z wiedzą zamawiającego materiał ten musi spełniać odpowiednie parametry (nie może być to jakiegokolwiek kruszywo), przez co cena materiału jest odpowiednio wyższa od wskazanej w ofercie.*

*Zamawiający, oceniając Państwa wyjaśnienia, weźmie pod uwagę obiektywne czynniki mające wpływ na cenę oferty, w szczególności 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.*

*Równocześnie pragniemy zwrócić uwagę, iż jak stwierdzono w jednym z orzeczeń KIO niezależnie od szczegółowości wezwania Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień lub złożone wyjaśnienia wraz z dostarczonymi przez wykonawcę dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem wykonawca w złożonych wyjaśnieniach w sposób dostatecznie przekonujący nie odnosi się do poszczególnych elementów oferty, co do których zamawiający miał wątpliwości, czy też nie przedstawia żadnych kalkulacji cenowych,*

*zamawiający ma obowiązek ofertę odrzucić. Przykładowo, jeżeli wykonawca wyjaśnia jedynie na wezwanie zamawiającego, że zaoferowana cena wynika z faktu, iż jego sytuacja finansowa pozwala na realizację zamówienia z niską marżą, nie przedstawiając w tym zakresie dodatkowych wyliczeń, to w świetle art. 90 ust. 3 Ustawy zamawiający ma podstawę do odrzucenia oferty. Obowiązkiem wykonawcy jest udowodnienie zamawiającemu, że oferowana cena jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia nie będzie ponosił strat (wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2010 roku, KIO/UZP/1746/10). Dlatego też w interesie wykonawcy jest przedłożenie do złożonych wyjaśnień np. cenników poszczególnych producentów, dostawców, analiz, kalkulacji, z których wynikać będzie, że przedstawione wartości mają charakter realny.*

*W przedmiotowym aspekcie warto też zwrócić uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 roku (V Ca 214/06), gdzie wskazano, iż "dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny".*

*Z uwagi na powyższe stosownie do zapisów art. art. 90 ust. 1 u.p.z.p. Zamawiający zwraca się o złożenie wyjaśnień w związku z podejrzeniem, iż Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 17 czerwca 2013 r. zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa, SKANSKA SA złożyła wyjaśnienia jak niżej:

*„Wykonawca wyjaśnia iż cena, zaoferowana przez Skanska S.A. jest ceną obliczoną rzetelnie, zawierającą wszystkie składniki oraz koszty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a ponadto zapewnia uzyskanie przez Skanska S.A. zysku. Cena wyliczona została w oparciu o własną kalkulację i rachunek ekonomiczny, tak aby w pełni odpowiadać wartości robót.*

*Z analizy złożonych Zamawiającemu ofert innych uczestników postępowania wynika, że oferta Skanska S.A w poziomie R.S.T.M, ale bez ceny zakupu gruntu wynosi 6 557 tyś. złotych netto, a kolejnych czterech firm odpowiednio: 5 876, 7 034, 7 388, 7 481 tyś. złotych netto i nie jest ceną rynkowo najniższą, aczkolwiek jedną z niższych.*

*Korzystna cena zakupu materiału do wbudowania w wał wynika z dobrej organizacji robót ziemnych, przyjęcia technologii pozyskania gruntu z terenów międzywala z zastosowaniem nowoczesnego i wydajnego sprzętu w tym wozideł Volvo i Volvo-Terberg poruszających się po terenie (bez konieczności budowy dróg technologicznych), co daje oszczędność ok. 1,0 mln zł. Ponadto oszczędność w wysokości ok. 2 mln zł netto Skanska S.A. uzyskała na*

*podstawie oświadczeń o sprzedaży gruntów właścicieli działek zlokalizowanych w rejonach przebadanych i wytypowanych do poboru mas ziemnych - Rezerwa Przewóz 1 i Rezerwa Przewóz 2 (spełniające stosowne parametry), a także innych działek znajdujących się na terenie międzywala, co przekłada się na zaproponowaną korzystną cenę zakupu i dowozu materiałów do wbudowania w wał. Oświadczamy, że cena została wyliczona z uwzględnieniem pozyskanych informacji z wizji lokalnej i szczegółowym zapoznaniem się z warunkami terenowymi, w których będzie realizowany kontrakt.*

*Z uwagi na fakt, iż jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena - oczywistym dla Wykonawcy było, że można pozyskać zamówienie tylko wówczas, gdy przygotowując ofertę wykorzysta wszystkie możliwe sposoby obniżenia kosztów realizacji tego zamówienia przy założeniu pewnego poziomu zysku. Nie powinno zatem być wątpliwe poszukiwanie przez oferenta jak najkorzystniejszych cenowo rozwiązań, a tym samym dążenie do stworzenia niskiej ceny ofertowej, ale w oparciu o solidne podstawy materiałowe i wykonawcze zgodne z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ.*

*Wieloletnie doświadczenie, sprawna organizacja oraz prowadzenie od lat polityki zarządzania ryzykiem na projektach - zarówno na etapie oferowania, jak i realizacji - pozwoliło nam na tym projekcie zidentyfikować potencjalnie występujące ryzyka i je wyeliminować lub ograniczyć przy pomocy innych metod, niż wzrost ceny dla tego projektu. Prowadząc przez cały czas proces doskonalenia zarządzania firmą - Skanska S.A. wypracowała model minimalnych kosztów zarządu, co zostało uwzględnione przy opracowywaniu oferty. Ten sposób postępowania Skanska S.A. stosuje od wielu lat na wszystkich projektach zarówno w Polsce jak i na świecie. Podkreślenia wymaga również fakt, iż przy takim właśnie sposobie postępowania Skanska S.A. pozostaje od wielu lat liderem na rynku budowlanym w Polsce, a wszystkie zamówienia realizowane są należycie, czego dowodem są przedstawiane na żądanie Zamawiających referencje potwierdzające należyte wykonywanie robót budowlanych.*

*Na zaoferowaną cenę ma również wpływ i ten fakt, iż Skanska S.A. realizuje roboty budowlane na terenie całej Polski - kilkaset projektów w chwili obecnej - i w związku z tym stosuje centralną politykę zakupową. Polega ona na zawieraniu umów centralnych na dostawę materiałów, urządzeń i wykonywanie usług, w ilościach przekraczających potrzeby jednego projektu, co ma bezpośredni wpływ na obniżenie cen. Dodatkowo wykorzystując efekt synergii, tj. łącząc potrzeby materiałowe i wykonawcze wielu projektów, uzyskuje ceny korzystniejsze od przeciętnych cen na rynku. Takie działanie umożliwiło nam uzyskanie atrakcyjnych cen na dostawę materiałów i urządzeń.”*

*Ponadto w przypadku zamówień obejmujących roboty liniowe, filozofia budowy ceny opiera się głównie na założeniach dotyczących wydajności pracy, która bezpośrednio przekłada się na koszty. Ma to niebagatelne znaczenie, budując cenę przetargową. Bardzo dokładnie*



*przeanalizowaliśmy warunki w jakich będą wykonywane roboty. Analizując wszystkie aspekty porównaliśmy je z warunkami w jakich wykonujemy bądź wykonywaliśmy inne projekty. Na tej podstawie przyjmujemy wydajność na poszczególnych odcinkach, a to pozwala nam wyliczyć koszty pracy ludzi i sprzętu. Wspomnieć również należy, iż w naszych wyliczeniach nie opieramy się na podstawach wyceny podawanych w KNR-ach, a budujemy cenę według kalkulacji własnej. Dla każdego etapu robót przyjęto średnią wydajność realizacyjną. Na podstawie doświadczeń wykonawczych liczymy koszt dniówkowy pracy sprzętu (koparki, koparko-ladowarki i wywrotki) wg faktycznie wykonanej pracy w dniu roboczym, bez postojów i przerw.”*

W dniu 1 lipca 2013 r. zamawiający powiadomił o wynikach przetargu.

„Po przeprowadzeniu powtórzonej czynności oceny ofert zamawiający anuluje swoją decyzję z dnia 25.06.2013 r. i dokonuje ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Stosownie do art. 92 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych (zwanej dalej: u.p.z.p.) zawiadamiamy o wyborze najkorzystniejszej oferty spośród ofert złożonych w postępowaniu przetargowego nr 08/Kr/2013 pn. Wał przeciwpowodziowy rzeki Odry w km 66+300÷77+000 Przewóz - Podlesie - Miejsce Odrzańskie gm. Cisek - I etap Przewóz w km 0+000÷3+500 (km rzeki Odry 71+000÷77+000) jak również o ofertach odrzuconych oraz o wykonawcach wykluczonych z udziału w postępowaniu.

#### 1. Wybór oferty najkorzystniejszej

Jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A. ul. Gen. Zajączka 9 , 01-518 Warszawa (...).

Oferent spełnił warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 u.p.z.p. oraz nie podlegał wykluczeniu z postępowania w sprawie udzielenie zamówienia publicznego na mocy art. 24 u.p.z.p. Złożona przez ww. Wykonawcę oferta uzyskała maksymalną ocenę: 100 punktów. Jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Zamawiający po wniesieniu odwołań, pismem z dnia 15 lipca 2013 r. w celu ewentualnego zweryfikowania swego stanowiska, zwrócił się do wykonawcy SKANSKA S.A. o podanie uzasadnienia dla utajnienia złożonych 17 czerwca 2013 r. wyjaśnień dotyczących ceny.

Pismem z dnia 17 lipca 2013 r. SKANSKA S.A. podała takie uzasadnienie, przywołując jednocześnie tekst udzielonych wyjaśnień. Wobec braku zastrzeżenia, że pismo to zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający uznał, iż sam wykonawca SKANSKA S.A. odtajnił wcześniej zastrzeżony dokument.

Mając na uwadze poczynione wyżej ustalenia dowodowe oraz stanowiska stron i uczestnika, Izba do skonkretyzowanych zarzutów odwołania odniosła się, jak następuje.

W skonkretyzowanych zarzutach odwołujący podał: oferta SKANSKA S.A. powinna zostać odrzucona lub uzupełniona w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

**Zarzut I. a)** Zgodnie z SIWZ (rozdz. 9 pkt 2 ppkt 2), o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) posiadania wiedzy i doświadczenia (...). Warunek ten będzie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże: wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (...) co najmniej jednej roboty budowlanej o określonej charakterystyce. Aby potwierdzić spełnianie wskazanego warunku, do oferty należało załączyć m. in. dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wykonawca SKANSKA S.A. załączył do swojej oferty m. in. Referencje wystawione przez (wg treści pisma) Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych. Referencje te zostały podpisane przez Zastępcę Dyrektora ds. Inwestycji – M..... W..... Zgodnie z § 1 ust. 1 Statutu Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie, Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie zwany dalej PZMiUW jest jednostką organizacyjną samorządu Województwa Podkarpackiego. Jednostka ta nie posiada osobowości prawnej, w związku z czym do jej działalności ma zastosowanie art. 56 ust. 1 ustawy o samorządzie województwa, który stanowi, że kierownicy wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych nie mających osobowości prawnej działają jednoosobowo na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez zarząd województwa.

Kierownikiem Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie jest jego dyrektor, albowiem § 4 statutu tej jednostki stanowi, że pracą PZMiUW kieruje Dyrektor przy pomocy Zastępców Dyrektora. Zasada jednoosobowego kierownictwa jest podkreślona również w Regulaminie Organizacyjnym Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie, którego § 6 mówi, że Dyrektor PZMiUW kieruje całokształtem działalności PZMiUW (zgodnie z zasadą jednoosobowego kierownictwa) i ponosi odpowiedzialność za wyniki tej działalności przed Zarządem Województwa Podkarpackiego. Regulamin ten zawiera również katalog czynności powierzonych Zastępcy Dyrektora ds. Inwestycji, w którym brak jest jakiegokolwiek formy reprezentacji Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie na zewnątrz. Skoro zatem Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie nie ma osobowości prawnej i nie występuje w stosunkach zewnętrznych jako samodzielny podmiot, a jego działalnością kieruje jednoosobowo wyłącznie jego Dyrektor, w dodatku jedynie na podstawie stosownego pełnomocnictwa, to uznać należy, że Zastępca Dyrektora ds. Inwestycji nie może działać w imieniu tej jednostki organizacyjnej wobec podmiotów trzecich, zwłaszcza że takiej możliwości nie przewiduje również katalog zadań tego stanowiska wynikający z aktów prawa wewnętrznie obowiązującego. Mając powyższe na uwadze, wskazał, że warunek SIWZ co

do przedłożenia dokumentu potwierdzającego prawidłowe wykonywanie robót w przeszłości, nie został spełniony za pomocą referencji pochodzących rzekomo od Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych. Pismo zawierające te referencje pochodzi bowiem w rzeczywistości od M..... W....., która nie mogąc działać w imieniu Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych, sporządzić je mogła tylko w imieniu własnym.

#### **Stanowisko zamawiającego ad zarzut I. a)**

Zamawiający uważał ten zarzut za chybiony. Referencje i treść wykazu rozpatruje się łącznie i mają one za cel potwierdzenie należytego wykonania umowy, natomiast nie służą do dokładnego opisu wykonania zadania. Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych jest jednostką siostrzaną do zamawiającego, a więc rządzi się takimi samymi regulacjami wewnętrznymi. Zastępca Dyrektora do spraw technicznych tamtej jednostki posiadał wystarczającą wiedzę i kompetencje do wystawienia referencji, ponieważ nie jest to oświadczenie woli, ale wiedzy, że inwestycja taka została należycie wykonana.

Wskazał, że w obydwu przypadkach Skanska w wykazie wykonanych robót zaznaczyła jako klasę wykonywanych wałów klasę II, czyli większą niż III.

Zamawiający stwierdził, że wymagana była jedna robota, druga mogłaby być traktowana jako nadprogramowa. Dodał, że telefonicznie sprawdził w Podkarpackim Zarządzie czy oświadczenie SKANSKA S.A. o klasie wału odpowiada prawdziwe i uzyskał takie oświadczenie inwestora, także pisemne.

#### **Stanowisko przystępującego SKANSKA S.A. ad zarzut I. a)**

Przystępujący przychylił się do stanowiska zamawiającego.

#### **Stanowisko Izby ad zarzut I. a)**

Podnoszony zarzut Izba uznała za całkowicie chybiony. Okoliczność, że Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie nie ma osobowości prawnej i nie występuje w stosunkach zewnętrznych jako samodzielny podmiot, a jego działalnością kieruje jednoosobowo Dyrektor, na podstawie statutu, regulaminu jednostki organizacyjnej, czy też na podstawie stosownego pełnomocnictwa, nie uzasadnia, że Zastępca Dyrektora ds. Inwestycji nie może w żadnym zakresie działać w imieniu tej jednostki organizacyjnej wobec podmiotów trzecich. Stosowny podział czynności mógł być ustalony aktami wewnętrznymi, w tym regulującymi np. kwestię zastępstw np. urlopowych. Wydanie referencji podmiotowi, który uprzednio zrealizował należycie roboty dla danego zamawiającego, mieści się w definicji oświadczenia wiedzy, nie zaś oświadczenia woli, wiążącego się z zaciąganiem zobowiązań w imieniu reprezentowanej jednostki. Pani M..... W....., pełniąc funkcję Zastępcy Dyrektora ds. Inwestycji Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych

w Rzeszowie z pewnością posiadała informację na o przedmiocie robót świadczonych przez SKANSKA S.A. dla tej jednostki i mogła potwierdzić, że roboty te zostały prawidłowo zrealizowane i ukończone. Tak wystawiony dokument jest zdaniem Izby, w pełni wiarygodny i nie było żadnych podstaw do jego kwestionowania ze względu na osobę, która go podpisała.

**Zarzut I. b).** Treść referencji przedstawionych przez SKANSKA S.A. nie spełnia wymagań SIWZ. Celem wykazania wymaganego doświadczenia, wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia dokumentów potwierdzających wykonanie w przeszłości określonej roboty budowlanej. Zamawiający określił, wykonanie jakiego rodzaju roboty uzna za wystarczające dla uznania, że warunek doświadczenia został spełniony - takiej, której przedmiotem zamówienia było wykonanie budowy wału przeciwpowodziowego o długości 1,5 km, co najmniej III klasy. W referencjach wystawionych (wg treści) przez Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych brak jest wzmianki o klasie budowanego przez SKANSKA S.A. wału przeciwpowodziowego. W związku z tym należy uznać, że za pomocą tego dokumentu nie wykazano spełnienia warunku doświadczenia. Uczestnik przetargu SKANSKA S.A. załączył do swojej oferty również referencje wystawione przez Koldromost SKANSKA Spółka Jawna. Dokument ten został sporządzony dnia 31 grudnia 2010r. W jego treści wystawca zaświadcza, że firma SKANSKA S.A. realizuje roboty (...). Jednocześnie podaje termin realizacji tych robót jako: styczeń 2010 - grudzień 2010 oraz wskazuje, że kontrakt został wykonany w 86%. Analiza treści wskazanych referencji prowadzi do wniosku, że dokument ten nie potwierdza, że roboty zostały prawidłowo ukończone. Skoro bowiem zaświadcza się w nim, że SKANSKA S.A., w dacie jego wystawienia, wciąż realizuje roboty, to znaczy, że jeszcze ich nie zrealizowała. Z wnioskiem tym koresponduje zresztą podany termin robót, które miały być realizowane do grudnia 2010r. Jako że dokument został wystawiony jeszcze w grudniu 2010 r., to znaczy że sporządzono go w czasie realizacji robót, a nie po ich ukończeniu. Wreszcie, w przedmiotowych referencjach wskazuje się wprost, że kontrakt został zrealizowany w 86% - to znaczy, że nie został ukończony prawidłowo, albowiem prawidłowe ukończenie robót oznacza wykonanie ich w 100 %. Mając na uwadze wskazane elementy pisma wystawionego przez Koldromost Skanska sp. j., uznać należy, że warunek SIWZ co do przedłożenia dokumentu potwierdzającego prawidłowe wykonywanie robót w przeszłości, nie został spełniony.

**Stanowisko zamawiającego ad Zarzut I. b)**

Pozostaje takie samo jak przy zarzucie I. a)

**Stanowisko przystępującego SKANSKA S.A. ad zarzut I. b)**

Pozostaje takie samo jak przy zarzucie I. a)

Odwołujący W. Ferenc podtrzymał swoje twierdzenia, że obydwie referencje powinny być zdyskwalifikowane. Ważną rzeczą jest klasa wału, która nie została podana w referencjach. Nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego w odniesieniu do zarzutów I. a) i I. b).

#### **Stanowisko Izby ad zarzut I. b)**

Zarzut nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący pominął okoliczność, iż w myśl wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu, przytoczonych powyżej w ustaleniach dowodowych - dla wykazania spełnienia tych warunków wystarczyło zrealizowanie jednej roboty wykonanie budowy wału przeciwpowodziowego o długości 1,5 km, co najmniej III klasy. Pozycja nr 2 wykazu robót SKANSKA S.A. taką robotę zawiera, zrealizowaną na rzecz Podkarpackiego Zarządu Melioracji i Urzędzeń Wodnych z określeniem, iż dotyczy wału przeciwpowodziowego II klasy. Zamawiający zalecił aby referencje w miarę możliwości zawierały opis prac i referencje przedstawione przez SKANSKA S.A. wystawione przez Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urzędzeń Wodnych dla pozycji nr 2 taki opis zawierają. Zamawiający nie wymagał, aby w referencjach została oznaczona klasa wału, jako budowli hydrotechnicznej. Wystarczające zatem jest, że wykonawca taką okoliczność potwierdził w treści złożonego wykazu robót. Odwołujący nie zarzucał, że SKANSKA S.A. podała nieprawdziwe informacje w tym zakresie. Wykonawca składający ofertę w przetargu publicznym, ponosi wszelką odpowiedzialność za składane oświadczenia, w oparciu, o które uzyskać może zamówienie. Wykonawca może też w wykazie doświadczenia, ująć cały swój dorobek zawodowy (czy też główne roboty), wykazując nawet prace nie związane z przedmiotem zamówienia. Istotnym jest aby minimalny poziom wymagań był spełniony. Przystawienie innych robót, może dawać zamawiającemu informację na temat całokształtu dokonań danego podmiotu w okresie jego funkcjonowania na rynku. Skoro wykonawca SKANSKA S.A. spełnił wyznaczony warunek, poprzez legitymowanie się pracami ujętymi w poz. 2, to bez znaczenia pozostaje, że referencje dla pozycji 1. Wykazu wystawione przez Koldromost SKANSKA Spółka Jawna dnia 31 grudnia 2010 r. zaświadczenia, że firma SKANSKA S.A. realizuje roboty (...). Jednocześnie podając termin realizacji tych robót jako: styczeń 2010 - grudzień 2010 oraz wskazuje, że kontrakt został wykonany w 86%. Była to robota nadprogramowa, nie mająca wpływu na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem gdyby nawet termin ukończenia ujętych tam robót był niejasny, zbędnym i bezprzedmiotowym byłoby wzywianie wykonawcy SKANSKA S.A. do uzupełnienia tego dokumentu. Należało jednocześnie zważyć, iż zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) w postępowaniach (...) wszczynanych w okresie 12

miesiący od dnia wejścia w życie niniejszego rozporządzenia, wykonawca w miejsce poświadczeń, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 może przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie (...) robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowe ukończenie, określone w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Zbędne zatem było wzywanie wykonawcy SKANSKA SA. do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie, a zamawiającemu nie można przypisać żadnego zaniechania i naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający ponadto, miał taką możliwość i sprawdził w oparciu o posiadane rejestry, oraz w Podkarpackim Zarządzie Melioracji i Urządzeń Wodnych, że wał przeciwpowodziowy, który realizowała SKANSKA S.A. był klasy II. Zarzut, że oferta SKANSKA S.A. powinna zostać odrzucona z przywoływanej wyżej przyczyny, nie podlegał uwzględnieniu.

**Zarzut I. c)** W odniesieniu do lit. a i b odwołujący utrzymywał, że oferta SKANSKA S.A. jest, we wskazanym zakresie, niezgodna z przepisami ustawy oraz SIWZ. W związku z tym winna zostać odrzucona, chyba że wskazane braki podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wzywał SKANSKA S.A. do złożenia poprawnych dokumentów referencji, a następnie nie odrzucił oferty tego wykonawcy. W związku z tym, doszło do naruszenia art. 89 pkt 1 i 2 Pzp albo art. 26 ust. 3 Pzp. W każdym wypadku, zamawiający zaniechał czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy. W zależności od poczynionych ustaleń, wnosił o nakazanie wykonania tej czynności, która w opinii Krajowej Izby Odwoławczej winna w opisanym stanie faktycznym nastąpić.

#### **Stanowisko zamawiającego ad zarzut I. c.)**

Zamawiający stwierdził, że z przywoływanych przez odwołującego przyczyn w zakresie tego zarzutu nie można mówić o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, bo nie można tutaj mówić o niezgodności z ustawą Pzp przez złożenie dokumentów oferty, a tym bardziej niezgodności z treścią SIWZ. Można by było mówić o teoretycznym nie wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym traktuje art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zarzuty jak podnosił zamawiający muszą być skonkretyzowane, a nie mogą być ewentualne, pozostawione do decyzji „czy zostały postawione” – przez Izbę. Zamawiający potrzymał odpowiedź pisemną, że nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ani nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4, ani tym bardziej art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż jak podnosił wcześniej dokumenty i ich treść uznał za prawidłowe, nie wymagające uzupełnienia.

#### **Stanowisko przystępującego SKANSKA S.A. ad zarzut I. c)**

Przystępujący poparł zamawiającego. Zaznaczał, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może się odnosić do merytorycznej treści oferty i w tym zakresie żaden zarzut faktyczny nie został przez odwołującego sformułowany.

**Odwołujący W. Ferenc** podtrzymał zgłoszony zarzut, gdyż uważał, że oferta wykonawcy powinna w całości odpowiadać wskazaniom SIWZ co do sposobu jej przedstawienia i zawartości, tak w odniesieniu do wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu jak i w zakresie merytorycznym oferowanego świadczenia.

#### **Stanowisko Izby ad zarzut I. c)**

Zarzut nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący nie odróżnia spełniania wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu, od przesłanek zgodności oferty w szczególności z przepisami imperatywnymi ustawy Pzp oraz nie odróżnia pojęcia treści oferty i jej zgodności z treścią SIWZ.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do przedmiotu, zakresu, ceny, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ, które przy tym zamawiający podniósł do rangi istotnych postanowień umowy o realizację inwestycji. Treść oferty w tym

postępowaniu głównie wyznacza zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z projektem, w ustalonym terminie i za zaproponowaną cenę.

Podany opis warunków udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełnienia, nie odnosił się do treści oferty i nie mógł stanowić podstawy zarzutu, iż treść oferty SKANSKA S. A. narusza art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jak również narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, a zamawiający przez zaniechanie odrzucenia kwestionowanej oferty, złamał wytyczne tych norm. Z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ustawa Prawo zamówień publicznych wiąże obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, o którym mówi art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

**Zarzut I. d)** Oferta SKANSKA S.A. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dokonując badania ofert, zamawiający w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską, powinien cenę zaproponowaną w ofercie w pierwszej kolejności odnieść do ustalonej przez siebie wartości zamówienia. Wynika to wprost z brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym cenę odnosi się do przedmiotu zamówienia (zob. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo...). Oferta SKANSKA S.A. zawiera cenę 8.517.142,17 zł brutto (po poprawkach zamawiającego 8.449.819,86 zł brutto), podczas gdy szacunkowa wartość zamówienia została przez zamawiającego ustalona na 21 805 789,53 zł brutto. Różnica między tymi wartościami jest wyjątkowo duża, co winno budzić wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez SKANSKA S.A. Zaznaczył, że nie jest w stanie wyczerpująco przedstawić swojego stanowiska w przedmiocie ceny zaoferowanej przez SKANSKA S.A., ponieważ wyjaśnienia tego wykonawcy w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny nie zostały przez zamawiającego ujawnione. Zaniechanie ujawnienia ujął jako odrębny zarzut. Odwołujący wskazał na konkretny przykład, który obrazuje nierynkowy charakter ceny zawartej w ofercie SKANSKA S.A.: w kosztorysie oferty SKANSKA S.A. widnieje cena za 1 m<sup>3</sup> piasku wraz z dowozem w wysokości 1,84 zł (poz. 110 s. 13 i poz. 194 s. 22 oferty), podczas gdy w ofercie RPM S.A. cena taka wynosi 13,60 zł/m<sup>3</sup> (poz. 100, s.74), a w ofercie Odwołującego - 24 zł/m<sup>3</sup> (poz. 110, s. 76) i 35 zł/m<sup>3</sup> (poz. 194, s. 74).

#### **Stanowisko zamawiającego ad zarzut I. d)**

Zamawiający uznał podnoszony zarzut i skonkretyzowany przez odwołującego jak wyżej, za chybiony. Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień przystępującego w kontekście postanowień art. 90 ust. 2 Pzp i uznał że przywoływane przez przystępującego okoliczności dotyczące w szczególności sposobu i miejsca pozyskania gruntu na budowę wałów są realistyczne, a



proponowana metoda wykonania, czyli pominięcie dróg technologicznych poprzez zastosowanie sprzętu pozwalającego na przemieszczanie mas ziemnych w terenie bez dróg tymczasowych pozwala temu wykonawcy na osiągnięcie oszczędności odpowiadających różnicy w zaoferowanych cenach. Zamawiający oznaczył w SIWZ odległość dowozu materiału 15 km, ale nie nadał temu żadnego wiążącego charakteru. Przywołał dowód dopuszczony przez Izbę, że w poprzednim postępowaniu, gdzie została wybrana oferta odwołującego podał on za 1m<sup>3</sup> ziemi cenę 2,00 zł netto co znaczy, iż była to cena realna, uwzględniając, że zamówienie zostało wykonane. Zaznaczał, że zgodnie z orzecznictwem Izby wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień stwarza domniemanie, że cena jest zaproponowana jako rażąco niska. Zadaniem wykonawcy składającego wyjaśnienia jest obalenie tego domniemania. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia złożone przez SKANSKA stanowią przeciwdowód w zakresie omawianego domniemania, natomiast skoro zamawiający uznał te wyjaśnienia za wiarygodne, to wówczas ciężar udowodnienia, że czynność zamawiającego nie znajdowała umocowania w dokumentacji przetargu oraz przepisach Pzp, obciąża wykonawcę podważającego tę ocenę w drodze odwołania. Zamawiający uznawał, że okoliczności które podniosła SKANSKA w wyjaśnieniu wpisują się w dyspozycję art. 90 ust. 2 Pzp, jako elementy, które miały wpływ na cenę oferty tego wykonawcy.

#### **Stanowisko przystępującego SKANSKA S.A. ad zarzut I. d)**

Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego. Zwracał uwagę, że poza jedną ofertą z najwyższą ceną wszystkie inne kształtowały się na poziomie dużo niższym. Oscylowały w granicach 12-16mln. Jak obliczył różnica między jego ofertą, a RPM jest 26%, a pomiędzy jego ofertą, a W. Ferenc 31%. Podnosił, że rażąco niską cenę należy ustalać w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Odwołujący W. Ferenc opierał natomiast zarzut na cenie jednostkowej za grunt, mimo że jest to znaczący element, uważa, że odwołujący nie podważył dowodów i stanowiska zamawiającego w odniesieniu do uwzględnienia złożonych wyjaśnień.

Stwierdził, że w dalszym ciągu uznaje za zasadne chronienie danych odnośnie nawiązanych kontaktów handlowych (w tym w zakresie możliwości pozyskania ziemi na wał po zaoferowanej cenie).

#### **Stanowisko Izby ad zarzut I. d)**

Zarzut nie znalazł potwierdzenia. Akurat nietrafnym było wskazywanie na znaczną różnicę między wartością szacunkową zamówienia 21 805 789,53 zł a ceną oferty SKANSKA S.A. jeżeli się zważy, iż cena oferty odwołującego wynosiła 12 251 191,32 zł, a więc także w stopniu znaczącym odbiegała od wartości szacunkowej, iż zamawiający również mógł

nabrać podejrzeń, że cena oferty odwołującego pozostaje rażąco zaniżona, względem tej podstawy.

Nie licząc oferty ze skrajnie wysoką ceną 20 878 970,91 zł. Pozostałe siedem złożonych ofert prezentuje poziom w miarę wyrównany (brutto): 8 517 142,17zł, 11 498 524,34 zł, 12 251 191,32 zł, 12 749 990,69 zł, 12 593 014,45 zł, 15 897 029,70 zł, 16 824 204,55 zł, będący w ocenie Izby, wynikiem normalnej konkurencji rynkowej w ubieganiu się o zamówienie.

Przede wszystkim podkreślić należało, iż zamawiający w sposób prawidłowy dopełnił wszystkich procedur, określonych w art. 90 ustawy Pzp. Zwrócił się do przystępującego SKANSKA S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość odrzucenia oferty została zatem ograniczona tylko do dwóch, wskazanych enumeratywnie sytuacji. Jeżeli wyjaśnienia zostały prawidłowo złożone - jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu - a jednocześnie w sposób wiarygodny uzasadniały zawartą w ofercie przystępującą cenę, wówczas brak było podstaw do odrzucenia tej oferty. W wyroku KIO z dnia 19 marca 2012 r. (sygn. KIO 460/12, publ. w Lex nr 1131234) wskazano, iż *„ustawodawca określając drugą z przesłanek odrzucenia na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p. wskazał wyraźnie i kategorycznie, że dowody i wyjaśnienia mają potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Nie dał zatem przyzwolenia na odrzucenie oferty, gdy takiego jednoznacznego potwierdzenia brak.”*

Odnosząc się zaś do samego zarzutu, związanego z rażąco niską ceną, zaoferowaną przez przystępującego SKANSKA S.A., należało uwzględnić, iż utrwalony jest już w doktrynie i orzecznictwie KIO pogląd, iż oceny tej nie należy dokonywać wyłącznie w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia, wskazanej przez zamawiającego. W wyroku z dnia 12 marca 2013 r. (sygn. KIO 428/13, publ. wLex nr 1298015) *wskazano, iż „odnoszenie ceny ofertowej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające i nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska.”* Nadto *wskazano również, iż „samo stwierdzenie różnic pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny, cenie którejs z ofert. Oferta najkorzystniejsza cenowo jest z reguły ofertą z ceną niższą niż szacunkowa wartość zamówienia.”* Podobnie w wyroku z dnia 25 lutego 2013 r. (sygn. KIO 238/13; KIO 251/13, publ. w Lex nr 1293523) *podkreślone zostało, iż „odnoszenie się do wartości*

*szacunkowej zamówienia nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że istnieje zagrożenie, że cena ofertowa jest rażąco niska. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalana przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania ma przede wszystkim znaczenie dla proceduralnych ustaleń zamawiającego, co do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia."*

Powyższe wyraźnie potwierdza, że dla uzasadnienia tezy o rażąco niskiej cenie, zaoficerowanej przez któregokolwiek z wykonawców, nie jest wystarczające wskazanie przez odwołującego, że stanowią one określony procent szacunkowej wartości zamówienia. Podobnie przy ocenie, czy cena jest rażąco niska nie można oprzeć się na argumente, iż cena zaproponowana przez odwołującego jest wyższa od zaoficerowanej przez kwestionowanego wykonawcę. W wyroku z dnia 16 kwietnia 2012 r. (sygn. KIO 654/12, publ. w Lex nr 1163133) wskazano, iż *„twierdzenia o cenie rażąco niskiej nie można oprzeć wyłącznie na podstawie prostego porównania cen ofert wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia."*

Należy przy tym uwzględniać konkretne warunki prowadzonego postępowania.

Przystępujący SKANSKA S.A., w piśmie z dnia 17 czerwca 2013 r. stanowiącym wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jego oferty, wskazał w sposób skonkretyzowany i poddający się zweryfikowaniu, iż w niniejszym postępowaniu występują wyjątkowe okoliczności, mające wpływ na możliwość osiągnięcia tak niskiej ceny. Wyjaśnienia, złożone przez przystępującego, należy uznać za spójne i logiczne, wskazujące w sposób bezpośredni szczególne okoliczności, dzięki którym przystępujący był w stanie zaoficerować w tym akurat przetargu ofertę atrakcyjną cenowo. Odwołujący skonkretyzował ten zarzut, podnosząc, iż cena 1,84 zł za 1m<sup>3</sup> ziemi pozyskiwanej z ukopu na budowę wału, biorąc pod uwagę, iż zawiera koszty dowozu, jest nierealistyczna. Przede wszystkim należało zważyć, iż przystępujący zapewnił sobie możliwość pozyskiwania materiału na budowę wału, w bezpośredniej bliskości tej budowy, to jest z międzywala. Nie było żadnych podstaw, aby kwestionować złożone wyjaśnienia, stanowiące zarazem oświadczenia tego wykonawcy, stanowiące integralną część oferty, że SKANSKA S.A. zawarła z właścicielami okolicznych nieruchomości, mniej czy bardziej formalne porozumienia odnośnie możliwości pozyskania materiału na budowę wału, gdyby nawet były to porozumienia co do przyszłego wykupu na ten cel nieruchomości gruntowych. Przystępujący nie był zobowiązany podawać nazwisk, czy adresów właścicieli okolicznych gruntów, z którymi zawarł wstępne porozumienia, gdyż wówczas konkurencja mogłaby próbować przejąć te kontakty.

Istotnym było, że złożony kosztorys ofertowy, który obejmuje wszystkie pozycje i wymagane czynniki cenotwórcze, stanowi przedstawienie niezbędnych obliczeń dla wykazania, w jaki sposób otrzymana została zaoferowana cena.

Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, w sposób uzasadniony zostały więc przez zamawiającego uznane za wystarczające i przekonywujące. Jak wskazywano już w orzecznictwie KIO, na wysokość ceny, oferowanej przez wykonawcę ma wpływ bardzo duża liczba czynników, przy czym przykładowo wskazać należy, iż „okoliczności takie jak doświadczenie w wykonywaniu określonych robót, lub duże obroty firmy stanowią wartość gospodarczą, która przekłada się na koszty prowadzonej działalności gospodarczej, a w związku z tym okoliczności te nie mogą być pomijane przy ocenie czynników mających znaczenie dla poziomu ceny oferty.” (tak wyrok z dnia 11 marca 2013 r., sygn. KIO 420/13, publ. w Lex nr 1298008). Nadto w wyroku z dnia 22 maja 2012 r. (sygn. KIO 958/12, publ. w Lex nr 1165350) wskazano, iż nawet „jeżeli wyjaśnienia w swojej konstrukcji mają częściowo charakter ogólny, powołując się na generalne czynniki, które miały znaczenie dla konstruowania ceny ofertowej, jak m.in. czynniki związane z kondycją firmy (np. wieloletnia obecność na rynku i wypracowanie takich form zakupów i cen zakupów, a także grupy stałych dostawców wyrobów budowlanych, które gwarantują konkurencyjność cenową wykonawcy, to takie wyjaśnienia, choć mające charakter generalny mają znaczenie i odniesienie do korzystnej sytuacji dla tego konkretnie wykonawcy, co odpowiada wytycznym z art. 90 ust. 2 Pzp, albowiem nie są z reguły dostępne wszystkim wykonawcom w jednakowym stopniu, co świadczy o ich zindywidualizowanym charakterze. Podnoszone rozwiązania organizacyjne i sprzętowe, wprost wpisują się w dyspozycję normy art. 90 ust. 2 Pzp i pozwalają na oszczędności w kosztach wykonania robót. Powyższe wskazuje, że zarzuty podniesione przez odwołującego w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez przystępującego SKANSKA SA. nie są zasadne. Jak wskazano w wyroku z dnia 11 lipca 2012 r. (sygn. KIO 1377/12, publ. w Lex nr 1212149) „złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dowodzących, że jego cena nie jest rażąco zaniżona ma taki skutek, że oferta jest oceniana na podstawie kryteriów oceny ofert i może zostać uznana za najkorzystniejszą.” Brak jest zatem podstaw, dla których wybór oferty przystępującego mógłby być kwestionowany. W toku postępowania zachowane zostały wszelkie wymogi formalne, dotyczące wyjaśnienia wysokości ceny, a zarówno zamawiający jak i przystępujący wywiązali się w sposób prawidłowy z obowiązków, nałożonych na nich przez odnośne przepisy. W związku z tym, w opinii Izby, zgłoszony przez odwołującego zarzut rażąco niskiej ceny oferty SKANSKA S.A. należało w całości uznać za bezzasadny, gdyż nic nie wskazywało na to aby cena oferowana przez tego wykonawcę była oderwana od realiów rynkowych, do tego w sposób zauważalny i rażący, który mógłby dawać podstawy, że podmiot ten nie podjął racjonalnych decyzji, przy

kalkulowaniu ceny składanej oferty i powierzenie mu realizacji zamówienia zagrozi prawidłowemu wykonaniu. Odwołujący w zasadzie ograniczył się tylko do skonkretyzowania zarzutu, że cena materiału masowego – gruntu kopalnego do budowy wałów i nasypów, podana w ofercie SKANSKA SA. w wysokości 1,84 zł za m<sup>3</sup> jest nierealna wobec podania tej ceny przez odwołującego na 35 zł za m<sup>3</sup>. Nie można było pominąć, iż mimo zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień przystępującego, całość kosztorysu ofertowego SKANSKA S.A. była jawna. Innych skonkretyzowanych zarzutów w odniesieniu do którejkolwiek pozostałych pozycji tego kosztorysu odwołujący nie przedstawił. Sam zamawiający w kosztorysie inwestorskim przyjął cenę tego materiału na kwotę 6,53 za m<sup>3</sup>, zatem to odwołujący założył według własnych możliwości, stosowanych stawek czynników cenotwórczych, kosztów zakupu, dowozu ujmowanych w cenach materiału - gruntu kopalnego do budowy wałów i nasypów na bardzo wysokim poziomie. Przystępujący w wyjaśnieniach podał miejsce pozyskania tego materiału, sposób jego dowozu na budowę wałów, co mogło znacząco wpłynąć na obniżkę ceny, przez zaoszczędzenie na kosztach transportu. Bliskość eksploatowanych złóż, brak konieczności budowy dróg tymczasowych, środki transportowe przystosowane do tego rodzaju prac, i możliwość ich skoncentrowanego użycia. Inwestycja posiada wszelkie decyzje administracyjne i uzgodnienia branżowe, zatem podważenie, że wykonawca SKANSKA SA. może nie uzyskać zgody RZGW na wydobywanie kopalin w międzywałach, z zaprojektowanych na ten cel rezerw, w ocenie Izby, stanowi uporczywe forsowanie tezy, dla znalezienia podstaw do odrzucenia oferty konkurenta. Izba nie mogła pominąć dowodu przedstawionego przez zamawiającego, że odwołujący uzyskał zamówienie na budowę poprzedzający odcinek wału, gdzie grunt na budowę wału wycenił na 2,00 zł, zatem na bardzo zbliżoną cenę do ceny tego składnika materiałowego, proponowaną przez SKANSKA S. A. w tym przetargu. Także ceny ofert składanych w przetargu na budowę następnego odcinka wału, w odniesieniu do porównywalnej długości tych odcinków, nie odbiegają od ceny oferty wykonawcy SKANSKA S.A.

W końcu, także trafna była argumentacja zamawiającego oraz przystępującego, że rażąco niską cenę, ustala się i odnosi do ceny całkowitej za przedmiot zamówienia, gdyż stanowi tak wprost art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 tej ustawy. W pozostałych elementach cenowych, oferta SKANSKA S.A. nie była najtańsza. Nawet niedoszacowanie jednego z elementów kalkulacji cenowej, nie może wprost świadczyć o rażąco niskiej cenie całkowitej oferty, przekładającej się na rentowność kontraktu. Ocena oferty przystępującego oraz złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty nie budzi zastrzeżeń Izby. Zamawiający nie naruszył więc art. 89 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

### **Zarzut I. e)**

W opinii odwołującego oferta SKANSKA S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten koresponduje z zarzutem omówionym w lit. d powyżej, albowiem zachodzi podejrzenie, że rażąco niska cena zaoferowana przez SKANSKA S.A. jest wynikiem sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców (tu: konkurentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Takie zachowanie SKANSKA S.A. należałoby zatem oceniać w płaszczyźnie art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Ponownie jednak przedstawienie wyczerpującej argumentacji jest niemożliwe, ponieważ zamawiający nie ujawnił wyjaśnień SKANSKA S.A. w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Aktualność zachowują rozważania przedstawione w lit. poprzedzającej. Odwołujący W. Ferenc podnosił, że sformułowanie zarzutów rażąco niskiej ceny oferty SKANSKA S.A. w złożonym odwołaniu było utrudnione z uwagi na to że treść wyjaśnień z 17 czerwca 2013r. została ujawniona przez zamawiającego dopiero na rozprawie. Zaznaczał, że cena materiału kalkulowana jest z tzw. kosztami zakupu, a w tym przypadku razem z dowozem. Dowóz jest przewidywany na odległość 15 km, co jak była mowa powyżej zamawiający nie traktował jako wytyczną obligatoryjną. Odwołujący potwierdził, że nie wie, skąd poszczególne wykonawca będzie pozyskiwał ten materiał. Z treści wyjaśnień SKANSKA S.A. wywodził, że wykonawca ten zamierza dokonać wykupu nieruchomości od ich właścicieli położonych w międzywalu. Zaznaczał, że przyjmując ładowność 25 ton na jeden kurs pojazdu, to 44 zł kosztuje ziemia razem z kosztem dowozu a więc z kosztami paliwa, amortyzacją pojazdu i wynagrodzeniem kierowcy. Wyjaśniał, że w przypadku poprzedniego przetargu na poprzedzający odcinek wału była odległość dowozu ziemi na 1km. Powołał się na pozycję kosztorysu SKANSKA, gdzie cena podsypki została określona na 38zł razem z robocizną czyli jako cena jednostkowa pozycji przedmiarowej, a w wykazie materiału żwir kosztuje 50zł. Materiał jest droższy od wykonanego wyrobu z tego materiału. Obrazuje to również sposób dochodzenia do ceny oferty wykonawcy SKANSKA, którą nadal odwołujący uznawał za rażąco niską.

### **Stanowisko zamawiającego ad zarzut I. e)**

Zamawiający stwierdził, że skoro wykazywał i uzasadniał, że cena oferty Skanska jest realna i nie jest rażąco niska, a więc nie poniżej kosztów wykonywania tych prac, to uznaje ten zarzut za bezpodstawny, ponieważ przywoływana dyspozycja art. 15 ustęp 1 pkt 1 UZNK dotyczy właśnie wykonywania prac poniżej ponoszonych kosztów.

### **Stanowisko przystępującego SKANSKA S.A. ad zarzut I. e)**

Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego i zaznaczył, że taki czyn musiałby być popełniony z zamiarem bezpośrednim. Podtrzymał, że nie skalkulował ceny swojej oferty poniżej kosztów, które będzie musiał ponieść w przypadku uzyskania zamówienia, tym bardziej nie działał w celu wyeliminowania konkurencji.

#### **Stanowisko Izby ad zarzut I. e)**

W związku z nieuwzględnieniem zarzutu przedstawionego powyżej pod punktem I lit. d, - rażąco niskiej ceny, Izba nie uwzględniła zarzutu, iż cena zaoferowana przez SKANSKA S.A. jest wynikiem sprzedaży usługi budowlanej, poniżej kosztów jej wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, to jest konkurentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym, odpada podstawa oceniania kwestionowanej oferty w oparciu o art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), który również sprowadza się do tej samej podstawy faktycznej oferowania przedmiotu zamówienia poniżej ponoszonych kosztów. *„Samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji”* (tak np. wyrok z dnia 13 marca 2012 r., sygn. KIO 406/12, publ. w Lex nr 1129944). Wskazuje się bowiem, iż *„oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym Wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie Wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia. Samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.”*

**Zarzut I. f).** Oferta SKANSKA S.A. zawiera błędy w obliczeniu ceny. Efektem tych błędów jest niespójność cen ujętych w kosztorysie uproszczonym z zestawieniem cen materiałów, które to zestawienie należało załączyć do oferty zgodnie z SIWZ. Dla przykładu odwołujący podał: ujęta w kosztorysie ofertowym (poz. 135, s. 15 oferty) cena 1 m<sup>3</sup> podsypki filtracyjnej wraz z wykonaniem wynosi 38,13 zł, natomiast wskazana w wykazie materiałów podstawowych (poz. 112, s. 46 oferty) cena 1 m<sup>3</sup> żwiru na wykonanie podsypki, jako koszt zakupu materiału, wynosi 50,- zł. Wskazane wyżej ceny są ze sobą sprzeczne, wykluczając się nawzajem. Nie jest bowiem możliwe, aby 1m<sup>3</sup> podsypki filtracyjnej wraz z wykonaniem kosztował 38,13 zł, podczas gdy 1m<sup>3</sup> samego żwiru, z którego tworzy się taką podsypkę, kosztuje 50,- zł. Mamy tu zatem do czynienia z manipulacją cenową mającą na celu podanie w ofercie pozornie niskiej, fałszywej wartości robót. Takie ułożenie cen jest błędne i ma na celu wykazanie możliwie niskich cen jednostkowych, a za nimi niskich cen pozycji kosztorysowych. Powoduje to po stronie zamawiającego ryzyko poniesienia kosztów znacznie większych od tych, które przewidziano w cenie. W przypadku bowiem konieczności wykonania robót dodatkowych, zamiennych lub uzupełniających, rzeczywisty koszt podsypki

wraz z jej wykonaniem zostanie obliczony nie tak, jak podano w kosztorysie, a na podstawie zestawienia materiałów. Będzie zatem dużo wyższy, albowiem już sama cena materiału na wykonanie podsypki (nie licząc robocizny) jest wyższa niż podana w kosztorysie całościowa cena dotycząca tego elementu.

#### **Stanowisko zamawiającego ad zarzut I. f)**

Zamawiający podnosił, że błąd w obliczeniu ceny o którym traktuje art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jest czymś innym niż ewentualny błąd w wycenie pozycji kosztorysowej. Podtrzymał stanowisko z odpowiedzi na odwołanie, że podsypka składa się z różnych materiałów. Projektant przewidział możliwość wykonania podsypki z różnych piasków z różnym uziarnieniem. Takie są zapisy SIWZ. Zgodnie z projektem technicznym projektant dopuszczał wykonanie podsypki, obsypki z różnych materiałów, niekoniecznie z samego żwiru. Odwołujący nie wykazał, że zgodnie z projektem technicznym, podsypka może być wykonana jedynie ze żwiru.

#### **Stanowisko przystępującego SKANSKA S.A. ad zarzut I. f)**

Przystępujący powołał się na opis str. 76 specyfikacji technicznej - roboty drenażowe wzdłuż wału, z którego wynika to, co podnosił uprzednio zamawiający, że podsypkę pod rurociągi i obsypkę należy wykonać z piasku drobnego i średniego według wymagań odnośnej normy. Wyjaśniał, że zgodnie z projektem zastosował jako podsypkę i obsypkę piasek drobny, a nie żwir. Jest to pozycja 61 i 63 wyceniona na 20zł/m<sup>3</sup>. Mieści się w cenie jednostkowej oferowanych robót 38,13zł/m<sup>3</sup>, co świadczy o bezpodstawności zarzutu.

#### **Stanowisko Izby ad zarzut I. f)**

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Jak wynika z przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, obliczenia planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w PFU (Dz. U. Nr 130, poz. 1389) w § 1 ust. 2 pkt 1) ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o cenie jednostkowej należy przez to rozumieć sumę kosztów bezpośrednich robocizny, materiału i pracy sprzętu, oraz kosztów pośrednich i zysku, wyliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych. Zatem cena jednostkowa obejmuje zagregowane czynniki cenotwórcze. Ponadto, odwołujący podnosząc, że ujęta w kosztorysie ofertowym SKANSKA (poz. 135, s. 15 oferty) cena 1 m<sup>3</sup> podsypki filtracyjnej wraz z wykonaniem wynosi 38,13 zł, natomiast wskazana w wykazie materiałów podstawowych (poz. 112, s. 46 oferty) cena 1 m<sup>3</sup> żwiru na wykonanie podsypki, jako koszt zakupu materiału, wynosi 50,- zł., co w jego mniemaniu stanowi o niespójności cen, a tym samym o błędzie w obliczeniu ceny, nie uwzględnił, iż podsypka nie musi być materiałem



jednorodnym, może się składać się z kilku komponentów (w tym może być żwir) w odpowiednich do celu zastosowania proporcjach, o podanym w specyfikacji technicznej uziarnieniu składowych materiałów tej pozycji, co w sposób oczywisty rzutuje na cenę danej pozycji. Przesądzającym dowodem jest opis str. 76 specyfikacji technicznej roboty drenażowe wzdłuż wału, z którego wynika to, co podnosił zamawiający i przystępujący, że podsypkę pod rurociągi i obsypkę należy wykonać z piasku drobnego i średniego według wymagań odnośnej normy. Przystępujący zgodnie z projektem zastosował jako podsypkę i obsypkę piasek drobny, a nie żwir. Jest to pozycja 61 i 63 wyceniona na 20zł/m<sup>3</sup>. Mieści się w cenie jednostkowej oferowanych robót. 38,13zł/m<sup>3</sup>. Z wymienionych względów zarzut ten Izba uznała za bezpodstawny.

**Zarzut I. g)** Zamawiający poprawił omyłki w ofercie SKANSKA S.A., w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 Pzp. Przepis ten pozwala na poprawienie jedynie takich omyłek pisarskich i rachunkowych, które są oczywiste. W opinii odwołującego, omyłki w ofercie SKANSKA S.A., które zostały poprawione przez zamawiającego, nie miały charakteru oczywistych. W kwestii interpretacji pojęcia oczywistej omyłki pisarskiej wielokrotnie wypowiadały się Zespół Arbitrów oraz Krajowa Izba Odwoławcza. Tak np. w wyroku z dnia 7 kwietnia 2005 r. (UZP/ZO/O-611/05) wskazano, że istotą uznania dokonanej omyłki za oczywistą jest możliwość jej stwierdzenia bez specjalistycznej wiedzy oraz jej bezsporność. (...) Oczywistość omyłki powoduje też, że natychmiast niewątpliwe jest, jaka powinna być treść konkretnego zapisu. Natomiast w wyroku z dnia 3 października 2006 r. (UZP/ZO/O-2555/06) Zespół Arbitrów stanął na stanowisku, że za oczywistą omyłkę pisarską w świetle art. 87 Pzp uznać należy uchybienia o charakterze oczywistym, których poprawienie z jednej strony nie może prowadzić do zmiany oferty, z drugiej zaś muszą one być widoczne na pierwszy rzut oka bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń. Brak definicji ustawowej oczywistej omyłki pisarskiej powoduje potrzebę odwołania się do potocznego zwykłego rozumienia tego pojęcia. Oczywistą omyłką pisarską będzie więc niewłaściwe użycie wyrazu, mylna jego pisownia, błąd gramatyczny itp. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 kwietnia 2006r. (UZP/ZO/O-1098/06) potwierdza z kolei, że oczywistą omyłką jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście. Taką linię orzecniczą kontynuuje Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia 17 stycznia 2008 r., (KIO/UZP 77/07) stwierdza, że oczywista omyłka jest pewnym rodzajem niedokładności, przypadkowym przeoczeniem czy też oczywistym błędem pisarskim, który polega na mylnym użyciu wyrazu, jego pisowni albo też opuszczeniu jakiegoś wyrazu (zob. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2012). Podkreśla się zatem powszechnie, że oczywistość omyłki, która może podlegać poprawieniu, polega z jednej strony na tym, że jest to omyłka zauważalna

bez konieczności głębokiego badania oferty, z drugiej zaś na tym, że poprawienie takiej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oświadczenia woli. Poprawienie omyłek w ofercie SKANSKA S.A. doprowadziło tymczasem do zmiany treści oświadczenia woli. W wyniku dokonanej poprawki zmieniła się bowiem wartość oferty. Nie ma wątpliwości co do tego, że cena oferowana przez wykonawcę należy do istotnych elementów jego oświadczenia woli, a skoro tak, to nie może być zmieniana w drodze poprawiania oczywistych omyłek. Odwołujący do protokołu rozprawy dodał, że oprócz oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych ustawodawca odróżnia kategorie innych omyłek dotyczących treści oferty nie ingerujących w sposób znaczący w treść oferty. Jeżeli mamy do czynienia z różnicą w cenie rzędu 50 000 zł, to zdaniem odwołującego chociażby ze względu na wysokość tej korekty jest to istotna zmiana w treści oferty wykonawcy i w związku z tym zastosowanie winien mieć tryb określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, czyli że w takim przypadku zamawiający winien zwrócić się niezwłocznie zawiadamiając wykonawcę którego oferta została poprawiona. Nawiązuje do tego art. 89 ust. 1 pkt 7, że wykonawca taki w terminie trzech dni powinien złożyć oświadczenie czy wyraża zgodę na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, a zamawiający tego zaniechał. Odwołujący podtrzymał ten zarzut. Jednocześnie zaznaczając, że trzeba uwzględnić, że dokonanie takiej poprawy było niedopuszczalne bowiem ingerowało istotnie w treść oferty. Gdyby nawet założyć, że sprostowanie tej omyłki było dopuszczalne w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, to wówczas należałoby uwzględnić zaniechanie zamawiającego uzyskania zgody wykonawcy na poprawienie tej omyłki.

#### **Stanowisko zamawiającego ad zarzut I. g)**

Zamawiający na podstawie zestawienia treści str. 40,42 oferty SKANSKA stwierdził, iż popełniona przez nią omyłka polega na niezamierzonym przeniesieniu błędnej kwoty z jednego dokumentu do drugiego i jest to różnica rzędu 2,00 zł. Jest to niewątpliwa omyłka pisarska.

Zamawiający weryfikując możliwość poprawienia omyłki, stwierdził błąd arytmetyczny dwukrotnego zsumowania w kosztorysie podstawowym, gdzie została dodana kwota robót w zakresie teletechnicznym i elektroenergetycznym, która już w tym kosztorysie istniała. Jest to klasyczny przykład oczywistej omyłki rachunkowej, gdzie ustawa nakazuje poprawienie jej wraz z konsekwencjami wyliczeń i nie doszło zatem do wytworzenia oświadczenia woli innej treści, niż w ofercie. Jeżeli cena oferty stanowi sumę składników wartości wyliczonych w oparciu o ceny jednostkowe i ilość jednostek przedmiarowych, to cena ta wynika z prawidłowego podsumowania wszystkich pozycji.

#### **Stanowisko przystępującego SKANSKA S.A. ad zarzut I. g)**

Przystępujący podtrzymał stanowisko zamawiającego.

### **Stanowisko Izby ad zarzut I. g)**

Izba miała na względzie, niepoważone przez odwołującego wyjaśnienia zamawiającego przedstawione do protokołu rozprawy, co do charakteru popełnionych omyłek w kosztorysie ofertowym wykonawcy SKANSKA S.A. i sposobu ich poprawienia.

Zamawiający wyjaśnił, mianowicie, że przedmiar obejmował kosztorys na roboty podstawowe bez podziału na branże oraz dodatkowy kosztorys związany z robotami teletechnicznymi i elektroenergetycznymi. Główny kosztorys posiada pozycję 353, w której należało wpisać pozycje z kosztorysu dodatkowego w odniesieniu do danych robót będącego wynikiem podsumowania elementów wyceny z kosztorysu dodatkowego.

W ofercie Skanska osoba przenosząca dane z kosztorysu dodatkowego do podstawowego w pozycji 353 wpisała błędną o ok. 2,00 zł wartość. Zostało to poprawione przez zamawiającego jako oczywista omyłka pisarska.

Druga omyłka znaleziona w kosztorysie Skanska to podwójne zsumowanie kwot z pozycji 353 i tej wynikającej z kosztorysu dodatkowego. Pomyłka ta została poprawiona jako oczywista omyłka rachunkowa i pomniejszono wartość oferty SKANSKA SA. z tego tytułu o kwotę 54 733,59 zł. Wykonawca dwa razy zsumował tę samą kwotę. Dokonana poprawa nie wpłynęła na zmianę pozycji firm w ustalonej kolejności ofert. Wykonawca został powiadomiony o dokonaniu tych poprawek, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Ponadto zarzut nie został przez odwołującego skonkretyzowany. Odwołujący nie podał bowiem jakie mianowicie omyłki w ofercie SKANSKA S.A. zostały poprawione. Nie jest dopuszczalne konkretyzowanie podnoszonych ogólnie w odwołaniu zarzutów dopiero na rozprawie. Zarzuty takie Izba winna pozostawiać bez rozpoznania – jako spóźnione, wobec tego, że wykonawcy zostali powiadomieni o wynikach przetargu w dniu 1 lipca 2013 r. i od tej daty biegł zawity 10 dniowy termin na podnoszenie zarzutów wobec czynności i zaniechań zamawiającego oceny ofert konkurentów.

Nie mniej, ustalono, że sprostowane omyłki dotyczyły finalnie działań arytmetycznych, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a więc z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, co wynika wprost z upoważnienia przywoływanego przepisu. Poprawki doprowadziły zresztą do zmniejszenia ceny oferty. Cena oferty niewątpliwie stanowi treść oferty, jednakże ingerencja zamawiającego znajdowała normatywne wsparcie.

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

**Zarzut I. h.** W zakresie poprawienia omyłek w ofercie SKANSKA S.A. przedstawił zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 Pzp poprzez poprawienie omyłek, które nie są oczywiste. Jednocześnie, zgodnie z art. 89 pkt 7 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3. W piśmie skierowanym do SKANSKA S.A. stwierdza się, że poprawiono oczywistą omyłkę pisarską oraz oczywistą omyłkę rachunkową,

**Stanowisko zamawiającego ad zarzut I. h)**

Zamawiający podtrzymał stanowisko jak przy omówieniu zarzutu I g)

**Stanowisko przystępującego SKANSKA S.A. ad zarzut I. h)**

Przystępujący podtrzymał stanowisko zamawiającego.

**Stanowisko Izby ad zarzut I. h)**

Sprostowanie dotyczyło omyłki pisarskiej i rachunkowej. Nie zachodziła podstawa do sprostowania omyłki ingerującej w treść oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a więc innej niż wynikającej z omyłki pisarskiej czy rachunkowej. Charakter poprawionych omyłek w ofercie SKANSKA S.A. został oceniony przez Izbę w odniesieniu do zarzutu I. g). Skoro sprostowane omyłki dotyczyły pomyłek pisarskich i działań arytmetycznych, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, a więc bez zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie była wymagana zgoda wykonawcy na dokonanie tych poprawek. Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. Okoliczności oczywistej omyłki były łatwo zauważalne, możliwe do ustalenia i poprawy przez samego zamawiającego.

**Zarzut II. Oferta RPM S.A. powinna zostać odrzucona lub uzupełniona w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.**

**Zarzut II a).** Odwołujący wskazywał, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ wyjaśniając przy tym, co następuje. Celem wykazania wymaganego doświadczenia, wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia dokumentów potwierdzających wykonanie w przeszłości określonej roboty budowlanej. Zamawiający precyzyjnie określił, wykonanie jakiego rodzaju roboty uzna za wystarczające dla uznania, że warunek doświadczenia został spełniony (rozd. 9 pkt 2 ppkt 2 SIWZ) - takiej, której przedmiotem zamówienia było wykonanie budowy wału przeciwpowodziowego o długości 1,5 km, co najmniej III klasy. W referencjach wystawionych przez PBG S.A. brak jest wzmianki o klasie budowanego przez RPM S.A. wału przeciwpowodziowego. W związku z tym należy uznać, że za pomocą tego dokumentu nie wykazano spełnienia warunku doświadczenia. Decydujące zdaniem odwołującego są referencje, a nie oświadczenie wykonawcy zawarte w złożonym wykazie robót.

### **Stanowisko zamawiającego ad. zarzut II. a)**

Zamawiający podtrzymał stanowisko, jak przy zarzucie o podobnej treści sformułowanego odnośnie oferty SKANSKA S.A., że informacja ta wynikała ze złożonego oświadczenia wykonawcy RPM S.A. – wykazu robót.

### **Stanowisko Izby ad zarzut II. a)**

Tak samo jak przy rozpatrzeniu analogicznego zarzutu wobec wykonawcy SKANSKA S.A. Izba uznała, że brak było podstaw, aby wymagać w referencjach podania klasy wału. Został podany opis roboty budowlanej, a w wykazie wykonanych robót została określona klasa wału. Wyczerpuje to wymagania stawiane w SIWZ przez zamawiającego. Forsowana przez odwołującego teza, okazała się bezpodstawna.

**Zarzut II. b).** Kosztorys uproszczony zawarty w ofercie RPM S.A. nie jest tożsamy z przedmiarem załączonym do SIWZ przez zamawiającego, ponieważ nie zawiera rubryki „Nr specyfikacji technicznej”. W związku z tym, oferta RPM S.A. nie zawiera kompletnej podstawy wyceny. Katalog Nakładów Rzeczowych jest narzędziem pomocniczym dla sporządzania kosztorysu ofertowego, natomiast Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych określa szczegółowo zakres robót do wykonania dla danej pozycji kosztorysowej. Dla przykładu, opis pozycji wg Katalogu Nakładów Rzeczowych nie podaje rodzaju bentomaty, jaka winna być zastosowana, podczas gdy Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru określa szczegółowo typ bentomaty, szerokość zakładów, obsypkę styków bentonitem, technologię wykonania. W braku odniesienia do Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru w pozycji kosztorysowej, nie jest jednoznaczne, czy wykonawca ujął w pozycji kosztorysowej wszystkie koszty wykonania danego elementu. Przy tym odwołujący zauważył, że zamawiający odnosi się do Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru w projekcie umowy na wykonanie zadania inwestycyjnego w § 2 pkt 2 ust. 2, § 4 pkt 1 ust. 2, 10 i 11. Utrzymał, że oferta RPM S.A. jest, we wskazanym wyżej zakresie, niezgodna z treścią SIWZ. W związku z tym winna zostać odrzucona, chyba że wskazane braki podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wzywał RPM S.A. do złożenia poprawnych dokumentów referencji i kosztorysu, a następnie nie odrzucił oferty tego wykonawcy. W związku z tym, doszło do naruszenia art. 89 pkt 2 Pzp albo art. 26 ust. 3 Pzp. W każdym wypadku, zamawiający zaniechał czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy.

### **Stanowisko zamawiającego ad. zarzut II. b)**

Zamawiający argumentował, że jeżeli jest odstępstwo w kosztorysie wykonawcy RPM S.A., to ma ono charakter typowo formalny, nie jest to odstępstwo treści oferty w stosunku do SIWZ. Oznaczenie odnośnie specyfikacji podane zostało w nagłówku dla danego zakresu

pozycji przedmiarowej zbiorczo. W przywołaniu oznaczonej specyfikacji mieszczą się opisy dla poszczególnych jednostek przedmiarowych objętych tą specyfikacją. Nie dostrzegł również potrzeby stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

#### **Stanowisko Izby ad zarzut II. b)**

Zarzut nie znalazł potwierdzenia. Kosztorys uproszczony zawarty w ofercie RPM S.A. wprawdzie nie zawiera rubryki (kolumny) „Nr specyfikacji technicznej”, jednakże jak była mowa wyżej przy przedstawieniu materiału dowodowego sprawy, zawiera przywołanie oznaczonej STWiORB w nagłówku pozycji kosztorysowych, do których się odnosi. Jest to zatem odstępstwo jedynie formalne, a nie merytoryczne od wymaganego przez zamawiającego sposobu przedstawienia kosztorysu, nie mogące skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Nie zachodzi konieczność wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, albowiem zawiera on kompletne wymagane informacje, tyle, że w odmiennej postaci, niż podawał wzór.

**Zarzut II. c).** Zamawiający poprawił również omyłkę w ofercie RPM S.A., w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 Pzp. W tym wypadku brak jest wskazania, że chodzi o omyłkę pisarską lub rachunkową, przyjąć więc należy, według odwołującego, że poprawiono inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Taka omyłka może zostać poprawiona jedynie wtedy, gdy nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem w wyniku dokonanej poprawki zmieniła się wartość oferty RPM S.A. Cena oferowana przez wykonawcę jest natomiast istotnym elementem oferty, nie może więc być zmieniana w drodze poprawiania omyłek także innych niż pisarskie i rachunkowe.

#### **Stanowisko zamawiającego ad zarzut II. c)**

Zamawiający podnosił, iż w wyniku sprostowania omyłki doszło do skorygowania ceny oferty wykonawcy RPM w granicach 700,00 zł, in minus, tak jak wyjaśniał przy omawianiu materiału dowodowego w pozycji poprzedzającej kosztorysu ofertowego, było 8 sztuk danego materiału, a w pozycji której dotyczyło sprostowanie powinna być 1 sztuka. Wykonawca zaś niezgodnie z przedmiarem ujął w tej pozycji 8 sztuk, co zamawiający przyjął jako niezamierzoną omyłkę pisarską przez przypadkowe wstawienie ilości sztuk 8 zamiast 1, a następnie skorygował rachunkowo obliczenie tej pozycji, zachowując podaną cenę jednostkową dla danej pozycji, która to przy wynagrodzeniu kosztorysowym stanowi istotną treść oferty. Uznał zaistniały fakt, za klasyczny przypadek omyłki, gdyż pozycja dotyczy ustalenia przebiegu całej trasy kabla a nie 8 odcinków, zatem omyłka była łatwa do stwierdzenia.

#### **Stanowisko Izby ad zarzut II. c)**

Odwołujący nie sprecyzował zarzutu, jakie sprostowanie omyłki w ofercie RPM S.A. kwestionuje. Nie jest dozwolone konkretyzowanie podnoszonych w odwołaniu ogólnikowych zarzutów dopiero na rozprawie. Zarzuty takie Izba pozostawia bez rozpoznania – jako spóźnione, gdyż wykonawcy zostali powiadomieni o wynikach przetargu w dniu 1 lipca 2013r. i od tej daty biegł zawity 10 dniowy termin na podnoszenie zarzutów wobec czynności i zaniechań zamawiającego oceny ofert konkurentów. Protokół postępowania i załączniki do protokołu zgodnie z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26.10. 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458) zamawiający jest zobowiązany udostępnić na wniosek nie później niż w dniu powiadomienia o wyborze oferty. Nie było więc żadnych przeszkód, ażeby ustalić zakres dokonanych sprostowań w ofercie wykonawcy RPM S.A. Odwołujący takich okoliczności nie podnosił, że zamawiający uniemożliwił poznanie zakresu dokonanych poprawek w ofercie konkurentów. Nie mniej, Izba w całości podzieliła argumentację zamawiającego, że doszło do sprostowania w kosztorysie ofertowym wykonawcy RPM S.A. niezamierzonej omyłki pisarskiej przez przypadkowe wstawienie ilości sztuk 8 zamiast 1 w omawianej pozycji, a następnie zostało skorygowane rachunkowo obliczenie wartości tej pozycji, zachowując podaną cenę jednostkową dla danej pozycji, która to przy wynagrodzeniu kosztorysowym niewątpliwie stanowi istotną treść oferty. Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

**Zarzut II. d).** Poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, pociąga za sobą konieczność wyrażenia zgody na taką poprawkę przez wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jeżeli wykonawca ten nie wyrazi takiej zgody w terminie 3 dni od doręczenia mu zawiadomienia o dokonaniu poprawek, jego oferta podlega odrzuceniu stosownie do postanowień art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przeprowadził czynność powtórnej oceny ofert w tym samym dniu, w którym sporządził zawiadomienia o dokonaniu poprawek, w tym poprawki innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Oznacza to, że pierwsza ocena ofert została dokonana na wadliwych ofertach - niezgodnych z SIWZ, a powtórna ocena ofert została przeprowadzona za wcześnie – przed uzyskaniem zgody wykonawcy na dokonanie poprawek. Przedwczesność oceny ofert skutkowała tym, że zamawiający nie miał prawa wiedzieć, które oferty winien odrzucić, a które zbadać merytorycznie. W związku z tym, czynność oceny ofert została przeprowadzona nierzetelnie – jak utrzymywał odwołujący.

#### **Stanowisko zamawiającego ad zarzut II. d)**

Zamawiający podnosił, że ustawa Pzp nie zakazuje prostowania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, w wyniku których następuje także zmiana ceny oferty. Były orzeczenia Izby, które dopuszczały prostowanie takich omyłek. Istotne w tej kwestii jest, że jest to omyłka pisarska, czy rachunkowa, i że mogła być ona poprawiona.

### **Stanowisko Izby ad zarzut II. d)**

Odwołujący nie sprecyzował zarzutu, jakie sprostowanie omyłki w ofercie RPM S.A. kwestionuje i uznaje za dokonane w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie jest dozwolone konkretyzowanie podnoszonych w odwołaniu ogólnikowych zarzutów dopiero na rozprawie. Zarzuty takie Izba pozostawia bez rozpoznania – jako spóźnione. Odwołujący nie podając o jakiego rodzaju sprostowanie omyłki chodzi, przyjął z góry założenie, że doszło do poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co wymaga wyrażenia zgody na taką poprawę przez wykonawcę, którego oferta została jej poddana. Jeżeli wykonawca ten nie wyrazi takiej zgody w terminie 3 dni od doręczenia mu zawiadomienia o dokonaniu poprawek, jego oferta podlega odrzuceniu. W toku rozprawy ustalono, że zamawiający zarówno w ofercie SKANSKA S.A., jak i w ofercie wykonawcy RPM S.A. dokonywał wyłącznie poprawek pisarskich i rachunkowych. Zwłaszcza przy prostowaniu omyłek rachunkowych, z reguły dochodzi do korekty ceny oferty, gdyż ustawa nakazuje uwzględnić konsekwencje rachunkowe takich poprawek. Skorygowanie zatem cen kwestionowanych ofert, mimo że ingerowało w treść oferty, to znajdowało umocowanie w regulacji ustawy. Zamawiający nie wskazał, jako podstawy prawnej swoich czynności art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nie musiał uzyskać zgody wykonawcy na sprostowanie widocznych oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

**Zarzut III.** Niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej wynika bezpośrednio z pozostałych podniesionych zarzutów. Zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej było efektem wszystkich opisanych wyżej uchybień. W przedmiotowym postępowaniu umieszczono bowiem na liście rankingowej, na pozycji 1 i 2, wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu. Gdyby zamawiający wykonał prawidłowo obowiązki nałożone nań przez ustawę, to jako najkorzystniejszą wybrałby ofertę odwołującego. Zaniechanie dokonania takiego wyboru, jest tym samym niezgodne z przepisami ustawy, gdyż stanowi niewykonanie obowiązku przez nią nałożonego tj. obowiązku wyboru najkorzystniejszej oferty spośród tych, które nie podlegają odrzuceniu, jak przekonywał odwołujący.

### **Stanowisko zamawiającego ad zarzut III.**

Zamawiający podnosił, że mając na względzie jego stanowisko wcześniej prezentowane odnośnie prawidłowości złożonych ofert przez SKANSKA i RPM zarzut nie znajduje potwierdzenia.

### **Stanowisko Izby ad zarzut III.**

Wobec braku ziszczenia się przesłanek odrzucenia ofert wykonawców poprzedzających odwołującego w ocenie, zarzut nie znalazł potwierdzenia. Zarzut zaniechania wyboru oferty



wykonawcy i nakazania przez Izbę takiej czynności, mimo że często podnoszony w odwołaniach, nawet gdy zostają one uwzględnione - nie znajduje odbicia w sentencji orzeczenia. Zamawiający nie jest związany ustalonym wynikiem postępowania i do czasu zawarcia umowy może go zmienić, gdy ujawni uzasadnione okoliczności. Nakazanie zatem zamawiającemu dokonania wyboru oferty określonego wykonawcy wiążącym wyrokiem Izby, uniemożliwiłoby zamawiającemu realizację jego uprawnień ustawowych.

**Zarzut IV.** Ostatni ze stawianych zarzutów dotyczy nieujawnienia odwołującemu wyjaśnień SKANSKA S.A. w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Po otwarciu ofert zamawiający zwrócił się do SKANSKA S.A. z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do ceny. Wyjaśnienia zostały udzielone. Powołując się na zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (art. 8 ust. 1 Pzp), odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wydanie mu kserokopii kompletnej korespondencji pomiędzy zamawiającym a SKANSKA S.A. oraz RPM S.A. Wydane kopie nie zawierały przedmiotowych wyjaśnień, a jedynie wzmiankę o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym odwołujący został pozbawiony możliwości zbadania, czy jego wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny zawartej w ofercie SKANSKA S.A. są uzasadnione. Nieujawnienie wyjaśnień SKANSKA S.A. w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny spowodowało również, że odwołujący nie był w stanie przeprowadzić wyczerpującej argumentacji w przedmiocie postawionego w niniejszym odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 pkt 3 i 4 poprzez nieodrzućenie oferty SKANSKA S.A. Odwołujący podkreślał, że zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest jego jawność. Przewidziana w art. 8 ust. 3 możliwość wyłączenia tej jawności jest wyjątkiem, który winien być wykładany ściśle. Nie ujawnia się jedynie takich informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Aby ustalić, czy przedmiotowe wyjaśnienia obiektywnie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zamawiający winien zbadać szczegółowo ich treść i uzyskać od wykonawcy szczegółowe uzasadnienie (por. wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2012, KIO 100/12). W opinii odwołującego w niniejszym postępowaniu zamawiający nie zbadał szczegółowo treści wyjaśnień SKANSKA S.A. oraz nie uzyskał od tego wykonawcy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a oparł się jedynie na jego ogólnikowym oświadczeniu. Tymczasem podstawą do utajnienia wyjaśnień nie mogą być ogólnikowe oświadczenia, zaś zamawiający musi każdorazowo dogłębnie zbadać, czy zastrzeżone wyjaśnienia rzeczywiście zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy ponadto wskazać, że zgodnie z art. 11 ust. 4 Uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się jedynie nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi zatem tylko

taka informacja, która jest poufna i posiada wartość gospodarczą. W szczególności chodzi zaś o informację techniczną, technologiczną lub organizacyjną. SKANSKA S.A. oświadczyła w swojej ofercie (s. 3), że żadne informacje w niej zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Szczegóły zaproponowanej ceny nie są więc tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż zostały już ujawnione. Dalsze wyjaśnienia w tym przedmiocie również nie mogą stanowić w całości tajemnicy przedsiębiorstwa - nie są to bowiem wyłącznie informacje ani techniczne czy technologiczne, ani organizacyjne. W szczególności zaś wyjaśnienia w przedmiocie ceny nie posiadają wartości gospodarczej. Wartość gospodarczą posiadają jedynie takie informacje, których wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Nie jest zrozumiałe w jaki sposób wyjaśnienia SKANSKA S.A. w przedmiocie rażąco niskiej ceny, miałyby przysporzyć korzyść innym przedsiębiorcom. Odwołujący poddawał zatem w daleko idącą wątpliwość to, że całość wyjaśnień SKANSKA S.A. co do ceny, mogłaby być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli nawet w wyjaśnieniach tych pojawiły się jakieś informacje, których SKANSKA S.A. nie chce ujawniać, to nieprawdopodobnym wydaje się, by miała takie prawo względem każdego jednego zdania zawartego w przedmiotowych wyjaśnieniach. Podnosił, że w tym postępowaniu było bardzo dużo błędów po stronie zamawiającego, które pokazały, że zamawiający nierówno traktuje podmioty uczestniczące w przetargu. Zamawiający dopuścił się błędów proceduralnych, które dyskwalifikują dokonany wybór oferty. Najistotniejszym jest, że SKANSKA nie dysponuje wymaganymi w SIWZ referencjami. Zamawiający utrudniał dostęp do dokumentów, czym uniemożliwił polemizowanie z ceną zaoferowaną przez Skanska.

#### **Stanowisko zamawiającego ad zarzut IV.**

Zamawiający uważał, że zasadnie nie odtajnił wyjaśnień SKANSKA złożonych 17 czerwca 2013 r. Do odtajnienia tych wyjaśnień skłoniła zamawiającego okoliczność, że w swoim uzasadnieniu z dnia 17 lipca 2013 r. utajnienia wyjaśnień, udzielonych w dniu 17 czerwca 2013r. wykonawca SKANSKA S.A. przywołując argumentację podaną w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 us.1 Pzp, nie zastrzegł tajemnicy tego dokumentu, wobec czego podlegał on ujawnieniu jako jawna dokumentacja postępowania. Odpadła zatem przesłanka zachowania w poufności informacji, skoro obiektywnie doszło do jej ujawnienia przez samego wykonawcę. Zamawiający wskazywał, że wykonawcy zwracali się o udostępnienie wyjaśnień, ale zamawiający odmówił im udostępnienia, gdyż uznał je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający zamierzał tylko ograniczyć pole sporu i ewentualnie rozważyć kwestie odtajnienia niektórych elementów tego pisma. Stało się to bezprzedmiotowe, kiedy dokonał tego sam wykonawca SKANSKA.

#### **Stanowisko Izby ad zarzut IV.**

Nie są zasadne także zarzuty odwołującego, dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez przystępującego SKANSKA S.A. w zakresie zaoferowanej ceny. Należało bowiem uwzględnić, iż przedstawione w wyjaśnieniach - w szczególności źródła zaopatrzenia w materiał do budowy wału, rozwiązania organizacyjne i techniczne zamierzone przez przystępującego SKANSKA, opis czynników wpływających na cenę oferty i inne podobne dane stanowią informacje, które nie są powszechnie dostępne i posiadają istotną wartość gospodarczą dla przystępującego, w związku z czym nie było podstaw do ich udostępnienia innym wykonawcom.

Bezzasadne ujawnienie informacji, zawartych w wyjaśnieniach, mogłoby skutkować dla przedsiębiorcy powstaniem istotnych szkód. Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 25 lutego 2013 r. (sygn. KIO 293/13, publ. w Lex nr 1293530) zawarte w wyjaśnieniach informacje „mają wartość gospodarczą, bowiem w oparciu o nie konkurencja przystępującego będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować na ile przystępujący wycenił swoje usługi w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze.” Podobnie w wyroku z dnia 1 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 995/12) Izba stwierdziła m.in., że „(...) opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. (...). Powyższe informacje nie są dostępne powszechnie, a dostęp do nich, jest objęty skuteczną ochroną (...). Wyjaśnienia przedstawione w piśmie z dnia 17 czerwca 2012 r., w ocenie Izby zawierają informacje organizacyjno – handlowe, niosące ze sobą wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, pozostające w związku z informacjami, które zostały zawarte w ofercie. W wyjaśnieniach, złożonych przez przystępującego w dniu 17 czerwca 2013 r., zawarte zostały informacje o istotnych danych, związanych z działalnością przystępującego, których ujawnienie może go narazić na szkody - między innymi w postaci możliwości wykorzystania ich w ewentualnych przyszłych postępowaniach opartych na przepisach ustawy Pzp. Zastrzeżenie, że powinny one zostać utrzymane w tajemnicy było, więc w świetle przepisów ustawy Pzp całkowicie uzasadnione. Jeżeli wyjaśnienia wykonawcy zawierają opis czynników wpływających na cenę oferty w zakresie metody wykonania zamówienia, warunków wykonania zamówienia itp. to powyższe informacje mają charakter handlowy, czy organizacyjny, a przez to posiadają istotną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, w związku z czym nie było podstaw do ich udostępnienia osobom postronnym. Wyjaśnienia wykonawcy stanowią integralną część oferty, gdyż w oparciu o nie, oferta może być zakwalifikowana do oceny, bądź odrzucona, zatem zastrzeżenie ich poufności jest dopuszczalne przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Nadto wskazać należało, iż odwołujący w żaden sposób nie udowodnił postawionego zarzutu, tj. nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzenia, iż informacje zastrzeżone przez przystępującego w złożonych wyjaśnieniach ceny nie spełniają warunków uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, z uwagi na fakt, że są dostępne zwykłą dozwoloną drogą. Zasada jawności postępowania, zapewniająca dostęp do konkurencyjnych ofert, doznaje ustawowego ograniczenia w przypadku zastrzeżenia w sposób uprawniony na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp tajemnicy przedsiębiorstwa danych chronionych ustawowo o jakich stanowi art. 11 ust. 4 ustawy 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503). Pogląd o konieczności zbadania przesłanek zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wywodzi się z okresu orzecznictwa Zespołów Arbitrów, które akceptowało praktykę odrzucania ofert, w których tajemnica przedsiębiorstwa była zastrzegana bezpodstawnie. Praktykę taką zmieniła uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05, która nadała taki kierunek, iż jeżeli tajemnica jest bezpodstawnie zastrzeżona, to zamawiający winien odtajnić ofertę, a uprzednio zweryfikować poprawność zastrzeżenia, z punktu widzenia statusu tych informacji. Nie oznacza to, że każdorazowo zamawiający jest zobowiązany wzywać wykonawcę do podania uzasadnienia utajnienia oznaczonych dokumentów, a następnie informować innych uczestników przetargu o podjętych w tym zakresie czynnościach, gdyż żaden przepis takich obowiązków na zamawiającego nie nakłada. Jeżeli zamawiający może samodzielnie stwierdzić i ocenić, że wykonawca zasadnie zastrzegł tajemnicę przedstawionych dokumentów, nie musi wzywać wykonawcy do przedstawiania uzasadnienia. Mimo oświadczeń zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie, iż „nie wszystkie informacje tam zawarte” tj. w piśmie z 17 czerwca 2013 r. „stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” to dla Izby liczyły się zaistniałe fakty, zatem wcześniejsza odmowa zamawiającego udostępnienia treści powyższego pisma odwołującemu, będąca wyrazem decyzji zamawiającego o uznaniu całości zawartych tam informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa SKANSKA S.A.

W oparciu o art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku rozprawy. Bezspornie już po wniesieniu odwołań, doszło do ujawnienia wyjaśnień SKANSKA S.A. udzielonych 17 czerwca 2013 r., uczyniło to bezprzedmiotowymi zgłaszane zarzuty i żądania w tym zakresie.

### **Sygn. akt: KIO 1695/13**

Odwołujący: RPM Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublińcu (**sygn. KIO 1695/13**), wniósł odwołanie na następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

1. nie udostępnienia pozostałym oferentom uzasadnienia utajnienia odpowiedzi udzielonej przez wybraną w toku postępowania przetargowego firmę SKANSKA S.A. na zapytanie zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny zakupu i dowozu materiału do wbudowania w wał,
2. na nieudzielenie informacji pozostałym uczestnikom postępowania o stwierdzeniu przez zamawiającego istnienia uzasadnionych przesłanek do dokonania utajnienia udzielonej przez firmę SKANSKA S.A. odpowiedzi, przewidzianych w art. 11. ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nieuzasadnienie swojego stanowiska w przedmiocie przyjęcia utajnienia udzielonej odpowiedzi,
3. wyborze oferty wykonawcy, która zawiera wadę w postaci rażąco niskiej ceny w zakresie zakupu i dowozu materiału do wbudowania w wał w związku z przyjęciem w kosztorysie na wykonanie tych robót materiałów nie spełniających parametrów przewidzianych dokumentacją projektową i materiałów odpadowych.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty SKANSKA S.A. i nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najbardziej korzystnej, ewentualnie:
2. nakazanie uchylecia utajnienia informacji udzielonych zamawiającemu w wyniku zapytania związanego z rażąco niską ceną zakupu i dowozu materiału do wbudowania w wał wykonawcy SKANSKA S.A. i zobowiązanie zamawiającego do ich przekazania uczestnikom postępowania.
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że zamawiający przyjął utajnienie odpowiedzi oferenta, którego oferta została wybrana bez sprawdzenia istnienia przesłanek do takiego utajnienia przewidzianych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Złożenie przez oferenta odpowiedzi na zapytanie zamawiającego z zastrzeżeniem utajnienia w oparciu o art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek sprawdzenia, czy istnieją przesłanki przewidziane w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) uprawniające do dokonania utajnienia i jakiego rodzaju tajemnicy przedsiębiorstwa one dotyczą oraz obowiązek

uzasadnienia przyjęcia utajnienia odpowiedzi w oparciu o stwierdzone przesłanki oraz udzielenia pozostałym oferentom będącym uczestnikom postępowania przetargowego, informacji o uzasadnionym w świetle art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przyjęciu utajnienia odpowiedzi ze wskazaniem przesłanki przewidzianej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (rodzaju informacji technicznej, technologicznej czy organizacyjnej dającej podstawę do tak niskiej wyceny zakupu i dowozu materiału do wbudowania w wał).

Brak przeanalizowania, stwierdzenia i uzasadnienia istnienia przesłanek do utajnienia udzielenia odpowiedzi na zapytanie w tak istotnej sprawie jak zarzut zastosowania rażąco niskiej ceny stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przewidzianej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stan taki stwarza możliwość ukrycia okoliczności, których ujawnienie skutkuje wykluczeniem z postępowania np. w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt. 3) lub odrzuceniem oferty z powodu stwierdzenia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe zaniechanie powoduje, że wykonawca nie ujawnia sposobu ani parametrów kosztorysowych dokonania wyceny poszczególnych robót w celu nieujawnienia przyjęcia niedopuszczalnych w tym względzie czynności np. w postaci zastosowania materiałów o parametrach niezgodnych z dokumentacją projektową albo zastosowania odpadów jako materiałów do wykonania robót, co może mieć miejsce.

Ponadto nieuzasadnione przyjęcie utajnienia odpowiedzi pozbawia uczestników przetargu możliwości badania poprawności składanych ofert i utrudnia im korzystanie ze środków ochrony prawnej.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty i wybór oferty odwołującego jako najbardziej korzystnej ewentualnie:
2. uchylenie utajnienia informacji udzielonych zamawiającemu w wyniku zapytania związanego z rażąco niską ceną zakupu i dowozu materiału do wbudowania w wał i zobowiązanie go do ich przekazania uczestnikom postępowania.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 12.07.2013 r. przesłane drogą elektroniczną, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił w formie elektronicznej w dniu 15 lipca 2013 r. wykonawca wybrany SKANSKA S.A. Kopia przystąpienia została przesłana stronom.

Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania, powołując się na interes w popieraniu stanowiska zamawiającego, gdyż rozstrzygnięcie niniejszego postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego, umożliwi SKANSKA S.A. pozyskanie przedmiotowego zamówienia, albowiem jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania, prowadziłoby w ocenie przystępującego do poniesienia szkody, poprzez utratę możliwości zawarcia umowy i osiągnięcia zysku z kontraktu.

Izba postanowiła dopuścić zgłaszającego przystąpienie wykonawcę SKANSKA S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając iż jego interes w popieraniu stanowiska zamawiającego, na rzecz utrzymania w mocy czynności wyboru złożonej oferty, jest niewątpliwy.

W dniu 22 lipca 2013 r. zamawiający doręczył odpowiedź, w której wnosił o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego i przedstawił następującą argumentację.

*„I. Nie podzielając stanowiska Odwołującego, odnośnie zarzutów dotyczących oferty Skanska S.A., Zamawiający podnosi, co następuje:*

*I. Zarzut postawiony w Odwołaniu odnoszący się do nieuzasadnionego utajnienia udzielonej przez Firmę SKANSKA S.A. odpowiedzi na pismo z dnia 10 czerwca 2013 roku jest pozbawiony podstaw faktycznych jak i prawnych.*

*Zamawiający dokonał analizy informacji zawartych w piśmie Skanska S.A. z dnia 17 czerwca 2013 roku, będących wyjaśnieniem złożonym w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, skutkiem czego uznał, że nie wszystkie informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust 3 Pzp. W związku z tym, pismem z dnia 15 lipca 2013 r. zwrócił się do Skanska S.A. o wyrażenie zgody na ujawnienie części wyjaśnień z dnia 17 czerwca 2013r. Jednakże Skanska S.A. pismem z dnia 17 lipca 2013 roku podtrzymała swoje stanowisko odnośnie zastrzeżenia informacji zawartych w piśmie z dnia 17 czerwca 2013 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia Skanska S.A. z dnia 17 lipca 2013 roku nie zostały jednak zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ze względu na to, że zawierały one uzupełnienie i rozwinięcie stanowiska Skanska S.A. zajętego w piśmie z dnia 17 czerwca 2013 roku, Zamawiający uznał, że informacje te zostały ujawnione przez Skanska S.A. i nie stanowią już tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp. W świetle powyższego, Zamawiający przekazuje przy niniejszej odpowiedzi na odwołanie odtajnione pismo Skanska z dnia 17 czerwca 2013 roku oraz pismo z dnia 17 lipca 2013 roku, zawierające wyjaśnienia odnośnie sposobu wyliczenia przez Skanska S.A. elementów składowych ceny jej oferty. Dowód: pismo Skanska S.A. z dnia 17 czerwca 2013 roku. pismo Skanska S.A. z dnia 17 lipca 2013 roku.*

*Zamawiający z ostrożności podnosi, że jeżeli Izba uzna czasowe utajnienie przez Zamawiającego pisma Skanska S.A. z dnia 17 czerwca 2013 roku za nieuzasadnione, Zamawiający wskazuje, że takie ewentualne naruszenie przepisów ustawy nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania, gdyż niezależnie od utajnienia tych wyjaśnień, nie istniała możliwość wykazania, że cena oferty Skanska S.A. jest rażąco niska, a zatem odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie (por. wyrok z dnia 23 maja 2013 roku; sygn. akt KIO 1101/13).*

*2. Zarzut postawiony w Odwołaniu odnoszący się do rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Wykonawcę SKANSKA S.A. w przedstawionej ofercie, uznać należy za bezzasadny i pozbawiony podstaw faktycznych i prawnych.*

*Odwołujący podniósł, iż całkowita cena kosztorysowa zaoferowana przez wykonawcę SKANSKA S.A. za wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie sprecyzował jednak podstawy prawnej swojego zarzutu, jak również nie uzasadnił go merytorycznie.*

*Zamawiający uważa przytoczone zarzuty za bezzasadne, a argumenty podniesione w Odwołaniu za chybione.*

*Na wstępie należy podkreślić, iż cena przedstawiona przez wykonawcę SKANSKA S.A. została prawidłowo skalkulowana, tym samym nie spełniała przesłanek ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należy zaznaczyć, że powszechnie za „rażąco niską cenę” przyjmuje się ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w stosunku do cen rynkowych podobnych zamówień. Jest to cena znacząco odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.*

*W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych (Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 3/07).*

*Istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie można przypisać wyrokowi KIO z dnia 22 marca 2011 roku (sygn. akt KIO 476/11), w związku z którym „ocena zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy PZP ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny i w jakim zakresie wpływają na cenę oferty, jedynie stwierdzenie tych okoliczności może prowadzić do prawidłowej oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny. (...) w ocenie Izby, uwzględniając wykładnię, gramatyczną tego pojęcia obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. W tych warunkach jawi się pytanie, jakie czynniki i w jakich okolicznościach należy w taki właśnie sposób zakwalifikować, W każdym*



wypadku konieczne jest odniesienie się do warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania. (...) Praktyka pokazuje, że jakkolwiek zazwyczaj nie budzi wątpliwości, czy podany przez wykonawcę czynnik (rodzaj) ma wpływ na cenę, bowiem determinowany jest on rodzajem zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane) i z tych przyczyn weryfikowalny. Znacznie większe problemy rodzi zaś jego kalkulacja i ocena jej w aspekcie obiektywizmu (realności). Pomocne w tym względzie jest odwołanie się do doświadczenia wykonawcy, warunków rynkowych, a przede wszystkim ofert innych wykonawców".

Cena podana przez Wykonawcę SKANSKA S.A. w zakresie przedmiotowego zamówienia publicznego nie jest ceną rażąco niską, gdyż stanowi cenę porównywalną, a w wielu przypadkach wyższą od aktualnie oferowanych usług w tym zakresie. Zgodnie natomiast z wyrokiem KIO z dnia 21 lipca 2010 roku „Brak definicji pojęcia „rażąco niska” oraz brak jednoznacznego wskazania kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej sprawia, iż każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfiki przedmiotu zamówienia” (sygn. akt KIO/UZP 1418/10, LEX nr 612201).

Przy czym należy dodać, że powyższe argumenty zostały już wcześniej przytoczone przez Przystępującego w wyjaśnieniach przedłożonych Zamawiającemu. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż podstawą oceny dokonywanej w przedmiocie rażąco niskiej ceny są wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Natomiast ocena Zamawiającego powinna być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki (vide wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 roku, sygn. akt KIO 2813/11). Rolą Zamawiającego było więc w tym przypadku ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny oraz w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczająco obiektywne i wpływające na cenę danej oferty. Uznał również, że cena nie może zostać uznana za rażąco niską, gdyż nie ma ku temu odpowiednich przesłanek. Czynności weryfikacyjne, przeprowadzone przez Zamawiającego pozwoliły mu więc upewnić się, że oferowana przez Wykonawcę SKANSKA S.A. cena nie może być uznana za rażąco niską.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10 stycznia 2012 roku (sygn. akt KIO 2813/11) domniemanie faktyczne rażąco niskiej ceny zobowiązany jest obalić wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Zasada ta ma zastosowanie na linii wykonawca-zamawiający, nie może być natomiast przenoszona na grunt postępowania odwoławczego. Jeśli zamawiający uzna, iż wykonawca to domniemanie obalił, to rolą odwołującego jest wskazanie przyczyn, dla których taka ocena była nieuprawniona i ich udowodnienie (art. 6 k.c.). Przy czym podstawą dla wskazania wadliwości działań zamawiającego jest treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Zgodnie z powyższym należy więc stwierdzić, że obecnie onus probandi spoczywa na Odwołującym, musi on bowiem wykazać, że Zamawiający powinien odrzucić

ofertę Wykonawcy SKANSKA S.A.. Jako, że Zamawiający w omawianym postępowaniu, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Wykonawcy SKANSKA S.A., uznał iż nie zostały naruszone przepisy PZP, a czynniki wskazane w wyjaśnieniach mają charakter obiektywny, to Odwołujący musi udowodnić, iż Zamawiający uczynił to z naruszeniem prawa.

Należy również podkreślić, że ustawodawca celowo posługuje się określeniem „rażąca”, a nie na przykład „bardzo niska”, czy „wyjątkowo niska”. Należy uznać, że przymiotnik ten jest nacechowany negatywnym natężeniem, jak też pewnym ładunkiem emocjonalnym. Kluczowe znaczenie w przedmiotowej sprawie ma więc określenie znamion ceny rażąco niskiej, gdyż tylko ta przesłanka może uzasadniać odrzucenie oferty wykonawcy. Przy czym „Nie jest wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena bardzo znacząco, a nawet drastycznie różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub jest symboliczna. Musi to być cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1483/10, LEX nr 616645). Cena zaoferowana przez Wykonawcę SKANSKA S.A. mogła być o wiele niższa od cen proponowanych od innych podmiotów ubiegających się o dane zamówienie, ważne by nie była ceną rażąco niską. To, że cena oferowana przez Wykonawcę SKANSKA S.A. była dużo niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego nie oznacza, iż obligatoryjnie należy ją uznać za cenę rażąco niską. Należy pogodzić się z faktem, iż w systemie gospodarki wolnorynkowej konkurencja na tynku jest ogromna, a oferty składane przez konkurencyjnych przedsiębiorców mogą być dużo korzystniejsze. Przyczyn takiego faktu należy jednak poszukiwać w wewnętrznym działaniu danej firmy, a przede wszystkim w braku odpowiednich działań organizacyjnych i porządkowych, które umożliwiają lepsze przeprowadzanie badań rynku i orientacyjne określenie cen kształtujących się na danym obszarze. Bowiem „sam fakt, że cena odbiega swą wysokością od cen pozostałych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, że cena oferty wybranej jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Można nawet w indywidualnych przypadkach twierdzić (mieć przypuszczenie), że ceny konkurentów są zawyżone” (orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 7 stycznia 2010 roku, sygn. akt DFP-RKO-540-2/9/09, Biul. NDFP 2010/2/6).

Zamawiający, w związku z powzięciem wątpliwości co do wysokości ceny zaoferowanej przez Wykonawcę SKANSKA S.A. oraz rozbieżności pomiędzy ceną zaoferowaną przez tego Wykonawcę, a pozostałymi ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wezwał pismem z dnia 10 czerwca 2013 roku, nr MPZ-2212/Kr/2904/13 do złożenia wyjaśnień, m.in. w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty złożonej przez Wykonawcę SKANSKA S.A.

Ww. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego udzielił wyjaśnień, w piśmie z dnia 17 czerwca 2013 roku. Zamawiający uznał przedmiotowe wyjaśnienia za wystarczające.

W świetle powyższego, należy uznać, iż zarzut rażąco niskiej ceny odnoszący się do oferty firmy SKANSKA S.A. jest niczym nieuzasadniony, gdyż cena ta nie odbiega znacząco (a nawet jest od niektórych wyższa) od cen obowiązujących na rynku, w podobnych zamówieniach publicznych. W tym miejscu Zamawiający chciałby odnieść się do oferty innego Wykonawcy (in concreto W..... F..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W..... F.....) złożonej w podobnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mianowicie w przetargu nieograniczonym na roboty pn.: „Wał przeciwpowodziowy rzeki Odry w km 66+300 - 77+000 Przewóz - Podlesie - Miejsce Odrzańskie gm. Cisek - II etap Podlesie w km 3+500 - 7+800 (km rzeki Odry 67+000 - 71+000)”. Należy jednocześnie zaznaczyć, iż przywołany powyżej przetarg stanowi etap II przetargu będącego przedmiotem niniejszej Odpowiedzi na odwołanie. Należy jednak zaznaczyć, iż etap II odnosi się do 4.300 km (7.800 km - 3.500 km), a etap I, będący przedmiotem niniejszego postępowania - do 3.500 km. Pomimo rozbieżności w tym zakresie ww. Wykonawca złożył w przetargu odnoszącym się do etapu II ofertę w wysokości 8.480.855,25 zł brutto, czyli de facto niższą od oferty złożonej przez wykonawcę SKANSKA S.A. w etapie I, stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania. Należy również zaznaczyć, iż oferta złożona przez ww. Wykonawcę w postępowaniu odnoszącym się do etapu II nie została uznana za cenę rażąco niską, nie była też ceną najniższą (cenę niższą złożyli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Budownictwo Wodne i Melioracyjne J..... P....., HYDROZ M..... D....., UNIMARK Sp. z o.o. oferując wykonanie zamówienia w kwocie brutto 7.977.184,85 zł).

Mając powyższe na względzie, Zamawiający nie dość, iż dał wiarę wyjaśnieniom złożonym przez Wykonawcę SKANSKA S.A., to uznał, iż to nie cena oferowana przez Wykonawcę SKANSKA S.A. stanowi cenę rażąco niską, a raczej ceny zaproponowane przez pozostałych Wykonawców (w tym Odwołującego) są cenami znacząco zawyżonymi w stosunku do przedmiotu zamówienia. Fakt, iż określił szacunkową wartość zamówienia na cenę znacznie wyższą od zaoferowanej przez Wykonawcę SKANSKA S.A. ma charakter irrelevantny, gdyż podana cena była jedynie ceną szacunkową, a Zamawiający wykazał się w aspekcie ustalania jej wysokości dużą dozą zapobiegliwości. Zamawiający stoi jednak na stanowisku, iż podana przez niego wartość szacunkowa stanowi jedynie maksymalną kwotę, którą Zamawiający jest w stanie zapłacić za przedmiotowe zamówienie, co nie wyklucza faktu, iż cena ta jest zawyżona w stosunku do kształtujących się cen rynkowych za wykonanie podobnych robót i nie może stanowić podstawy do podważania cen zaoferowanych przez pozostałych Wykonawców.”

Izba dopuściła i przeprowadziła te same dowody co w sprawie sygn. akt KIO 1680/13 i ustalony materiał dowodowy przyjęła za podstawę rozstrzygnięcia rozpatrywanego odwołania.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, że zarzut podnoszony przez RPM S.A., iż cena oferty SKANSKA S.A. pozostaje rażąco niską - jest niezasadny z tych samych przyczyn jakie zostały ustalone przy omawianiu zarzutów przedstawionych przez odwołującego W. F.....

W szczególności takie zarzuty, że SKANSKA S.A. przy zaoferowanej cenie materiału na budowę wału będzie dopuszczać się stosowania nieodpowiednich materiałów odpadowych, pozostawały całkowicie gołosłowne. Odwołujący w żaden sposób, wbrew obowiązkom wynikającym z art. 6 K.c. i art. 190 ust. 1 ustawy Pzp wskazującym, że strony są obowiązane udowodnić fakty, z których wywodzą skutki prawne, nie wykazał zasadności takich twierdzeń. Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodów z aktów notarialnych zawartych przez SKANSKA S.A. na wykup nieruchomości gruntowych, z których zamierza pozyskać ziemię na budowę wałów. Przystępujący zaprzeczył takim okolicznościom, ażeby zamierzał w tym celu kupować grunty w rejonie inwestycji. Przeprowadzenie wnioskowanego dowodu było zatem bezprzedmiotowe, jak również dowodu z decyzji RUGW, w odniesieniu do pozwolenia na wydobywanie piasku z oznaczonych miejsc, gdyż na moment obecny, żaden z wykonawców nie musi się ubiegać o jej wydanie

Twierdzenia odwołującego RPM S.A., iż skoro ziemia na wał miała pochodzić z wykopów, to miały być to wykopy legalne z udokumentowanych źródeł i złóż, a ze wszystkich innych nieudokumentowanych mógł to być jedynie odpad, stanowią jedynie sugestie, że SKANSKA S.A. będzie używała materiałów nieodpowiednich do zamierzonego celu. Z jakich materiałów ma być wykonany wał podaje dokumentacja techniczna, według której wykonawca wybrany będzie musiał prowadzić roboty, sprawdzane przez nadzór inwestorski. SKANSKA S.A. wyceniła w kosztorysie ofertowym cały zakres robót. Żaden z odwołujących nie podnosił, że został pominięty w wykazie i w kosztorysie, którykolwiek z materiałów, który będzie potrzebny do zrealizowania tej inwestycji. Zamawiający natomiast nie wykluczył w ogólności powtórnego wykorzystania oznaczonych frakcji odpadów, np. do niwelacji terenu czy budowy urządzeń hydrotechnicznych dopuszczony i wykorzystywany jest materiał z podziemnych wyrobisk górniczych.

Zamawiający był uprawniony aby odmówić odwołującemu udostępnienia złożonych przez wykonawcę SKANSKA S.A. wyjaśnień, skoro uznawał, że posiadają one charakter

tajemnicy przedsiębiorstwa. Nawet, gdy SKANSKA S.A. nie zastrzegła jako tajemnicy przedsiębiorstwa żadnych informacji zawartych w treści złożonej oferty, to nie oznacza, iż nie mogła takiego zastrzeżenia uczynić w odniesieniu do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wyjaśnienia wykonawcy, stanowią bowiem integralną część oferty. Nie było podstaw, aby wywodzić, że zamawiający zaniechał oceny czy wyjaśnienia SKANSKA S.A. złożone w trybie art. 90 ust. 1 Pzp spełniają ustawowe znamiona definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro zamawiający odmówił ich udostępnienia jako objętych tajemnicą wymienionego przedsiębiorcy. Nawet jeżeli odwołujący stosuje taką praktykę, iż zakupuje grunty (nieruchomości), żeby pozyskać materiał kopalny na budowę, to nie oznacza, iż tak samo postępują inni wykonawcy. Zbyt daleko idące było żądanie odwołującego i wskazywanie, iż obowiązkiem zamawiającego było sprawdzenie po pierwsze czy wykonawca SKANSKA S.A. ma zawarte notarialne umowy przyrzeczenia zakupu nieruchomości a po drugie stwierdzenie czy posiada decyzję administracyjną na wydobycie kopalin, i czy kopaliny te nadają się do ułożenia wału.

Jeżeli nawet wozidła Volvo posiada zarówno odwołujący, jak i firma Ferenc i wiele innych funkcjonujących na rynku, a technologia przedstawiona przez SKANSKA stosowana jest przez odwołującego od lat 10, tak samo jak centralna polityka zakupowa, to liczy się dostępna indywidualnie, inna dla każdego wykonawcy skala tych zjawisk, przekładająca się na koszty ich działalność, a więc na także na koszty dotyczące poszczególnych kontraktów. Odwołujący wyjaśniał, iż nie posiada oddziałów ale jest firmą dużą zatrudniającą 250 osób i stosuje także techniki zakupu scentralizowane, a prowadzi 12 budów, jednakże nie jest to taka skala działalności jak firmy SKANSKA S.A.

Tłumaczenie odwołującego, że został pozbawiony możliwości - przez zachowanie utajnienia wyjaśnień SKANSKA S.A. - sprawdzenia czy wykonawca ma możliwość zakupu gruntu dla pozyskiwania mas ziemnych na wał po takich cenach, jak podana w ofercie – poprzez przeprowadzenie rozmów z właścicielami tych gruntów, potwierdza wprost zasadność ochrony tych danych, jako kontaktów handlowych, które mogłyby zostać zaburzone działaniami z zewnątrz przez konkurentów, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Z powyższego odwołujący niezasadnie wywodził, iż zamawiający naruszył art. 8 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bo zaniechał przeanalizowania, czy wyjaśnienia mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, a zaniechanie to świadczy o tym, że naruszył zasady postępowania równego traktowania wykonawców. Odwołujący podtrzymywał, że te wyjaśnienia które złożyła SKANSKA S.A. nie są wystarczające do przyjęcia zaoferowanej ceny. Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, że żaden wykonawca nie miał prawa wskazywać, iż z międzywała uzyska w sposób indywidualny piasek do budowy wałów, gdyż jak podał w wyśnieniach do SIWZ,

każdy wykonawca w tym postępowaniu mógł pozyskać masy ziemne spełniające wymagania specyfikacji technicznej z dowolnego miejsca poprzez ich zakup od właścicieli nieruchomości, czy też zakup nieruchomości, które takie zasoby zawierają, nie wyłączając przy tym najbliższych położonych terenów oznaczanych jako rezerwa 1 i rezerwa 2. Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, ponieważ znajdowało one pełne oparcie w materiale dowodowym sprawy.

Zarzuty odwołania nie podlegały uwzględnieniu, w całości stanowią fragmentaryczne i ogólnikowe powielenie zarzutów przedstawionych przez wykonawcę W..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych, zgłoszonych w sprawie (sygn. KIO 1680/13).

Swoje twierdzenia odwołujący oparł na przypuszczeniu, że z uwagi na najniższą zaoferowaną cenę wykonawca SKANSKA S.A., być może zastosuje materiały o parametrach niezgodnych z dokumentacją projektową albo zastosuje odpady, jako materiały do wykonania robót. Takie założenia, Izba uznała za niedowiedzione i niezasadne. Sposób i wymagania materiałowe, określa dokumentacja techniczna, w tym STWiORB. Z jakich materiałów zamierza Skanska S.A. zrealizować roboty, podaje kosztorys ofertowy wraz z zestawieniem materiałów. Odwołujący nie podnosił żadnych zarzutów, i nie przedstawił dowodów, że treść oferty wykonawcy SKANSKA S.A., tak z uwagi na wymagania projektu technicznego, jak i przedmiaru jest niezgodna z treścią SIWZ. Tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień SKANSKA S.A. została zastrzeżona zasadnie, a zamawiający nie miał podstaw dla odtajnienia tych informacji. Późniejsze ich ujawnienie, wskutek okoliczności leżących po stronie wykonawcy SKANSKA S.A., nie mogło wpływać na ocenę działań zamawiającego.

### **Sygn. akt: KIO 1680/13 oraz KIO 1695/13**

Izba nie negując legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej - po stronie odwołujących wykonawców - w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w oparciu o przeprowadzone postępowanie dowodowe, stwierdziła, że zarzuty złożonych odwołań nie znajdują usprawiedliwionych podstaw.

Zarzuty odwołań, naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), tj.: art. 8 ust. 3, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 1,2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2, oraz pkt 4 i 6, art. 90 tej ustawy, nie znalazły potwierdzenia. Zamawiający nie naruszył także art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), gdyż czynności wyboru oferty wykonawcy SKANSKA S.A. oraz sklasyfikowanie oferty RPM

S.A. na drugiej pozycji zostały przeprowadzone w zgodzie z przywołanymi wyżej przepisami i poprawnie pod względem ustalonej treści SIWZ. Nie doszło zatem do uchybienia zasadom równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania zgodnie z regułami uczciwej konkurencji, statuowanymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba oddaliła obydwie odwołania, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od odwołujących na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, udokumentowane rachunkami złożonymi do akt sprawy - w oparciu o przepisy § 3 pkt 1) i 2) lit. a i b), § 5 ust. 3 pkt 1 w związku z § 6 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:.....**