

WYROK

z dnia 22 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2014 r. przez **UNIBEP Spółkę Akcyjną Bielsku Podlaskim** w postępowaniu prowadzonym przez **Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzki w Białymstoku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Strabag Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Hryniewiczach**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Podlaskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Białymstoku** – dokonanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Strabag Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Hryniewiczach** i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzki w Białymstoku** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **UNIBEP Spółkę Akcyjną w Bielsku Podlaskim** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzki w Białymstoku** na rzecz **UNIBEP Spółki Akcyjnej w Bielsku Podlaskim** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzki w Białymstoku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę i rozbudowę drogi wojewódzkiej Nr 686 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Michałowo-Juszkowy Gród od km 7+898 do km 15+960.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 3 października 2014 roku wykonawca UNIBEP SA w Bielsku Podlaskim (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań czynności przez zamawiającego, zarzucając zamawiającemu:

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 - poprzez zaniechanie równego traktowania wykonawców;
2. art. 7 ust. 3 - poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy z naruszeniem przepisów Pzp;
3. art. 89 ust 1 pkt 2 - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i MPRD z siedzibą w Hryniewiczach, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i MPRD z siedzibą w Hryniewiczach, pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
5. art. 89 ust. 1 pkt 6 - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i MPRD z siedzibą w Hryniewiczach, pomimo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący zażądał uwzględnienia wnoszonego odwołania w następującym zakresie:

1. unieważnienia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i MPRD z siedzibą w Hryniewiczach,
2. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i MPRD z siedzibą w Hryniewiczach,

3. podjęcia czynności powtórnego badania i oceny ofert,
4. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - złożonej przez Odwołującego - na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 26.09.2014 r. br. otrzymał od zamawiającego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o nadanej nazwie: „ Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej] Nr 686 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Michałowo - Juszkowy Gród od km 7+898 do km 15+960” (faks pismo z dnia 26.09.2014 r. znak: WZP.2510.37.2014).

Przedmiotowym pismem zamawiający poinformował odwołującego, że za najkorzystniejszą uznana została oferta Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i MPRD Sp. z o.o. z siedzibą w Hryniewiczach.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, w wyniku czego naruszył interes prawny odwołującego. Podstawowe zastrzeżenia odwołującego budzą jednostkowe ceny ofertowe zawarte w kosztorysach ofertowych dotyczących branży drogowej i mostowej Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. i MPRD Sp. z o.o. obliczone niezgodnie z postanowieniami SIWZ a w szczególności ze Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi. Prawidłowe obliczenie ceny oferty, która jest wynikiem sumy iloczynu cen jednostkowych (obliczonych prawidłowo) i ilości jednostek obmiarowych ma istotne znaczenie, ponieważ nieprawidłowości w tym zakresie prowadzą do powstania błędu w obliczeniu ceny lub niezgodności oferty z SIWZ. Obydwie sytuacje powodują po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 ustawy Pzp. Kluczowe pozycje kosztorysu ofertowego STRABAG Sp. z o. o. + MPRD Sp. z o.o. zostały wycenione na kwotę 0,01 zł, w całkowitym oderwaniu od ich realnej wartości i na pierwszy rzut oka widać, że nie zawierają podstawowych czynników cenotwórczych, tj. robocizny, materiałów, sprzętu, kosztów pośrednich, zysku. Są to następujące pozycje:

1. Lp.54 Profilowanie i zagęszczanie mechaniczne podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni;
2. Lp. 57 Warstwa mrozoochronna, gr.20 cm, trasa główna, zjazd;
3. Lp. 58 Warstwa mrozoochronna, pobocze gruntowe ulepszone kruszywem łamanym 0/31,5, gr. 15 cm;

4. Lp.59 Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - oczyszczenie nawierzchni nieulepszonej (podbudowa kruszywowa pod warstwy bitumiczne);
5. Lp.60 Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - oczyszczenie nawierzchni ulepszonej;
6. Lp.61 Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - skropienie powierzchni warstwy niebitumicznej (podbudowy z kruszywa);
7. Lp.62 Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - skropienie powierzchni warstwy bitumicznej (Podbudowa bitumiczna oraz z MCE)
8. Lp.63 Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - skropienie powierzchni warstwy bitumicznej warstwa wiążąca);
9. Lp.64 Podbudowa z kruszywa naturalnego stabilizowanego mechanicznie - mieszanka kruszyw 0/31,5 mm, gr.20 cm, skrzyżowania;
10. Lp.65 Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie - 0/31,5mm gr.25 cm - trasa główna, skrzyżowania;
11. Lp.66 Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie - 0/31,5mm gr.20 cm - trasa główna, skrzyżowania;
12. Lp.69 Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie - 0/31,5mm gr.15 cm - chodniki, G1/G2;
13. Lp.70 Podbudowa pomocnicza o $R_m=1,5$ MPa gr.20 cm (zatoki autobusowe);
14. Lp.71 podbudowa z chudego betonu C12/15 gr.20 cm (na zatokach autobusowych);
15. Lp.72 Podbudowa z betonu asfaltowego - AC22P50/70 gr.12 cm (trasa główna);
16. Lp.73 Podbudowa z betonu asfaltowego - AC22P50/70 gr.9cm (skrzyżowania);
17. Lp.76 Wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej o wym. 8/11 cm na podsypce cementowo- piaskowej 1;4gr.5cm;
18. Lp.77 Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego - AC16W50/70 gr.8 cm (trasa główna);
19. Lp.80 Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego - AC16W50/70 gr.7cm (skrzyżowania);
20. Lp.82 Warstwa ścieralna z betonu asfaltowego - AC11S PMB50/70 gr.5 cm (trasa główna, skrzyżowania);

21. Lp.83 Warstwa ścieralna z betonu asfaltowego -AC8S 50/70 gr.5cm (skrzyżowania);
22. Lp.86 Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej - gr.8 cm kolorowej na podsypce cem-piask. gr. 3cm (wyspy dzielące, zjazdy);
23. Lp.88 Umocnienie powierzchniowe skarp, rowów i ścieków . Plantowanie (obrobienie na czysto skarp i dna wykopów wykonywanych mechanicznie w gruntach kat.I-III);
24. Lp.95 Umocnienie poboczy kruszywem łamanym 0/31,5 o gr.15 cm stabilizowanym mechanicznie;
25. Lp.118 Krawężniki betonowe 20x30x100 cm na ławie z oporem;
26. Lp.119 Krawężniki betonowe 15x30x100 cm na ławie z oporem;
27. Lp.120 Oporniki betonowe 12x25x100 cm na ławie z oporem;
28. Lp.121 Krawężniki kamienne 20x30x100 cm na ławie z oporem;
29. Lp.123 Chodnik z kostki betonowej gr. 6cm na podsypce cem-piaskowej gr. 3cm
30. Lp.124 Betonowe obrzeża chodnikowe o wym.8x30 cm na podsypce piaskowej.

Zaoferowanie powyższych cen jednostkowych na poziomie 0.01 zł kluczowych pozycji kosztorysu na roboty drogowe spowodowało, że Strabag Sp. z o. o. + MPRD Sp. z o.o. oferuje wykonanie robót drogowych za cenę 3 380 862.88 zł netto, podczas gdy ceny robót drogowych pozostałych 3 ofert mieszczą się w przedziale 16 959 306.86 zł -18 452 516.33 zł netto.

Również we wszystkich kosztorysach na obiekty inżynierskie, tj. przepust nr 1 w km 8+299, przepust nr 2 w km 10+254, przepust nr 3 w km 11+177, przepust nr 4 w km 11+691, przepust nr 5 w km 12+907, przepust nr 6 w km 13+585, przepust nr 7 w km 13+913, przepust nr 8 w km 14+285, przepust nr 9 w

km 14+787, przepust nr 10 w km 15+664 wymienione poniżej pozycje zostały wycenione na 0,01 zł. Są to:

1. Lp. 2 Mechaniczne usunięcie warstwy ziemi urodzajnej /humusu/ gr. W-wy 30 cm;
2. Lp.7 Wykonanie wykopów w gr. Kat.I-V z transportem urobku na odkład/nasyp;
3. Lp.8 Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntu kat. I-VI z pozyskaniem i transportem gruntu;

4. Lp.9 Wykonanie przepustów stalowych z blachy falistej o przekroju 1340x1050 lub 1910x1460 mm-fundament.

Zupełnie odmiennie, bo niewspółmiernie wysoko do rzeczywistych kosztów została wyceniona we wszystkich kosztorysach na obiekty inżynierskie (przepusty nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10) poz. Nr 9 - Wykonanie przepustów z blachy falistej o przekroju przepust 1340x1050 i w jednym przypadku 1910x1460. Otóż 1mb blachy falistej został wyceniony na poziomie ceny wykonania 1 kompletnego przepustu o długości ok. 15,0 mb ze wszystkimi kosztami towarzyszącymi, czyli kilkanaście razy drożej niż wynika to z cen rynkowych. W wyniku takiej kalkulacji oferta STRABAG Sp. z o.o. + MPRD Sp. z o.o. na obiekty inżynierskie (przepusty z blachy falistej, szt. 10) opiewa na kwotę 13 080 232,99 zł netto, podczas gdy pozostałe 3 oferty zawierają się w granicach 597 208,60 zł - 910 027,60 zł netto. Taka rozbieżność cen w pozycji nr 9 - Wykonanie przepustów z blachy falistej, ewidentnie świadczy o błędzie w obliczeniu ceny lub przyjęciu materiału (blachy falistej) zdecydowanie droższego o parametrach znacznie przewyższających wymagania określone w dokumentacji projektowej i w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych.

Szczególnie istotnym w niniejszym postępowaniu w aspekcie cen zaoferowanych przez STRABAG Sp. z o.o. + MPRD Sp. z o.o. jest fakt, że zamawiający przewidział dla kontraktu rozliczenie kosztorysowe. Jednoznacznie wynika to z zapisów §3 ust.2, 3,4 Umowy, mianowicie:

„2. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma charakter kosztorysowy.

3. Zamawiający zapłaci Wykonawcy umówione wynagrodzenie wyliczone zgodnie z zasadami określonymi umową.

4. Za wartość wykonanych robót budowlanych strony uznają iloczyn ilości odebranych robót budowlanych, ustalonych na podstawie sprawdzonych i zatwierdzonych przez inspektora nadzoru obmiarów i odpowiadających im określonych umową i ofertą cen jednostkowych

Jednocześnie w §5 Umowy zapisano, że zapłata wynagrodzenia nastąpi na podstawie faktur częściowych w okresach rozliczeniowych, wystawionych na podstawie zaakceptowanego przez Zamawiającego protokołu odbioru częściowego robót oraz na podstawie faktury końcowej wystawionej na podstawie protokołu odbioru ostatecznego. Początkiem okresu rozliczeniowego jest dzień podpisania umowy - okres rozliczeniowy trwa 3 miesiące.

Ponadto przewidziano wystąpienie robót zamiennych oraz dodatkowych, przy rozliczaniu których będą miały zastosowanie jednostkowe ceny ofertowe - §8 umowy. Jednocześnie w punkcie XII SIWZ Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających stanowiących nie więcej niż 30% wartości zamówienia podstawowego.

Rozdział XVI SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny w punkcie 22 nakłada na Wykonawców obowiązek skalkulowania ceny z należytą starannością z uwzględnieniem wszystkich kosztów wymienionych w tymże rozdziale.

W SIWZ pkt 4 zawiera zapis, że: „Szczegółowy zakres i sposób wykonania robót określają:

- 1) Specyfikacja istotnych Warunków Zamówienia,
- 2) Dokumentacja projektowa
- 3) Kosztorysy ofertowe,
- 4) Decyzje i inne dokumenty formalno-prawne,
- 5) Szczegółowe Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych".

W punkcie 4.4 SIWZ - Klasyfikacja ważności dokumentów zawarto zapis, że: „ Dokumenty stanowiące o niniejszym zamówieniu należy traktować jako wzajemnie wyjaśniające się. Wymagania określone w choćby jednym z dokumentów są obowiązujące dla Wykonawcy tak jakby zawarte były w całej dokumentacji”.

Niezwykle istotne dla sposobu kalkulacji cen jednostkowych są ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności zawarte w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych, mianowicie w D.M.00.00.00 Wymagania ogólne:

„9. Podstawa płatności

9.1. Ustalenia ogólne

Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu.

Dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest wartość (kwota) podana przez Wykonawcę w danej pozycji kosztorysu.

Cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w SST i dokumentacji projektowej.

Ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe robót będą obejmować:

- robocizną bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami,
- wartość zużytych materiałów wraz z kosztami ich zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy,
- wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami,
- koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko,
- podatki obliczane zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Do cen jednostkowych nie należy wliczać podatku VAT. °

Szczegółowe ustalenia podstawy płatności dla poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego zawierają Szczegółowe Specyfikacje Techniczne opracowane dla każdej z tych pozycji. I tak na przykład zgodnie z SST D.05.03.05a - Wykonanie warstwy ścieralnej z betonu asfaltowego, cenę jednostkową wykonania warstwy ścieralnej z betonu asfaltowego należy obliczyć zgodnie z poniższymi wskazówkami:

„9.2. - Cena jednostki obmiarowej

Cena wykonania 1m² warstwy ścieralnej z betonu asfaltowego (AC) określonej grubości obejmuje;

- prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,
- oznakowanie robót,
- dostarczenie materiałów i sprzętu,
- opracowanie recepty laboratoryjnej,
- wykonanie próby technologicznej i odcinka próbnego,
- wyprodukowanie mieszanki betonu asfaltowego i jej transport na miejsce wbudowania,
- posmarowanie lepiszczem lub pokrycie taśmą asfaltową krawędzi urządzeń obcych i krawężników,

- rozłożenie i zagęszczenie mieszanki betonu asfaltowego,
- obcięcie krawędzi i posmarowanie lepiszczem,
- przeprowadzenie pomiarów i badań wymaganych w specyfikacji technicznej,
- odwiezienie sprzętu.“

W ocenie odwołującego biorąc powyższe ustalenia pod uwagę oraz porównując ceny jednostkowe z pozostałych ofert trudno uznać, iż ceny jednostkowe kluczowych pozycji kosztorysu ofertowego STRABAG Sp. z o.o. + MPRD Sp. z o.o. określone w wysokości 0,01 zł niezależnie od rodzaju robót obliczone zostały z należyta starannością, zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz Szczegółowych Specyfikacji Technicznych oraz nie zawierają błędów w obliczeniu ceny. Już na pierwszy rzut oka, nawet laik może stwierdzić, że ceny jednostkowe w wysokości 0.01 zł nie mogą zawierać wszystkich czynników cenotwórczych wyszczególnionych w punkcie 9 SST - Podstawa płatności i w Rozdziale XVI SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny.

Odnosząc się do zarzutu nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji odwołujący stwierdził, że wybór oferty STRABAG Sp. z o.o. + MPRD Sp. z o.o. spowoduje ukryte zaliczkowanie robót, bez konieczności wnoszenia zabezpieczenia, czego nie przewidywały warunki kontraktu. Termin realizacji zamówienia przewidziano do dnia 31.07.2015 r. Jest sprawą oczywistą, że w pierwszej kolejności tj. jeszcze w 2014 r. należy wykonać przepusty, zaś w roku kolejnym większość robót drogowych. Wynagrodzenie za wykonane roboty ma charakter kosztorysowy, co oznacza, że za wartość wykonanych robót strony uznają iloczyn ilości odebranych robót oraz ofertowych cen jednostkowych. Za wykonanie przepustów w 2014 r., których realna wartość rynkowa wynosi około 900 000 zł STRABAG Sp. z o.o. + MPRD Sp. z o.o. otrzyma wynagrodzenie w wysokości 13 080 232,99 zł, co jest równoznaczne z wypłaceniem zaliczki w kwocie 13 080 232,99 zł - 900 000 zł = 12 180 232,99 zł. Kwota ta stanowić będzie swoiste kredytowanie robót drogowych pozostałych do wykonania, których realna wartość rynkowa wynosi około 17,0 mln zł, a które zostały wycenione przez wyłonionego wykonawcę na kwotę 3 380 862,88 zł. Jest to przejaw nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż dzięki sankcjonowaniu przez zamawiającego nieuczciwych praktyk polegających na manipulowaniu cenami jednostkowymi w celu osiągnięcia przewagi finansowej przez jednego z wykonawców - pozostali wykonawcy, którzy w profesjonalny sposób, z zachowaniem należytej staranności i elementarnej przyzwoitości skalkulowali ceny swoich ofert pozostają w gorszej sytuacji finansowej z powodu konieczności zaciągnięcia kredytu na finansowanie robót i uwzględnienia kosztów pozyskania kredytu w cenie oferty.

Odwołujący podniósł, że przyjmując jako najkorzystniejszą ofertę STRABAG Sp. z o.o. + MPRD Sp. z o.o. z zaoferowaną konstrukcją cen jednostkowych koniecznym jest również wzięcie pod uwagę rozliczanie ewentualnych robót dodatkowych, zamiennych i uzupełniających lub wynikających ze zmiany ilości jednostek obmiarowych, których wystąpienie przewiduje SIWZ. W przypadku konieczności wykonania np. dodatkowego przepustu o dł. 14,5 m wartość zadania wzrośnie o 1 183 164, 77 zł netto, podczas, gdy realna wartość takiego przepustu to 20 500 zł. Konstrukcja cen jednostkowych zaoferowana przez STRABAG Sp. z o.o. + MPRD Sp. z o.o., które są w nieuzasadniony sposób niezwykle niskie lub wysokie w oderwaniu od cen realnych mają szczególnie istotne znaczenie przy wynagrodzeniu kosztorysowym i płatności etapowej, z czym mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu oraz w przypadku wystąpienia błędów w przedmiarze robót w zakresie ilości jednostek obmiarowych, czego nie można wykluczyć. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego zawyżone lub zaniżone ceny jednostkowe oraz zmiany ilości jednostek obmiarowych nie miałyby znaczenia. W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział jednak wynagrodzenie kosztorysowe z możliwością wystąpienia robót dodatkowych, zamiennych i uzupełniających.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 października 2014 roku wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że postępowanie jest prowadzone prawidłowo, a podniesione w odwołaniu zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający podkreślił, że odwołujący nie wykazał w sposób należyty interesu do wniesienia środka odwoławczego, co oznacza, że nie sprostął ciężarowi dowodu spoczywającemu na nim z mocy przepisów ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego powinno to skutkować koniecznością oddalenia odwołania bez rozpoznawania zarzutów.

Zamawiający stwierdził, że oferta przystępujących nie była sprzeczna z zapisami SIWZ. Obejmuje ona bowiem wszystkie wymagane elementy i uwzględnia konieczność ich wykonania w cenie ofertowej. Zamawiający powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1902/14, KIO 791/13.

W ocenie zamawiającego bezpodstawny jest zarzuty, że oferta przystępujących zawierała błąd w obliczeniu ceny. Przepisy ustawy Pzp nie konstruuje definicji legalnej pojęcia błędu w obliczeniu ceny. Z orzecznictwa wynika zaś, że przez błąd w obliczeniu ceny należy rozumieć sposób obliczenia ceny dokonany merytorycznie w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami zamawiającego określonymi w postanowieniach SIWZ oraz ewentualnie odrębnych przepisach prawa. Zamawiający przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 275/10, KIO/UZP 1528/10, KIO 2647/12 i uchwałę KIO/KD 25/12.

Zamawiający podkreślił, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu wskazanego orzecznictwa KIO. Nie sposób bowiem przyjąć, że przystępujący przyjęli za podstawę inny stan faktyczny niż wskazany w dokumentacji przetargowej. Analiza oferty nie pozwala też na stwierdzenie, że przystępujący mają zamiar wykonania zamówienia za inną cenę niż wskazana w ofercie. Przystępujący, wezwani do wyjaśnienia swojej oferty w zakresie zaoferowania stawki 0,01 zł wskazali wyraźnie, że jest to ich świadoma decyzja oparta o kalkulacje i uwarunkowania rynkowe. Ponadto wykonawcy potwierdzili, że zaoferowana stawka jest tą, której oczekują za wykonanie zamówienia, zatem nie może być mowy o błędzie co do oferowanej ceny i jej obliczenia.

Zamawiający podniósł, że odwołujący formułuje swoje odwołanie odnosząc się przede wszystkim do kwestii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny jednostkowej zawartej w ofercie przystępujących. Wskazał, że ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej przesądziła, że kwestia ewentualnej rażąco niskiej ceny odnosi się do całości wynagrodzenia ofertowego, a nie jego poszczególnych elementów wskazanych w ofercie. Zamawiający powołał się na wyroki KIO o sygn. akt KIO 2762/10 i KIO 2745/10. Zamawiający podniósł, że odwołujący, mając świadomość zasygnalizowanych poglądów KIO, „ukrywa” zarzuty w stosunku do cen jednostkowych pod pozorem zarzutów dotyczących rzekomego błędu w obliczeniu ceny. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za nieuzasadniony, ponieważ odwołujący, poza gołosłownym stwierdzeniem, nie zawarł w odwołaniu żadnych argumentów uzasadniających tezę, że oferta przystępujących stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.

Tym samym, w ocenie zamawiającego, również zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp należy uznać za nieuzasadnione.

Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu przetargowym wzięli udział następujący wykonawcy:

1. Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o. o., ul. Produkcyjna 102, 15-680 Białystok (przy jedynym kryterium oceny /najniższa cena/ – z ceną ofertową 22 762 424,14 zł);
2. Przedsiębiorstwo Robót Elektrycznych i Budowlanych MIPA L. S., ul. Ciołkowskiego 24, 15-545 Białystok (przy jedynym kryterium oceny /najniższa cena/ – z ceną ofertową 23 517 651,36 zł).

3. UNIBEP S. A. ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski MAKBUD Oddział UNIBEP S. A. w Łomży, ul. Poligonowa 12, 18-402 Łomża (przy jedynym kryterium oceny /najniższa cena/ – z ceną ofertową 22 078 983,11 zł);
4. Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o. o. – Lider Konsorcjum, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków i Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o. o. w Białymstoku z/s w Hryniewiczach – Partner Konsorcjum, Hryniewicze – 75/1 16-061 Juchnowiec Kościelny (przy jedynym kryterium oceny /najniższa cena/ – z ceną ofertową 20 406 992,57 zł).

Kwota jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia: 14 701 782,19 zł. (z możliwością pozyskania dodatkowych środków).

Następujące pozycje kosztorysu ofertowego przystępującego zostały wycenione na kwotę 0,01 zł:

1. Lp.54 Profilowanie i zagęszczanie mechaniczne podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni;
2. Lp. 57 Warstwa mrozoochronna, gr.20 cm, trasa główna, zjazdu;
3. Lp. 58 Warstwa mrozoochronna, pobocze gruntowe ulepszone kruszywem łamanym 0/31,5, gr. 15 cm;
4. Lp.59 Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - oczyszczenie nawierzchni nieulepszonej (podbudowa kruszywowa pod warstwy bitumiczne);
5. Lp.60 Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - oczyszczenie nawierzchni ulepszonej;
6. Lp.61 Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - skropienie powierzchni warstwy niebitumicznej (podbudowy z kruszywa);
7. Lp.62 Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - skropienie powierzchni warstwy bitumicznej (Podbudowa bitumiczna oraz z MCE)
8. Lp.63 Oczyszczenie i skropienie warstw konstrukcyjnych - skropienie powierzchni warstwy bitumicznej warstwa wiążąca);
9. Lp.64 Podbudowa z kruszywa naturalnego stabilizowanego mechanicznie - mieszanka kruszyw 0/31,5 mm, gr.20 cm, skrzyżowania;

10. Lp.65 Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie - 0/31,5mm gr.25 cm - trasa główna, skrzyżowania;
11. Lp.66 Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie - 0/31,5mm gr.20 cm - trasa główna, skrzyżowania;
12. Lp.69 Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie - 0/31,5mm gr.15 cm - chodniki, G1/G2;
13. Lp.70 Podbudowa pomocnicza o $R_m=1,5$ MPa gr.20 cm (zatoki autobusowe);
14. Lp.71 podbudowa z chudego betonu C12/15 gr.20 cm (na zatokach autobusowych);
15. Lp.72 Podbudowa z betonu asfaltowego - AC22P50/70 gr.12 cm (trasa główna);
16. Lp.73 Podbudowa z betonu asfaltowego - AC22P50/70 gr.9cm (skrzyżowania);
17. Lp.76 Wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej o wym 8/11 cm na podsypce cementowo- piaskowej 1;4gr.5cm;
18. Lp.77 Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego - AC16W50/70 gr.8 cm (trasa główna);
19. Lp.80 Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego - AC16W50/70 gr.7cm (skrzyżowania);
20. Lp.82 Warstwa ścieralna z betonu asfaltowego - AC11S PMB50/70 gr.5 cm (trasa główna, skrzyżowania);
21. Lp.83 Warstwa ścieralna z betonu asfaltowego -AC8S 50/70 gr.5cm (skrzyżowania);
22. Lp.86 Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej - gr.8 cm kolorowej na podsypce cem-piask. gr. 3cm (wyspy dzielące, zjazdy);
23. Lp.88 Umocnienie powierzchniowe skarp, rowów i ścieków . Plantowanie (obrobienie na czysto skarp i dna wykopów wykonywanych mechanicznie w gruntach kat.I-III);
24. Lp.95 Umocnienie poboczy kruszywem łamanym 0/31,5 o gr.15 cm stabilizowanym mechanicznie;
25. Lp.118 Krawężniki betonowe 20x30x100 cm na ławie z oporem;
26. Lp.119 Krawężniki betonowe 15x30x100 cm na ławie z oporem;
27. Lp.120 Oporniki betonowe 12x25x100 cm na ławie z oporem;
28. Lp.121 Krawężniki kamienne 20x30x100 cm na ławie z oporem;

29. Lp.123 Chodnik z kostki betonowej gr. 6cm na podsypce cem-piaskowej gr. 3cm
30. Lp.124 Betonowe obrzeża chodnikowe o wym.8x30 cm na podsypce piaskowej.

Zaoferowanie powyższych cen jednostkowych na poziomie 0.01 zł kluczowych pozycji kosztorysu na roboty drogowe spowodowało, że Strabag Sp. z o. o. + MPRD Sp. z o.o. oferuje wykonanie robót drogowych za cenę 3 380 862.88 zł netto, podczas gdy ceny robót drogowych pozostałych 3 ofert mieszczą się w przedziale 16 959 306.86 zł -18 452 516.33 zł netto.

Również we wszystkich kosztorysach na obiekty inżynierskie, tj. przepust nr 1 w km 8+299, przepust nr 2 w km 10+254, przepust nr 3 w km 11+177, przepust nr 4 w km 11+691, przepust nr 5 w km 12+907, przepust nr 6 w km 13+585, przepust nr 7 w km 13+913, przepust nr 8 w km 14+285, przepust nr 9 w km 14+787, przepust nr 10 w km 15+664 wymienione poniżej pozycje zostały wycenione na 0,01 zł. Są to:

1. Lp. 2 Mechaniczne usunięcie warstwy ziemi urodzajnej /humusu/ gr. W-wy 30 cm;
2. Lp.7 Wykonanie wykopów w gr. Kat.I-V z transportem urobku na odkład/nasyp;
3. Lp.8 Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntu kat. I-VI z pozyskaniem i transportem gruntu;
4. Lp.9 Wykonanie przepustów stalowych z blachy falistej o przekroju 1340x1050 lub 1910x1460 mm-fundament.

W kosztorysach na obiekty inżynierskie (przepusty nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10) poz. Nr 9 - Wykonanie przepustów z blachy falistej o przekroju przepust 1340x1050 i w jednym przypadku 1910x1460 1mb blachy falistej został wyceniony na cenę 81.845,33 zł, podczas, gdy o innych wykonawców była to cena kilkadziesiąt razy niższa.

Zamawiający wezwał przystępujących na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty poprzez wskazanie czynników składowych, które wpłynęły na dokonaną kalkulację ceny jednostkowej wskazanych elementów rozliczeniowych. Przystępujący w odpowiedzi poinformowali, że poszczególne pozycje kosztorysowe zostały wycenione w oparciu o wiedzę i doświadczenie wykonawcy w realizacji robót budowlanych, zgodnie z SIWZ, dokumentacją techniczną i specyfikacjami technicznymi. Wskazali, że zaoferowanie stawki w niektórych pozycjach kosztorysu 0,01 zł jest oparte o kalkulacje i uwarunkowania rynkowe. Potwierdzili również, że zaoferowana stawka jest tą, której oczekują za wykonanie zamówienia.

Pismem z dnia 26 września 2014 roku zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępujących.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępujących złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę z ceną w wysokości 22.762.424,14 zł i jego oferta uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert. Zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących pozbawia odwołującego możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia publicznego, co uzasadnia jego interes we wniesieniu odwołania.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonej przez zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz oferty przystępujących.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego i przystępujących, iż zamawiający nie wskazał, w jaki sposób należy wycenić poszczególne pozycje kosztorysu. W szczególności Izba zwraca uwagę na ustalenia zawarte w Podstawach płatności, zawartych w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych, w tym zapis, iż *cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w SST i dokumentacji projektowej*, a także zapis, iż *Ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe robót będą obejmować:*

- robociznę bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami,
- wartość zużytych materiałów wraz z kosztami ich zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy,
- wartość sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami,
- koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko,

- podatki obliczane zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Dodatkowo zamawiający w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych zawarł szczegółowe ustalenia podstawy płatności wyszczególniając czynności, jakie należy wykonać w ramach danych pozycji kosztorysu. Nie sposób uznać, że przystępujący, wyceniając wartość wszystkich czynności i elementów składających się na jedną pozycję kosztorysową w wysokości 1 grosza, uwzględnili wszystkie wymagania wskazane i opisane precyzyjnie (co trzeba z całą mocą podkreślić) przez zamawiającego, co uzasadnia tezę, że treść oferty przystępujących nie odpowiada treści SIWZ. Wskazać bowiem należy, że Szczegółowe Specyfikacje Techniczne, zawierające opis przedmiotu zamówienia, stanowią integralną część SIWZ, stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący nie wykazali i nie udowodnili, że kwota 1 gr na daną pozycję kosztorysową uwzględnia wymagane czynności i konieczne nakłady. Podkreślić należy, że przystępujący mogli wyjaśnić podstawę zaoferowanych kwot zarówno w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu, jak i w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Argumentacja przystępujących sprowadzała się do stanowiska, iż specyfikacja nie zawierała żadnych wymogów co do sposobu wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych, z czym – jak to już wyżej wskazano – Izba się nie zgodziła.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest

wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, iż zamawiający przy ocenie oferty odwołującego, odstąpił od stosowania wymogów, które sam określił w SIWZ. Wskazać należy, iż zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jej zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest określona przepisami art. 36 ust. 4 i następane ustawy Pzp i może mieć miejsce wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, polegający zaniechaniu odrzucenia oferty przystępujących w sytuacji, gdy dokonali oni manipulacji stawkami kosztorysu (zawyżając jedne z nich a zaniżając inne), dzięki czemu stworzyli sytuację, która mogłaby im umożliwić skredytowanie przez zamawiającego robót wykonywanych na późniejszych etapach realizacji zamówienia. Przystępujący ani w złożonych wyjaśnieniach, do których został wezwany przez zamawiającego, ani w postępowaniu odwoławczym, nie wykazali prawidłowości i rzetelności kalkulacji wyceny zakwestionowanych w odwołaniu pozycji kosztorysu. W ocenie Izby jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją

normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm – dalej UZNK) i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścili się przystępujący do zastanych norm prawnych UZNK, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zniszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (*vide*: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).

Powyższe stwierdzenia są uzasadnione zwłaszcza w kontekście oświadczeń przystępujących, który twierdzili, że zamawiający nie wskazał szczegółowych zasad sporządzania protokołu. Przy takim założeniu i przy przyjętych warunkach płatności wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy, przystępujący ustawili się w pozycji korzystniejszej wobec innych wykonawców, niemniej nieuczciwej wobec podania przez nich ceny z najniższą wymierną jednostką pieniężną w kraju (1 grosz). Wycena poszczególnych pozycji kosztorysu powinna być bowiem realna, a za taką nie może być uznana sytuacja, w której cena za szereg wymaganych czynności kształtuje się na poziomie 1 grosza. Wskazują na to bowiem wskazane wyżej postanowienia SIWZ. Brak wskazania realnych kosztów potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanych pozycji. Takiego działania nie można – zdaniem Izby – uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy uznać za wypełnienie podstaw do uznania, że przystępujący

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

W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścili się przystępujący do zastanych norm prawnych ustawy, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji nawet ewentualne uznanie, że – w okolicznościach sporu - nie wystąpiły przesłanki kwalifikujące dane działanie jako czyn z art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prowadzi jedynie do zbadania, czy wystąpiła sytuacja opisana w art. 3 ust. 1 ww. ustawy, statuującym uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stwierdzając, że zaoferowane przez przystępujących stawki za zakwestionowane pozycje kosztorysowe, stanowią błąd w obliczeniu ceny. Izba zgadza się z zamawiającym w zakresie tego, że przepisy ustawy Pzp nie konstruują definicji legalnej pojęcia błędu w obliczeniu ceny. Z przepisu art. 84 Kodeksu cywilnego, zawierającego regulację dotyczącą błędu jako wady oświadczenia woli, wynika, iż można powoływać na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). Błąd wynika zatem z subiektywnej oceny danego stanu faktycznego dokonanej przez tego, który się błędowi dopuścił. Przenosząc powyższe na grunt ustawy Pzp stwierdzić należy, że o błędzie w obliczeniu ceny można mówić wówczas, gdy błąd wynikał z niewłaściwej oceny stanu faktycznego dokonanej przez wykonawcę. Tymczasem przystępujący wskazali, że wycena poszczególnych pozycji kosztorysu była ich świadomą decyzją, opartą o kalkulacje i uwarunkowania rynkowe.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....