

Sygn. akt: KIO 687/17,

Sygn. akt: KIO 693/17

WYROK

z dnia 27 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2017r. przez:

A. **S. I. P. Sp. z o. o. (...)**

B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. B. P. Sp. z o.o., T. S. Sp. z o.o. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w O. (...)**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **D.-B. Sp. z o.o., B. Sp. z o.o. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 687/17 oraz o sygn. akt: KIO 693/17 po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. B. P. Sp. z o.o., T. S. Sp. z o.o. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 687/17 po stronie zamawiającego,

C. wykonawcy **S. I. P. Sp. z o.o. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 693/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie wniesione przez S. I. P. Sp. z o.o. (Sygn. akt: KIO 687/17),

1A. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. B. P. Sp. z o.o., T. S. Sp. z o.o. (Sygn. akt: KIO 693/17)

i nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odtajnienie informacji zastrzeżonych przez konsorcjum D., złożonych Zamawiającemu w dniu 8 lutego i 1 marca 2017r. w wyniku wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz nakazuje wezwanie S. S.A. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

2. kosztami postępowania obciąża **S. I. P. Sp. z o. o. (...) oraz Zarząd Dróg Wojewódzkich w O. (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000zł 00** gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących się: **S. I. P. Sp. z o. o. (...) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. B. P. Sp. z o.o., T. S. Sp. z o.o., (...)**, tytułem wpisów od odwołań;
 - 2.2. zasądza od **S. I. P. Sp. z o. o. (...)** na rzecz **Zarząd Dróg Wojewódzkich w O. (...)** kwotę **3 600 zł 00gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt sprawy faktury w sprawie o Sygn. akt: KIO 687/17,
 - 2.3. zasądza od **Zarządu Dróg Wojewódzkich w O. (...)** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. B. P. Sp. z o.o., T. S. Sp. z o.o., (...)** kwotę **23 600 zł 00gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt sprawy faktury.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w O. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie „Poprawy dostępności do węzłów autostrady (...) G. i O. Etap II. Zadanie 5. Budowa obwodnicy m. M. i C. w ciągu drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku od km 20+846,46 do km 27+010,10. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27.08.2016 r. pod poz. 296668-2016-PL.

W dniu 7 kwietnia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczego wpłynęły odwołania S. I. P. sp. z o.o. (Sygn. akt KIO 687/17) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. B. P. sp. z o.o. oraz T. S. sp. z o.o. (Syg. akt KIO 693/17).

Odwołanie S. I. P. sp. z o.o. (Sygn. akt KIO 687/17)

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty i wykluczeniu Odwołującego, a w konsekwencji nieprawidłowym wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D.-B. sp. z o.o. i B. Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu i odrzuceniu oferty Odwołującego otrzymał w dniu 28.03.2017r. e- mailem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP poprzez ich nieuprawnione zastosowanie i uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku pkt 4.3.2 e) SIWZ, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty, podczas gdy, wymagany warunek został spełniony,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, pomimo, że nie zachodzi sprzeczność treści oferty z SIWZ (z zastrzeżeniem treści art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP),
3. art. 7 ust. 1 PZP poprzez odrzucenie i wykluczenie oferty Odwołującego, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w następstwie niewłaściwego zastosowania przepisów ustawy PZP.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty Konsorcjum firm D.-B. Sp. z o.o. z/s w L. oraz Spółki B. Sp. z o.o. z/s w C., jako najkorzystniejszej, wg kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ,
2. nakazanie powtórzenia czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z punktu widzenia przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 28.03.2017r. Zamawiający poinformował Odwołującego e-mailem o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2 PZP oraz w oparciu o przepis art.89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w związku z wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 4.3.2 e) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odnosnie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobą, której zostanie powierzone wykonanie zamówienia na stanowisku kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych, Odwołujący nie zgadzając się z tą podstawą wykluczenia, podniósł, że zgodnie z pkt 4.3.2 e SIWZ Zamawiający wymagał w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazania, że Wykonawca będzie dysponował osobą, której zostanie powierzone wykonanie zamówienia na stanowisku kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych (sieć kanalizacyjna i wodociągowa) posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi i doświadczenie minimum 3 lata od uzyskania uprawnień na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych lub inspektora nadzoru robót kanalizacyjnych i wodociągowych. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu wykluczenia Wykonawcy, że uznałby doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych, pod warunkiem jednak gdyby Wykonawca wykazał jednocześnie, że osoba proponowana przez niego spełnia jednocześnie wymóg posiadania 3 letniego doświadczenia, po przeliczeniu okresów pełnienia przedstawionych funkcji na zadaniach, w których występowała branża kanalizacyjna - 3 lata, jak i wodociągowa 3 lata.

Odwołujący wskazał, że w sprawie nie jest sporne, że proponowany na stanowisko kierownika robót Pan P. G. dla branży kanalizacyjnej i wodociągowej posiada 38 m-cy i 12 dni doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. Wykonawca wskazał, że kierownik robót budowy Pan P. P. G., nabył uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń w 2012r. Na dowód załączył kserokopię decyzji OKK. 7132-121/2012/12 z dnia 15.06.2012. Warunek pkt 4.3.2 e SIWZ jest zatem od

początku spełniony, bowiem osoba wskazana przez wykonawcę na to stanowisko posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, w tym dla zakresie robót związanych z branżą kanalizacyjną i wodociągową bez ograniczeń, posiada wymagane doświadczenie minimum 3 lata od uzyskania uprawnień opisanych na stanowisku kierownika budowy zgonie z literalnie wyartykułowanymi wymogami z pkt 4.3.2 e) SIWZ. Przyjęcie przez Zamawiającego i sprowadzenie opisu spełnienia warunku do doświadczenia dla w/w kierownika robót, zaproponowanego przez Wykonawcę wyłącznie do kierowania robót i posiadania doświadczenia minimum 3 lat dla branży wodociągowej i kanalizacyjnej łącznie, jest niezgodne z literalnym brzmieniem sposobu wykazania wypełnienia tego warunku opisanym w SIWZ, który zawiera alternatywę rozłączną, a zatem dla wykazania doświadczenia zdobytego na stanowisku o wskazanym zakresie uprawnień, Wykonawca mógł wykazać spełnienie tego warunku wykazując doświadczenie w/w osoby jako kierownika budowy - lub - kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych - lub - inspektora nadzoru robót kanalizacyjnych i wodociągowych. Oznacza to, że Zamawiający w sposób nieuprawniony i niezgodny z przepisami ustawy PZP wykluczył Wykonawcę z postępowania i odrzucił jego ofertę.

Odnośnie zarzutu dotyczącego niezgodności kruszywa o wymiarze ziaren od 16 do 22 mm tj. grys 16/22 (granit) z wymaganiem określonym w Specyfikacji Technicznej nr D-05.03.04., Odwołujący, wskazał, że istotnie w zakresie poz. 98 kosztorysu ofertowego, przedstawił Kalkulację mieszanek betonowych, z której wynika, że do ich wykonania przyjął kruszywo o wymiarze ziaren od 16 do 22 mm tj. grys 16/22 (granit). Zdaniem Odwołującego nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że jest to niezgodne z wymaganiem określonym w Specyfikacji Technicznej nr D-05.03.04 odwołującej się do pozycji nr 98 kosztorysu ofertowego. Kruszywo kalkulowane w tej pozycji zgodnie z jej opisem obejmuje wykonanie nawierzchni dwuwarstwowo, tj. wykonanie warstwy dolnej i górnej, przy czym zarówno w dniu 04.10.2016r pismem nr WP.6021.07.2016 pyt. 2 w odpowiedzi na pytanie nr 107, jak i w dniu 06.10.2016r. pismem nr WP.6021.07.2016 - pyt.3 w odpowiedzi na pytanie Nr 43 Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania zadane przez Wykonawców i wprowadził zmiany do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zarówno w odpowiedzi na pytanie Nr 107, jak i w odpowiedzi na pytanie Nr 43 w/w pism w zakresie wymagań dotyczących ST nr D-05.03.04, obejmujących zarówno górną, jak i dolną warstwę nawierzchni betonowej wskazał, że dla dolnej warstwy nawierzchni dopuszcza się zastosowanie kruszywa o wielkości ziaren do 31,5 mm, po wcześniejszym opracowaniu i uzgodnieniu specyfikacji (zmiana może dotyczyć wyłącznie kruszywa) z Zamawiającym. Tą zmianą Zamawiający dopuścił zatem do zastosowania kruszywa dla dolnej warstwy nawierzchni dla mieszanek betonowych o wielkości ziaren kruszywa wyrażonej w mm, większej niż przyjęta do zastosowania przez Wykonawcę (grys 16/22mm) w kalkulacji dotyczącej mieszanek

betonowych w udzielonych wyjaśnieniach. Co istotne, założenia wynikają z dopuszczonych do zastosowania założeń dla recept mieszanek betonowych warstwy dolnej ich produkcji. Oznacza to, że Zamawiający dokonał wadliwej oceny oferty Wykonawcy w zakresie spełniania wymogów pkt. 2.3 ST, ponieważ przyjął odmiennie kryterium oceny kruszywa, w zakresie rozwiązania, które wszak sam dopuścił.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał w uzasadnieniu decyzji, że Odwołujący miał obowiązek w kosztorysie ofertowym prace budowlano – montażowe (branża drogowa) – w poz. 1 wycenić pozycję „Koszty związane z dostosowaniem się do Warunków Ogólnych Kontraktu“ ryczałtowo, zgodnie ze specyfikacją techniczną DM.00.00.00/DM 00.00.03, która to w pkt 1.5 wyszczególnia jakie koszty powinny być ujęte w kosztach tej pozycji tj.: zabezpieczenie terenu budowy, ochrona środowiska w czasie wykonywania robót, ochrona przeciwpożarowa, bezpieczeństwo i higiena pracy, ochrona przeciwpożarowa, ochrona i utrzymanie dróg. ” Zamawiający uznał, że w tej pozycji nie można było ująć innych kosztów niż te, które służą wyłącznie do dostosowania się do Warunków Ogólnych Kontraktu.

Podobnie Zamawiający wskazał w uzasadnieniu decyzji, że Odwołujący miał obowiązek w kosztorysie ofertowym prace budowlano-montażowe (branża drogowa) w Poz. 7 „*Urządzenia zaplecza Wykonawcy z dostosowaniem do wymogów BHP, utrzymanie na czas prowadzenia robót i jego likwidacją*” ryczałtowo, zgodnie ze specyfikacją techniczną DM.00.00.01, która to wyszczególnia w pkt 5.3.1, jakie obiekty, urządzenia i instalacje powinny być ujęte w kosztach tej pozycji. Zamawiający wskazał, że w tej pozycji nie można było ująć innych kosztów niż te, które służą wyłącznie do dostosowania się do wymogów BHP, utrzymania na czas prowadzenia robót i jego likwidacją.

Nie zgadzając się z takim stanowiskiem Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że w pkt 12.3 SIWZ Zamawiający wymagał sporządzenia oferty metodą kalkulacji uproszczonej, ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji. Taki kosztorys ofertowy Wykonawca przedstawił Zamawiającemu. Wykonawca określił ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie ofertowym netto do dwóch miejsc po przecinku. Jako istotną okoliczność, Zamawiający wskazał na koszt związany z dostosowaniem się do Warunków Ogólnych Kontraktu (Poz. Nr 1), który nie może przekroczyć 1% wartości kontraktu oraz wartość zaplecza Wykonawcy (Poz. Nr 7), który nie może przekroczyć 3% wartości Kontraktu. W przypadku oferty Wykonawcy w/w koszty nie przekraczają tych wartości w żadnej z pozycji kosztorysowych, co wymaga podkreślenia. Zgodnie z pkt 12. 4 SIWZ Wykonawca obliczając cenę oferty miał uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót. Jednocześnie też, Zamawiający wskazał, że jeżeli w opisie przedmiaru robót nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz powinny być uwzględnione

przez Wykonawcę w cenach wpisanych w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego. Wykonawca wskazał Zamawiającemu, który jeszcze przed wyborem oferty Odwołującego, badał jego ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny i uzyskał wiedzę w ramach wyjaśnień, że w zakresie robót oferowanych przez Podwykonawcę, wycena robót Podwykonawcy nie obejmuje zakupu materiałów wskazanych w Poz. 51, Poz. 52, Poz. 53, Poz. 54, Poz. 88, Poz. 96, Poz. 100, Poz. 115, Poz. 116, które to materiały zostały skalkulowane w Poz. 1 i Poz. 7. Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z pisma Odwołującego złożonego do akt postępowania z dnia 28.02.2017r. z załącznikami na okoliczność udzielonych wyjaśnień dotyczących szczegółowych kalkulacji ceny oferty, sposobu kalkulacji i rozbicia cen, z zastrzeżeniem objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa i z uwagi na powyższe, Wykonawca na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy PZP zastrzega, że nie mogą one być udostępniane i wnosi o ich: utajnienie oraz nie ujawnianie przez Krajową Izbę Odwoławczą w rozumieniu art. 11 pkt. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. Nr 153 poz. 1503 ze zm.).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał, że zakazane jest przenoszenie kosztów z pozycji na pozycję, co powołuje w uzasadnieniu. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, że w Poz. 1 należało wyłącznie ryczałtowo skalkulować „*Urządzenia zaplecza Wykonawcy z dostosowaniem do wymogów BHP, utrzymanie na czas prowadzenia robót i jego likwidacją*”. Powyższy zapis wynika z ogólnych Specyfikacji Technicznych DM.00.00.00, które ma zastosowanie do wszystkich pozycji kalkulowanych zakresów (asortymentów) robót, a zatem zabezpieczenie terenu budowy, ochrony środowiska, etc. dla każdej branży prowadzonych robót i materiałów i tak zostały potraktowane i są ujęte w wysokości ujętej ryczałtowo w wysokości 1% w kosztach pośrednich Wykonawcy. Podobnie w Poz. 7 „*Urządzenia zaplecza Wykonawcy z dostosowaniem do wymogów BHP, utrzymanie na czas prowadzenia robót i jego likwidacją*” także ujęte zostały ryczałtowo w kosztach pośrednich Wykonawcy w wysokości określonej 3% w odniesieniu do każdego asortymentu robót, materiału ujętego w szczegółowych ST. Zdaniem Odwołującego argumentacja Zamawiającego potwierdza prawidłowość szczegółowej kalkulacji Wykonawcy, który w zakresie robót oferowanych przez Podwykonawcę, którego wycena robót Podwykonawcy nie obejmuje zakupu materiałów w Poz. 51, Poz. 52, Poz. 53, Poz. 54, Poz. 88, Poz. 96, Poz. 100, Poz. 115, Poz. 116, bowiem zgodnie z postanowieniem pkt. 9 Szczegółowych Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót (dalej w skrócie „STWOR”), dotyczy ona jedynie jego dostarczenia, natomiast zakup materiału z w/w pozycji został uwzględniony w kalkulacjach Podwykonawcy w Poz. 1 i 7, natomiast koszty dostosowania się do Warunków Ogólnych Kontraktu uwzględnione są w kosztach pośrednich w wysokości ujętej ryczałtowo 4% (1%+3%) i odnoszą się do wszystkich rodzajów robót asortymentów robót i są ujęte w kosztach pośrednich, ponieważ

wynagrodzenie Wykonawcy w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego może ulegać zmianie i będzie zgodne z obmiarem końcowym wykonanym po zrealizowaniu przedmiotu umowy zgodnie z §4 ust. 3 projektu umowy. Wymagania Ogólne z ST DM.00.00.00. i koszty z nich wynikające należy zastosować do (stosownie do pkt. 9.2.) także do pozycji nie wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym.

Innymi słowy, ujęcie w kosztach pośrednich 4% narzutu w szczegółowej kalkulacji Wykonawcy będzie odpowiednio mniejsze lub większe, zależne od zakresu ilości wykonanych robót potwierdzonych obmiarem i nie stanie się wymagalne w ogólnej kwocie ujętej ryczałtowo dla danej pozycji zakresu robót, ponieważ koszty te będą uzależnione od zakresu robót wykonanych i odebranych przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że uproszczony kosztorys ofertowy zawiera wszystkie pozycje stanowiące podstawę do wyliczenia ceny zgodnie z wymogami SIWZ, a koszty ogólne z poz. 1 i 7, do których odwołuje się Zamawiający doliczone są do cen jednostkowych jako koszt pośredni w wysokości 4%. Ponadto podał, że Zamawiający w pkt 12 SIWZ dotyczącym kalkulacji ceny nie wymagał sporządzenia wykazu składników cenotwórczych tj. stawki roboczogodziny, zysku, kosztów pośrednich ani zestawienia materiałów, robocizny, sprzętu i materiału (R,M,S). Oznacza to, że Zamawiający w zakresie żądania przedstawienia szczegółowych kalkulacji, żądał uzupełnienia treści oferty Wykonawcy o elementy, których nie wymagał w zakresie opisu sposobu obliczenia ceny oferty, a także formularza ofert stanowiącego załącznik do SIWZ. Pomimo tego Wykonawca stosując się. Zgodnie z pkt 12. 4 Wykonawca obliczając cenę oferty miał uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót. Jednocześnie też, Zamawiający wskazał, że jeżeli w opisie przedmiaru robót nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz powinny być uwzględnione przez Wykonawcę w cenach wpisanych w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego, a zatem doliczenie do cen w koszcie pośrednim narzutu w wysokości do 4% uznać należy za prawidłowe z Wymagań Ogólnych. Co istotne, w pkt 12.8 Zamawiający wskazał, że cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu robót, o których mowa w specyfikacji. Zamawiający przewidując możliwość w pkt 12.8 ujęcia w ofercie wszelkich innych kosztów i nie żądając sporządzenia wykazów cenników cenotwórczych, pozostawił Wykonawcą swobodę w konstruowaniu kosztorysów szczegółowych, zastrzegając sobie jedynie prawo do wglądu w kosztorys szczegółowy. W pozycjach kosztorysu ofertowego opracowanego przez Zamawiającego znajdują się pozycje obejmujące dostarczenie materiałów i wykonanie opisanego danego zakresu robót, ale ujęte są również i takie, które nie obejmują kosztu zakupu tego materiału, a wyłącznie zakup i dostarczanie lub wykonanie określonych czynności (por. m.in. poz. 120, poz. 116, poz. 105). Odwołujący wskazał, że w szczegółowej

kalkulacji cen zwartej w wyjaśnieniach objętych tajemnicą handlową przedstawił Zamawiającemu szczegółową kalkulację ceny oferty z rozbiem cen, za którą zobowiązał się wykonać kompletny przedmiot umowy i rozbić cen jednostkowych w sposób, który umożliwi rozliczenie robót wykonanych w sposób w pełni zgodny z wymogami SIWZ.

Podniósł, że nawet jeśli przyjąć, że wymóg Zamawiającego w zakresie sposobu sporządzenia kosztorysu był niejasny i budził wątpliwości co do jego interpretacji, to wszelkie wątpliwości w tym zakresie nie powinny być interpretowane na niekorzyść wykonawcy (vide: KIO 310/13) „*Niejednoznaczność postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i wątpliwości związane z różnymi interpretacjami jej postanowień nie powinny, co do zasady powodować negatywnych skutków dla wykonawcy.*”

Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. B. P. sp. z o.o. oraz T. S. sp. z o.o. (Syg. akt KIO 693/17).

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniu i polegających na

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę - konsorcjum firm; D. sp. z o.o. oraz B. sp. z o.o.,
2. zaniechaniu odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum D.;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum D.;
4. zaniechaniu odrzucenia oferty S. S.A., która została sklasyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej;
5. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez S. I. P. Sp. z o.o. na podstawie wszystkich ujawnionych podstaw do odrzucenia oferty,
6. zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

o czym Odwołujący dowiedział się dnia 28 marca 2017 r. z zawiadomienia - wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 8 ust. 3. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez automatycznie, nie poprzedzony należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które Konsorcjum D. zastrzegło jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy Pzp środków ochrony prawnej;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez ukształtowanie przez S., Konsorcjum D. i S. cen

jednostkowych za wykonanie wskazanych w dalszej części odwołania pozycji rozliczeniowych w taki sposób, że ceny te nie obejmują wszystkich kosztów wykonania prac opisanych w tych pozycjach oraz ujęcie kosztów ich wykonania w innych pozycjach, co jednocześnie powoduje, że złożenie przez nich ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie Zamawiający, nie odrzucając ich ofert, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 1:5 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.; dalej jako: „u.z.n.k.” alternatywnie

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia, ofert Konsorcjum D. i S. mimo; że treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ, w zakresie w jakim wykonawcy ci zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia z materiałów niezgodnych z SIWZ,
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 58 kc i art. 14 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum D., S. i S. mimo, iż wykonawcy celowo; zawyżyli koszt wykonania niektórych pozycji kosztorysu ofertowego licząc, iż rzeczywiste wynagrodzenie otrzymane od Zamawiającego będzie wyższe, co stanowi -jako czynność sprzeczna z dobrymi obyczajami -czyn nieuczciwej konkurencji, względnie powoduje nieważność ich ofert na podstawie art. 58 § 2 k.c.
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust; 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum D. w sytuacji, gdy wykonawca złożył ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum D. mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę,
6. naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum D. mimo faktu, że Wykonawca jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, a Zamawiający nie przeprowadził pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnionych przez Wykonawcę, nie obalających domniemania, że cena oferty jest rażąco niska;
7. naruszenie art 7 Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert wykonawców: S.,

Konsorcjum D. i S., a w konsekwencji uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą,
- odtajnienia całości informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum D., a złożonych Zamawiającemu jako odpowiedź na wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp, tj. dokumentów załączonych przez Wykonawcę do jego wyjaśnień z dnia 8 lutego 2017r. i 1 marca 2017r.

ewentualnie»

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie Konsorcjum D. do złożenia rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp ze szczególnym uwzględnieniem pozycji wskazanych w treści odwołania oraz wezwanie S. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp odnośnie sposobu wyceny przez wykonawcę pozycji przedmiaru robót wskazanych w odwołaniu i specyfikacji technicznych materiałów, które wykonawca zamierza użyć do ich wykonania.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów, Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone przez konsorcjum D. w dniu 8 lutego i 1 marca zostały w znacznej części zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Zamawiający uznał to zastrzeżenie za skuteczne i dokumentów tych nie udostępnił Odwołującemu po wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący przywołał treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym konsorcjum zacytowało art. 8 ust. 3 oraz art. 11 ust. 4 Pzp i podniósł, że trudno przyjąć by przywołanie dwóch norm prawnych mogło stanowić - jak wymaga tego art. 8 ust. 3 Pzp - wykazanie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Na poparcie Odwołujący powołał szeroko orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zauważył także, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum także obiektywnie nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Przykładowo, w wezwaniu z dnia 22 lutego 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do przedstawienia danych technicznych (np. aprobaty technicznej lub deklaracji) dla georusztu oraz kruszyw łamanych. Jeśli dokumenty te zostały przez wykonawcę przedstawione, są jawne. Dokumenty, o których mowa są udostępniane przez producentów materiałów budowlanych każdemu zainteresowanemu (stanowi to wymóg ustawowy), a co za tym idzie nie mogą one stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. W tym przypadku, przedstawienie tych danych ma ewidentnie utrudnić konkurentom ocenę, czy zaoferowane przez wykonawcę materiały są zgodne z SIWZ.

Odwołujący powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2017r. sygn. akt Kio 242/17, 258/17, w którym Izba uznała, że zarzut rażąco niskiej ceny jest przedwczesny, jeśli Odwołujący nie miał wglądu do dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez konkurencyjnego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący zaznaczył,

że dalsze zarzuty dotyczące oferty konsorcjum D. biorą w istocie swój początek w wyjaśnieniach z art. 90 ust. 1 złożonych przez tego wykonawcę i stawiane są przez Odwołującego z daleko idącej ostrożności. Są to zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt-2 Pzp odnoszące się do zaoferowania przez; Konsorcjum D. wykonania przedmiotu umowy z materiałów niezgodnych z wymogami SIWZ (w zakresie poz. 51, 54 i .86), nieuprawnionego „przesunięcia” kosztów wykonania ww. pozycji do innych pozycji Przedmiaru robót oraz zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, że formą rozliczenia przewidzianą w tym postępowaniu jest wynagrodzenie kosztorysowe. Zamawiający uznał co prawda ofertę S. za niezgodną z treścią SIWZ wskazując, że niedopuszczalnym było uwzględnienie kosztów zakupu materiałów w poz. 1 i poz. 7, jednak tych samych zasad nie zastosował do ofert pozostałych wykonawców: konsorcjum D., S. i S. - w innych pozycjach kosztorysowych. Wskazani wykonawcy dla części pozycji rozliczeniowych przyjęli skrajnie niski koszt wykonania, co sugeruje, że albo wycenili wykonanie tych pozycji z materiałów niezgodnych z SIWZ albo nie ujęli w tych cenach ofertowych wszystkich kosztów wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał na następujące pozycje kosztorysowe:

Poz. 51 kosztorysu ofertowego wg ST D-02.03.01:

Separacja warstw gruntu z jednoczesnym wzmocnieniem georusztami trójosiowymi polipropylenowymi układanymi sposobem mechanicznym Nasyp zbrojony geomateracem. Geomaterac składający się z dwóch warstw kruszywa łamanego o grubości po 25cm, przewarstwionego georusztem. U podstawy geomateraca ułożono geowłókninę.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie do SIWZ nr 110 z dnia 04.10.2016 w pozycji tej należy wycenić separację geowłókniną. Odpowiedź nr 8 z dnia 06.10.2016 wskazuje, że chodzi o georuszt trójosiowy polipropylenowy o minimalnej sztywności radialnej (360 st.) przy odkształceniu 0.5% - 3.0.0-kN/m. Elementy składowe ceny jednostkowej są więc następujące: Materiał: georuszt (...) - 8,44 zł/m² Wbudowanie: robocizna, szpilki, ładowarka ok. 1,11 zł/m². Cena ofertowa powinna zawierać wszystkie elementy składowe pozycji. Oferta 1- 4,00 zł/m², oferta nr 3 - 1,11zł/m² i oferta nr 6 - 4,00zł/m². Jak wyraźnie widać z powyższych wyliczeń żadna z ww. cen nie wystarczy na pokrycie kosztów zakupu materiału spełniającego wymogi określone w SIWZ i pokrycie pozostałych kosztów. Warto zaznaczyć przy tym, że S. (Oferta nr 3) przyznał w wyjaśnieniach, że ww. cena jednostkowa nie obejmuje kosztów zakupu materiału, na co Zamawiający wskazał odrzucając jego ofertę, Odwołujący rozpoznał rynek i ustalił, że są na rynku dostępne są materiały w cenie od 3,9 zł/m² do 7,65zł/m² ale nie spełniają one jednak wymogu trójosiowości a zatem są

niezgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ. Natomiast co najmniej wątpliwe jest, by Konsorcjum D. i S. uzyskali ponad 50% rabat na materiał spełniający wymogi SIWZ. Tylko przy takim rabacie ich ceny jednostkowe, pozwalałyby na pokrycie kosztów zakupu materiału zgodnego z SIWZ, a i tak nie obejmowałyby kosztów sprzętu i robocizny.

Zdaniem Odwołującego, zaproponowane we wskazanych ofertach ceny wskazują co najmniej na niezgodność treści oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ (dobór niewłaściwego materiału). Względnie, Konsorcjum D. i S. mogli tak, jak S. nie ująć w tych cenach ofertowych kosztów zakupu materiału lub ująć je jedynie w części, co albo skutkuje niedoszacowaniem kosztów wykonania zamówienia (rażąco niską ceną), albo - co bardziej prawdopodobne - koszty te, jak w przypadku S. są w ujęte w innych pozycjach rozliczeniowych, a więc mamy do czynienia z niezgodnością treści ofert tych wykonawców z treścią SIWZ. Odwołujący, uprzedzając ewentualną argumentację wykonawców wskazał, że nawet w sytuacji, gdy wykonawca dysponowałby np. zapasami magazynowymi odpowiedniego materiału, koszty zakupu tego materiału powinny być ujęte w cenie ofertowej zaofiarowanej w tym postępowaniu.

Poz. 52 i 54 kosztorysu ofertowego wg ST D-02.03.01:

Warstwa dolna podbudowy z kruszyw łamanych o grubości po zagęszczeniu 25 cm. Nasyp zbrojony geomateracem. Geomaterac składający się z dwóch warstw, kruszywa łamanego grubości po 25cm, przewarstwowanego georusztem. U podstawy geomateraca ułożono geowłókninę.

Zgodnie z odpowiedzią nr 110 z dnia 04.10:2016 pozycja dotyczy warstwy podbudowy z kruszywa gr. 25 cm. Przedmiar mówi o kruszywie łamanym, przy czyni dokumentacja projektowa doprecyzowuje, że chodzi tu o kruszywo łamane 0/63. Cena kruszywa łamanego 0/63 mm z okolicznych kopalni waha się od 26,62 zł/t. do 44,38 zł/t w zależności od lokalizacji kopalni. Przyjmując cenę najniższą 26,62 zł/t $X 2,12t/m^3 \times 0,25m = 14,11 \text{ zł/m}^2$. Elementy składowe pozycji: materiały: kruszywo - 0/63 mm- 14,11 zł/m², wbudowanie: równiarki, walce, beczka z wodą i robocizna ok. 1,8 zł/m². Ofertą 1 – 10,00zł/m², oferta nr 3 – 5,54 zł/m², oferta nr 6 – 12.00 zł/m². Żadna z cen nie wystarczy na pokrycie kosztów zakupu materiału spełniającego wymogi określone w SIWZ, przy czym S. przyznał, że jest tak w istocie, bowiem koszt zakupu materiału ujął w innej pozycji.

Poz. 86 kosztorysu ofertowego wg ST D-04.04.02:

Podbudowa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie grubość warstwy 25.cm IIO/31, 5mm (jezdni obwodnicy drogi głównej wykop+ nasyp+ podłoże G1+ podłoże G2+podłoże G4)

Oferta nr 3 – 12,44.zł/m²

Oferta nr 6- 12,00 zł/m²

Cena kruszywa łamanego 0/31,5 mm z okolicznych kopalni waha się od 26,62 zł/t do 60,38 zł/t w zależności od lokalizacji kopalni. Przyjmując cenę najniższą tj. 26, 62 zł/t (cena kruszywa z dostawą na budowę) x 2,12 t/m³ (ciężar objętościowy kruszywa) x 0,25 m (grubość warstwy) = 14,11 zł/m² (nie uwzględniając żadnych strat na materiale). Elementy składowe pozycji: Materiały: kruszywo 0/31 — 14,11 zł/m². Wbudowanie: równiarki; walce, beczka z wodą i robocizna ok. 1,8 zł/m²

Jak wyraźnie widać z powyższych wyliczeń żadna z ww. cen nie wystarczy na pokrycie kosztów zakupu materiału spełniającego wymogi określone w SIWZ.

Odwołujący dodał, że wykonawcy mogą próbować wykazać, iż koszt zakupu materiału niezbędnego do wykonania ww., pozycji jest w ich przypadku niższy, bo-np. dysponują własną kopalnią. Według wiedzy Odwołującego, np. S. ma swoją najbliższą miejsca wykonywania zamówienia kopalnię w okolicach S. (K.), czyli 123km od terenu budowy. Koszt transportu materiału z tej lokalizacji to; 123km x 0,2 2zł/tkm = 27,06 zł/t, co i tak przewyższa podaną cenę jednostkową.

Poz. 87 kosztorysu ofertowego wg ST D-04.04.02

Dolna warstwa podbudowy z kruszywa łamanego, grubość warstwy po zagęszczeniu 25cm/droga serwisowa

Oferta nr 6- 12,00zł/m². Cena kruszywa łamanego 0/31,5 mm z okolicznych kopalni waha się od 26,62 zł/t do 60,38 zł/t w zależności od lokalizacji kopalni. Przyjmując cenę najniższą tj. 26,62 zł/t (cena kruszywa z dostawą na budowę)x 2,12 t/m³ (ciężar objętościowy kruszywa) x0,25 m (grubość warstwy) = 14,11 zł/m² (nie uwzględniając żadnych strat na materiale).

Elementy składowe pozycji: materiały kruszywa 0/31 -14,11 zł/m², wbudowanie: równiarki, walce, beczka z wodą i robocizna ok. 1,8 zł/m². Jak widać z wyliczeń ww. cena nie wystarczy na pokrycie kosztów zakupu materiału spełniającego wymogi określone w SIWZ.

Poz. 91.kosztorysu ofertowego wg ST D-04.06.01B:

Podbudowa betonowa. Grubość całkowita 25cm. Podbudowa z betonu cementowego C30/37 zbrojona siatką przeciwskurczową d=10 mm oczka 1,5/15cm. Beton układany na warstwie odcinającej z folii PE/wyspa separująca przejezdna, wyspa separująca

nieprzejezdna, wyspa separująca w obszarze dla pieszych, pierścień na rondzie, konstrukcja pasa, najazdowego/ Prefabrykaty zbrojarskie: ze stali gładkiej

Oferta nr 1 - 45,00 zł/m²

Oferta nr 6 -41,75 zł/m²

Koszt materiałów w tej pozycji wynosi:

Siatki, ciężar 8,41 kg/m² x 2,09zł/kg= 17,58zł/m² (bez uwzględnienia zakładów)

Rynkowa cena m³ mieszanki betonowej C30/37 - 197zł/m³

Koszt materiałów zbrojenie i beton dla 1 m² podbudowy C30/37 wynosi:

197 zł/m³x 0,25 m (grubość warstwy)+ 17,58 zł/m² - 66,83 zł/m²

Niezależnie od przyjętego wariantu pozyskania -mieszanki betonowej koszt samych składników materiałowych przewyższą wartość pozycji, brakuje kosztu mieszania betonu (wytworzeniu), transportu oraz wbudowania tj. układarka, albo równiarka, walce (koszt ok. 95 - 130zł/m³). Przy czym należy zaznaczyć, że pozycja powołuje się na STWiORB. 04.06.01 B, który mówi o betonie B15, a nie C30/37, także istnieje dodatkowe ryzyko, że zastosowana ilość cementu podana w STWiORB nie będzie wystarczająca dla wytworzenia betonu C30/37 a co za tym idzie koszt składników do betonu będzie wyższy.

Jak wyraźnie widać żadna z cen nie wystarczy na pokrycie kosztów zakupu materiału spełniającego wymogi określone w SIWZ.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na wycenę poz. nr 90 kosztorysu *Podbudowa betonowa o wytrzymałości 6-9 MPa-z dylatacją - grubość warstwy pa zagęszczeniu 25 cm* w ofercie nr 6. Podana tam cena 85,50 zł/m² jest dwukrotnie wyższa niż. w przypadku poz. 94, wg której wykonawcy zobowiązani są do zabudowania mieszanki: betonowej o znacznie wyższych parametrach. Podobnie choć już nie z tak dużą różnicą mamy do czynienia w ofercie nr 1, gdzie w poz. 90 podano cenę 4 8,50 zł/m² a więc również wyższą niż w poz. 91.

Poz. 96 kosztorysu ofertowego wg ST D-04.12.01B:

Stabilizacja podłoża cementem przy użyciu zespołu da stabilizacji – do Rm~5MPa, grubość warstwy po zagęszczeniu 15 cm z dodatkiem preparatu jonowymiennego /jezdni obwodnicy podłoża G4 konstrukcja jezdni typ 1b. Preparat do geologicznej stabilizacji gruntów 1, 2 kg/m

Oferta nr 3-8,87 zł/m²

Oferta nr 6 - 9,17 zł/m²

Odwolujący wskazując na wymagania SIWZ podał, że łączny koszt samych materiałów

wynosi 12,19 zł/m², więc żadna z ofert nie mieści się w cenie zakupu materiałów. Dodatkowo stabilizacja metodą mieszania w mieszarkach stacjonarnych powoduje dodatkowe koszty w postaci: transportu, wbudowania (walce, układarki lub równiarki) ok. 5zł/m². W ST Zamawiający dopuścił również stabilizację „na miejscu” a to też jest koszt minimalny w postaci ok. co najmniej 3zł/m². Oferta nr 1 z ceną 16zł. M2 jest też poniżej kosztów wykonania danej usługi. S. przyznał w wyjaśnieniach, że jego cena 8,87 zł/m² nie obejmuje kosztu zakupu materiału. Zamawiający zignorował, że S. podała w swoim kosztorysie cenę bardzo zbliżoną do ceny S.

Poz. 143 kosztorysu ofertowego wg ST M. 29.05.01

Żelbetowa płyta przejściowa beton C30/37

W pozycji tej zgodnie z wymaganiami należało uwzględnić in.in. ustawienie deskowania, zakup lub wyprodukowanie, dostawę i wbudowanie mieszanki betonowej (beton mostowy, którego parametry są znacznie wyższe niż betonu drogowego)

Oferta nr 6- 227 zł/m³. Cena mieszanki betonowej C30/37 z najbliższej betoniarni to 240zł/m³. Koszty robocizny i sprzętu kształtują się od 80zł/m³ do 120 zł/m³.

Cena 227 zł/m³ po odliczeniu minimalnych kosztów wykonania na-poziomic 80 zł/m³ tj.: 147 zł/m³ nie wystarczy na pokrycie kosztów zakupu materiału spełniającego wymogi określone w SIWZ. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na poz. 206 w powiązaniu z poz. 143. Obie dotyczą betonu płyty przejściowej i odwołują się do tej samej specyfikacji mostowej, co wskazuje na identyczny rodzaj materiału, czyli beton mostowy: C30/37. Prawdopodobnie tego toku rozumowania potwierdza fakt, że zarówno w ofercie nr 1 jak i w ofercie nr 3 wartości obu pozycji są bardzo zbliżone podczas, gdy w ofercie nr 6 różnica sięga 158,30 zł/m³. Okoliczność ta sugeruje, że materiał z poz. 143 z oferty nr 6 jest niezgodny z wymogami określonym i w SIWZ, względnie wykonawca przesunął koszt wykonania tej pozycji do innych pozycji rozliczeniowych.

W odniesieniu do oferty S. i Konsorcjum D. Odwołujący wskazał na jeszcze jeden przejaw „inżynierii cenowej” w ich ofercie - inżynierii świadczącej co najmniej o popełnieniu przez tych wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji.

Poz. 264 kosztorysu ofertowego

Układanie dwudzielnych rur ochronnych z PCW o średnicy do 110mm w wykopie (HAWE)

Pozycja ta koresponduje z pozycjami; 262 i 263, w których:

Pozycja 262 - Budowa rurociągu na głębokości 1m w wykopie wykonanym koparkami łyżkowymi w gruncie kat. III-IV - rury w zwojach - 1 rura HDPE 40 mm w rurociągu (HAWE)

w ilości 0,24 km. Pozycja.263 -Budowa rurociągu na głębokości 1 m w wykopie wykonanym koparkami łyżkowymi w gruncie kat. III -.IV - rury w zwojach - każda nast. rura HDPE 40 mm w rurociągu (HAWE) Krotność ~ 3 w ilości 0.24 km. Zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego przedmiarem robót w pozycji nr 264 należało wycenić zabudowę 0,24 m rur dwudzielnych ochronnych z PCW. Warto jednak wskazać; że z dokumentacji technicznej załączonej do SIWZ wynikało wprost, że w Przedmiarze doszło do pomyłki ze strony Zamawiającego - albo w jednostce obmiaru (jest [m], powinien być [km] jak w poz. 262 i 263), albo też przy zachowanej jednostce obmiaru, ilość powinna wynosić 37 (jest to wartość wprost wynikająca z dokumentacji projektowej).

W ofercie nr 1 pozycja ta została wyceniona na 65.743,37 zł za ułożenie 1 mb rury ochronnej dwudzielnej; co przygadanej w Przedmiarze ilości daje wartość 15 778,41zł.

W. ofercie nr 3 pozycja ta została wyceniona na 63.278,90 zł za ułożenie .1 mb rury ochronnej dwudzielnej, co przy zadanej w Przedmiarze ilości daje wartość 15 186,94 zł. Jeśli jednak uwzględni się ilość pracy do wykonania wynikającą wprost z dokumentacji technicznej (37 m) Konsorcjum D. za wykonanie tego zakresu robót uzyska 2.432.504,69 zł zamiast podanej w ofercie kwoty 15.778,41 zł. Spowoduje to realny wzrost wartości złożonej oferty o 2,416.726,28 zł netto (2.972.573.32 zł brutto). W przypadku S. zamiast podanej w ofercie kwoty 15 186,94 zł uzyska 2 341 319,30 zł. Spowoduje to realny wzrost wartości złożonej oferty o 2 325 540,89 netto (2860 415,29 zł brutto). Cena ta jest mocno zawyżona zważywszy na to, że koszt zakupu rury osłonowej to maksymalnie 38,90 zł/mb, przy czym cena ta nie zawiera żadnych upustów. Trudno logicznie uzasadnić, dlaczego wbudowanie rzeczony rury ma kosztować ponad 60 tysięcy złotych. W ocenie Odwołującego, obaj wskazani wykonawcy wykorzystali pomyłkę popełnioną przez Zamawiającego w Przedmiarze robót i celowo podali zawyżoną cenę jednostkową, jednocześnie wiedząc, że w rzeczywistości wykonają większy zakres prac, uzyskując od Zamawiającego (z uwagi na obmiarowy charakter wynagrodzenia) dużo wyższe wynagrodzenie.

Takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Nie sposób przyjąć, żeby zachowanie wykonawców pozostawało w zgodzie z dobrymi obyczajami, przy czym zachowanie wykonawców ewidentnie zagraża interesom Zamawiającego, który już w tym momencie musi liczyć się z koniecznością zapłaty wykonawcom dużo wyższego wynagrodzenia niż wynika ze złożonych przez nich ofert.

Powyższe może także wskazywać, że oferty tych wykonawców są nieważne na podstawie art. 58§ 2 k.c. W analogiczny sposób postąpiła S. w pozycjach 11,15,16,17 i 18.

Pozycje te odnoszą się do wycinki drzew (od najmniejszej do największej średnicy drzew). Już sam ten fakt pokazuje, że rozkład cen między tymi pozycjami powinien być - za małe drzewko cena niższa za duże większa (można to również powiązać z ilością pracy do wykonania). Przy czym analizując ceny z ofert nr 1, 3 i Odwołującego widać, że rozkład ceny ma raczej charakter liniowy.

Natomiast w ofercie nr 6 widać wyraźne zawyżenie kosztów w poz. 11. Cena, która u innych waha się od 8,86 do-9;92 zł za sztukę tu wynosi aż 194,57 zł, co może tym bardziej dziwić, że drzewa o średnicy zaledwie o 1 cm mniejsze zostaną, wycięte za 5,44 zł, czyli cenę, która zbytnio, nie odbiega od pozostałych. Jeśli przyjmiemy, że drzewa inwentaryzowane na etapie sporządzania dokumentacji urosły - co podpowiada doświadczenie życiowe - wówczas będziemy, mieli do czynienia ze znacznym wzrostem - wartość i oferty nr 6. Podobnie sytuacja przedstawia się przy poz. 15. Ceny ofert nr 1,3 i Odwołującego wahają się od 60 do 127,08 zł/szt., w ofercie nr 6 mamy cenę 1 038,09. Analogicznie sytuacja przedstawia się przy poz. 1.6 i 17, jeszcze bardziej dziwić może w kontekście powyższego poz. 18, gdzie abstrahując już od samej wysokości w porównaniu z innymi, cena w ofercie nr 6 jest niemal dwukrotnie niższa niż za drzewa o średnicy mniejszej.

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący podniósł, że cena oferty konsorcjum D. z uwagi na zaniżenie kosztów wykonania ww. pozycji kosztorysowych – może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu, względnie wykonawca nie wykazał złożonymi wyjaśnieniami, że za zaoferowaną cenę może wykonać przedmiot zamówienia w sposób zgodny z SIWZ. W ocenie Odwołującego, w przypadku wskazanego wykonawcy nie zachodzą jakiegokolwiek szczególne okoliczności, właściwe tylko temu Wykonawcy, które miałyby pozwolić mu wycenić przedmiot zamówienia, w tym przede wszystkim pozycje kosztorysu ofertowego wskazane w obu wezwaniach Zamawiającego do wyjaśnień na aż tak niskim poziomie. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i *zasoby własne; niezbędne do realizacji tak skomplikowanego przedsięwzięcia*. Nadto, wykonawcy ci są częścią międzynarodowych koncernów, które wykonują roboty budowlane na całym świecie, a co za tym idzie korzystają z tzw. efektu skali przy dokonywaniu zakupów, negocjowaniu umów dostaw itp. mają także szereg doświadczeń na rynku lokalnym. Innymi słowy, każda z okoliczności podanych przez Konsorcjum D. w 11 punktach wyjaśnień z dnia 8 lutego 2017r. w zasadzie pasowałyby do każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Warto przy tym dodać, że okoliczności, o których Konsorcjum mówi w tych punktach zostały

opisane ogólnikowo, hasłowo i w żadnym razie nie jest wiadomym z wyjaśnień Wykonawcy w jaki sposób przekładają się one na sposób wyceny tej konkretnej oferty. Odwołujący powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. Podniósł, że w wyniku zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący został w zasadzie pozbawiony możliwości przedstawiania dowodów (a nawet samego zgłoszenia okoliczności faktycznych), odnoszących się do poszczególnych elementów tychże wyjaśnień.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz mając na uwadze stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba oddaliła złożony w dniu 25 kwietnia 2017r. - po zamknięciu rozprawy - wniosek Odwołującego o ponowne otwarcie rozprawy w sprawie o Sygn. KIO 693/17. W ocenie Izby wniosek ten nie zawiera żadnych nowych okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, które zostały ujawnione po zamknięciu tej rozprawy. Przeciwnie, tezy zawarte we wniosku Odwołującego stanowią dalszą polemikę Odwołującego z twierdzeniami Zamawiającego w zakresie wyceny poz. 264 kosztorysu ofertowego S. oraz konsorcjum D. Przypomnieć należy, że art. 190 ust.1 zdanie drugie ustawy Pzp przewiduje, że strony i uczestnicy postępowania mogą przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń oraz odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony aż do zamknięcia rozprawy. Z tych względów Izba uznała, że wniosek jest nieuzasadniony.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalne do rozpoznania odwołań a odwołujący legitymują się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp uprawniającym ich do złożenia odwołań. Ponadto każdy z Odwołujących może ponieść szkodę, o której mowa w przywołanym przepisie, w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia na skutek działań i zaniechań Zamawiającego wskazanych w odwołaniach.

Odwołanie KIO 687/17

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba, działając w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, oddaliła odwołanie, mimo iż uznała, że jeden z zarzutów odwołania tj. zarzut dotyczący niezgodności kruszywa o wymiarze ziaren od 16 do 22 mm zasługuje na uznanie. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy nie ma i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, bowiem

czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na: niespełnienie przez Odwołującego wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia a także z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ przez ujęcie kosztów zakupu materiałów z poz. 51 -54 oraz poz. 88, 96, 100, 115 i 16 w innych poz. kosztorysowych 1 i 7, które dotyczą kosztów ogólnych i nie są technologicznie powiązane ze wskazanymi pozycjami.

W zakresie niespełnienia warunku dysponowania osobami Izba ustaliła, co następuje:
Zgodnie z pkt 4.3.2 e) SIWZ Zamawiający wymagał w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazania, że Wykonawca będzie dysponował osobą, której zostanie powierzone wykonanie zamówienia na stanowisku kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych (sieć kanalizacyjna i wodociągowa) posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi i doświadczenie minimum 3 lata od uzyskania uprawnień na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych lub inspektora nadzoru robót kanalizacyjnych i wodociągowych. Zamawiający wymagał, zgodnie z pkt 5.5 SIWZ, aby dla osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych podać imię i nazwisko oraz doświadczenie osoby (podać nazwy zadań oraz nazwę zajmowanego stanowiska na wskazanych zadaniach, okres pełnienia funkcji na danym stanowisku przy realizacji zadań (podać daty rozpoczęcia i zakończenia), podać informację o podstawie dysponowania tą osobą. W dniu 10 stycznia 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP o uzupełnienie brakującego doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych w części IV.C w pkt. 2 standardowego formularza JEDZ złożonego przez Wykonawcę oraz brakującej informacji, jakiego rodzaju robót osoba ta była kierownikiem na wykazanych zadaniach. W odpowiedzi Odwołujący uzupełnił doświadczenie osoby wskazanej na to stanowisko, wskazując, że pełnił funkcje, jako kierownik branży sanitarnej. Następnie kolejnym pismem Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 4 PZP do złożenia wyjaśnień, jakiego rodzaju robót branży sanitarnej osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych była kierownikiem na wskazanych w opisie zadaniach.

Nie ulega wątpliwości, że wymaganiem Zamawiającego było, aby osoba, której zostanie powierzone wykonanie zamówienia na stanowisku kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych (sieć kanalizacyjna i wodociągowa) posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi i doświadczenie minimum 3 lata od uzyskania uprawnień alternatywnie na jednym z trzech stanowisk: kierownika budowy lub kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych lub inspektora nadzoru robót kanalizacyjnych i

wodociągowych. Istota sporu między stronami sprowadzała się do oceny, że doświadczenie p. P. G. - osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych - spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w pkt 4.3.2e SIWZ. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego konsorcjum M. B., że p. P. G. nie legitymuje się wymaganym doświadczeniem min. 3 lata od uzyskania uprawnień na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych lub inspektora nadzoru robót kanalizacyjnych i wodociągowych. Wskazane, również w wyniku uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i w wyniku udzielonych wyjaśnień w trybie 26 ust. 4 ustawy Pzp, doświadczenie pana P. G. dotyczące kierowania robotami budowlanymi wyłącznie w zakresie robót kanalizacyjnych (ujęte w pkt 1 i 5 pisma procesowego Zamawiającego) nie może zostać uznane za spełniające wymagania SIWZ, bowiem w warunku udziału w postępowaniu wymagane było kierowanie robotami zarówno w zakresie robót kanalizacyjnych jak i wodociągowych, na co wskazuje użyta w tym sformułowaniu koniunkcja „i”.

Analizując wykazane doświadczenie p. P. G., wskazać należy, że za spełniające wymagania opisane przez Zamawiającego należy uznać jedynie doświadczenie w zakresie kierowania robotami wodociągowymi i kanalizacyjnymi dotyczące: budowy osiedla M. M. - 11 miesięcy, zadanie nr 2 pisma procesowego Zamawiającego - 14 miesięcy, zadanie nr 4 pisma procesowego Zamawiającego - 5 miesięcy. Nawet gdyby zaliczyć doświadczenie dodatkowe, wskazane w wyniku udzielonych wyjaśnień, o którym mowa pkt 6 pisma procesowego Zamawiającego dotyczące kierowania robotami wodociągowymi i kanalizacyjnymi w okresie 2 miesięcy, to i tak p. P. G. nie spełnia łącznie 3 lat doświadczenia na jednym z trzech stanowisk wskazanych w warunku udziału w postępowaniu to jest na stanowisku: kierownika budowy lub kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych lub inspektora nadzoru robót kanalizacyjnych i wodociągowych.

Zadanie nr 1 z pisma procesowego Zamawiającego nie może zostać zaliczone do wymaganego doświadczenia, bowiem dotyczy wyłącznie doświadczenia na stanowisku kierownika robót kanalizacyjnych a warunek udziału w postępowaniu wymagał łącznego doświadczenia na stanowisku kierownika robót wodociągowych i kanalizacyjnych. Podobnie odnośnie zadania ujętego w pkt 5 pisma procesowego, w ramach którego wykazano doświadczenie jedynie na stanowisku kierownika robót kanalizacyjnych.

Podsumowując p. P. G. nie posiada wymaganego 3-letniego doświadczenia na jednym z trzech alternatywnie wskazanych stanowisk: kierownika budowy lub kierownika robót kanalizacyjnych i wodociągowych lub inspektora nadzoru robót kanalizacyjnych i wodociągowych. Z tych względów czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest zasadna. Ponadto z uwagi na to, że Odwołujący był już wzywany w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp do uzupełnienia brakującego doświadczenia, nie ma ponownego zastosowania trybu przewidzianego w tym przepisie.

Izba oddaliła zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na ujęciu kosztów zakupu materiałów z poz. 51-54, poz. 88, 96 i nast. w innych pozycjach kosztorysu dotyczących kosztów ogólnych tj. poz. 1 i 7 kosztorysu. W tym zakresie Izba ustaliła, że zgodnie z opisem poz. 1 (branża drogowa) wykonawcy mieli obowiązek wycenić *„Koszty związane z dostosowaniem się do Warunków Ogólnych Kontraktu ryczałtowo, zgodnie ze specyfikacją techniczną DM.00.00.00/DM 00.00.03, która to w pkt 1.5 wyszczególnia jakie koszty powinny być ujęte w kosztach tej pozycji tj.: zabezpieczenie terenu budowy, ochrona środowiska w czasie wykonywania robót, ochrona przeciwpożarowa, bezpieczeństwo i higiena pracy, ochrona przeciwpożarowa, ochrona i utrzymanie dróg.”* W poz. 7 (branża drogowa) wykonawcy mieli obowiązek ująć *„Urządzenia zaplecza Wykonawcy z dostosowaniem do wymogów BHP, utrzymanie na czas prowadzenia robót i jego likwidacją” ryczałtowo, zgodnie ze specyfikacją techniczną DM.00.00.01, która to wyszczególnia w pkt 5.3.1, jakie obiekty, urządzenia i instalacje powinny być ujęte w kosztach tej pozycji”.*

W pkt 12.2 SIWZ Sposób obliczenia ceny oferty, Zamawiający podał, że cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na załączniku nr 2. Podstawą obliczenia ceny oferty jest przedmiar robót, dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, które stanowią załączniki do niniejszej specyfikacji,

W pkt 12.3 SIWZ Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie ofertowym.

Zgodnie z pkt 12.4 SIWZ Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót. Jednocześnie też, Zamawiający wskazał, że jeżeli w opisie przedmiaru robót nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz powinny być uwzględnione przez Wykonawcę w cenach wpisanych w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu ofertowego.

W pkt 12.6 SIWZ podał, że w przypadku ujawnienia przez wykonawcę ewentualnych błędów występujących w dokumentacji projektowej (na rysunkach) specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiarach robót wykonawca powinien zgłosić o tym zamawiającemu przed terminem składania ofert.

Mając na uwadze powyższe wytyczne dotyczące obliczenia ceny oferty, sporządzenia kosztorysu ofertowego oraz rozliczeń między stronami, Izba uznała, że nie ulega

wątpliwości, iż Zamawiający przewidział w tym postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe. Okoliczność ta jest niesporna między stronami. Odwołujący przyznał, że ujął koszty zakupu materiałów wskazanych w poz. 51, 52, 53, 54, 88, 96, 100, 115, 116 w poz. 1 - dotyczącej kosztów związanych z dostosowaniem do warunków Ogólnych Kontraktu oraz poz. 7 - urządzenia zaplecza wykonawcy z dostosowaniem do wymogów BHP.

Zdaniem Izby, przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia istotnym jest, aby koszty prac, w tym koszty zakupu materiałów, sprzętu, robocizny były ujęte w odpowiednich adekwatnych dla nich pozycjach kosztorysu ofertowego lub w pozycjach ściśle z nimi związanych. Związek to może mieć charakter technologiczny, funkcjonalny etc. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym, którego istotą jest rozliczanie prac wg faktycznie zrealizowanych robót w oparciu o stawki ujęte w kosztorysie ofertowym wykonawcy, rzetelna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych ma doniosłe znaczenie.

Nie można podzielić stanowiska Odwołującego, który wskazuje jako uzasadnienie do „przerzucania” kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysu, brak sformułowania w SIWZ zakazu co do takiego działania. Brak możliwości przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami, w żaden sposób nie powiązany ze sobą, wynika z samego charakteru wynagrodzenia kosztorysowego oraz związanej z tym konieczności rzetelnej wyceny pozycji kosztorysowych. Nie ulega wątpliwości, że poz. 1 i 7, w których, jak wskazuje Odwołujący, ujął koszty zakupu materiałów z innych pozycji, nie są w żaden sposób powiązane w tymi pozycjami, tak aby móc stwierdzić, że koszty te zostały faktycznie ujęte. Sytuacja taka rodzi także wątpliwości co do sposobu późniejszych rozliczeń między stronami za roboty wykonane, ujęte w poz. 51, 52 i nast.

Izba uznała natomiast za zasadny zarzut dotyczący wymiaru kruszywa, dzieląc w tym zakresie stanowisko Odwołującego. Zgodnie z wymaganiem określonym w Specyfikacji Technicznej nr D-05.03.04 odwołującej się do poz. 98 kosztorysu ofertowego w pkt 2.3. wymagano, aby do wykonania mieszanek betonowych do nawierzchni drogowych stosować kruszywa łamane, żwirowe, piasek o maksymalnym wymiarze ziaren do 16 mm.

Odwołujący, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień z dnia 3.02.2017r. wskazał, że w zakresie wyceny poz. 98 kosztorysu ofertowego przedstawił „Kalkulację mieszanek betonowych”, gdzie ujął kruszywo o wymiarze ziaren od 16 do 22mm tj. grys 16/22 (granit). Istotnie, z udzielonych odpowiedzi na pyt. 107 i 43 (pisma z dnia 4 i 6 października 2016r.) wynika, że Zamawiający dopuścił dla dolnej warstwy nawierzchni zastosowanie kruszywa o wielkości ziaren do 31,5mm. Ze stwierdzenia, ujętego w odpowiedziach na te pytania, że wymaga to wcześniejszego „opracowania i uzgodnienia specyfikacji” nie wynika, wbrew temu co twierdzi Zamawiający, że uzgodnienia te mają być dokonane na etapie przed składaniem ofert. Przeciwnie, sytuacja taka, w której miałyby

dojść do uzgodnień i opracowania specyfikacji na etapie składania ofert mogłaby budzić wątpliwości co do niedozwolonych negocjacji treści składanej oferty. W ocenie Izby, Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania, dopuścił zastosowanie kruszywa o wymiarze ziaren do 31,5 mm, zatem zaproponowane przez Odwołującego kruszywo o wymiarze ziaren od 16 do 22 mm spełnia wymagania.

Odwołanie KIO 693/17

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że w postępowaniu zostało złożonych 6 ofert z następującymi cenami:

1. oferta 1 - konsorcjum D. z ceną 41 819 999,99zł
2. oferta 2 - Odwołującego z ceną 47 583 512,70 zł
3. oferta 3 – S. z ceną 41 132 604,97 zł
4. oferta 4 - konsorcjum B. B. P. sp. z o.o. i B. B. GmbH z ceną 54 955 449,52zł,
5. oferta 5 – B. S.A. z ceną 50 995 919,67 zł
6. oferta 6 – S. z ceną 43 981 054,74 zł

W dniu 28 marca 2017r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum D. oraz odrzuceniu oferty złożonej przez S. I. P. sp. z o.o.

Izba uwzględniła odwołanie, wskazując, że zasadnym jest zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp polegający na objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zastrzeżonych przez konsorcjum D., złożonych Zamawiającemu w dniu 8 lutego i 1 marca 2017r. w wyniku wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny, iż w odniesieniu do zastrzeganych informacji konsorcjum D. wykazało wszystkie przesłanki definicji legalnej pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż

zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zwrócić należy uwagę, że w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.*

Z przywołanego wyżej przepisu wynika, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z całą pewnością za „wykazanie”, o jakim mowa w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz do powołania treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, konsorcjum D. zobowiązane było wykazać faktyczne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy tj. wykazać, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wobec treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i określonego w tym przepisie terminu, w jakim „wykazanie” skuteczności poczynionego zastrzeżenia musi nastąpić niedopuszczalne jest uzupełnienie tego uzasadnienia.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana jest uwzględnić odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wykazane naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp polegające na nieprawidłowej ocenie przez Zamawiającego, iż w odniesieniu do zastrzeganych informacji konsorcjum D. wykazało wszystkie przesłanki definicji legalnej pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie, że Zamawiający wbrew przepisom ustawy dokonał nieprawidłowej weryfikacji zastrzeżonych informacji wywołuje konieczność nakazania przez Izbę ich odtajnienia. Ujawnienie złożonych przez konsorcjum D. wyjaśnień może umożliwić innym wykonawcom skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogli z nich korzystać z uwagi na nieudostępnienie im wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 90 ust. 1, z tych względów naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odtajnienie informacji zastrzeżonych przez konsorcjum D., złożonych Zamawiającemu w dniu 8 lutego i 1 marca 2017r. w wyniku wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze to, że pozostałe zarzuty dotyczące odrzucenia oferty konsorcjum D. z powodu złożenia zbyt ogólnikowych i lakonicznych wyjaśnień i niewykazania, że cena oferty jest ceną realną, zostały podniesione przez Odwołującego jedynie z daleko posuniętej ostrożności procesowej i wskazane w odwołaniu jako alternatywne wobec zasadniczego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, Izba pozostawiła je bez rozpoznania. Wobec uwzględnienia zasadniczego zarzutu dotyczącego bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, pozostałe zarzuty - zgłoszone jako alternatywne i podniesione jedynie z ostrożności procesowej - dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaoferowanie przez D. wykonania zamówienia z materiałów niezgodnych z wymaganiami SIWZ oraz nieuprawnionego przesunięcia kosztów wykonania pozycji 51, 54 i 86 do innych pozycji kosztorysowych, Izba pozostawiła bez rozpoznania. Jak wskazał sam Odwołujący zarzuty te biorą swój początek w wyjaśnieniach złożonych z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z którymi Odwołujący nie miał możliwości zapoznać się.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli zaoferowana cena lub

koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi. Z przywołanego przepisu ustawy wynika, że przedmiotem badania przez Zamawiającego pod kątem rażąco niskiej ceny może być nie tylko całkowita cena oferty, ale także jej istotne części składowe. W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący, kwestionując szereg pozycji kosztorysowych, które w jego ocenie są zaniżone w ofertach konsorcjum D., S. i S., nie wykazał, że pozycje te mają istotne znaczenie dla całości ceny oferty, stanowią istotne części składowe oferty i wywierają wpływ na ranking ofert. Wspomnieć należy, że kosztorysy ofertowe są obszerne, zakres prac bardzo szeroki i z całą pewnością w kosztorysach poszczególnych wykonawców znajdują się ceny jednostkowe wyższe lub niższe od pozostałych. Stwierdzenie jednak tej okoliczności nie świadczy jeszcze o czynie nieuczciwej konkurencji oraz nie dowodzi tego, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Niezależnie od braku wykazania, że kwestionowane pozycje stanowią istotne części składowe ceny oferty, odnośnie poz. 51, 52, 54, 91 kosztorysu ofertowego, wskazać należy, że wykonawca D. na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił w tym zakresie szczegółowe wyjaśnienia wraz z dowodami. Z uwagi na to, że Odwołujący nie mógł przed złożeniem odwołania zapoznać się z tymi wyjaśnieniami, zarzuty wobec oferty konsorcjum D. dotyczące poszczególnych pozycji kosztorysowych podniósł jedynie z ostrożności procesowej. Z tych względów, mając na uwadze uwzględnienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

W zakresie poz. 51, 52, 86, 96 kosztorysu ofertowego S., Izba uznała, że pozycje te nie mają istotnego znaczenia dla całości oferty a wykonawca wyjaśnił, że podane ceny są realne i rynkowe.

Odnośnie poz. 51, 52, 54, 87, 91, 96 i 143 kosztorysu ofertowego S., Izba uznała, że niezależnie od tego, że Odwołujący - jak wskazano wyżej - nie wykazał, że wycena tych pozycji ma istotny wpływ na całość oferty, to jednak mając na uwadze dążenie do pełnego wyjaśnienia wszystkich wątpliwości w zakresie rzetelności wyceny oferty oraz biorąc pod uwagę zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – zasadnym jest wezwanie wykonawcy S. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 a także art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie sposobu wyceny pozycji przedmiaru robót wskazanych w odwołaniu i specyfikacji technicznych materiałów, które wykonawca zamierza użyć do ich wykonania. Wykonawca ten nie miał jak dotąd możliwości złożenia wyjaśnień dotyczących rzetelności wyceny kwestionowanych przez Odwołującego poszczególnych pozycji kosztorysu jak również wykazania spełnienia wymagań w zakresie użytych materiałów.

W zakresie poz. 264 dotyczącej układania dwudzielnych rur ochronnych z PCW o średnicy do 110 mm w wykopie (HAWE) i korespondującej z tą pozycją poz. 262 i 263 dotyczących budowy rurociągu, Izba wskazuje, że nawet gdyby przyjąć za słuszne stanowisko Odwołującego, że w przedmiarze robót doszło do pomyłki albo w jednostce obmiaru (jest m, powinien być km) albo przy zachowanej jednostce obmiaru ilość powinna wynosić 37 a nie 24, to jest to błąd Zamawiającego, który nie może wywoływać negatywnych skutków w postaci odrzucenia ofert wykonawców S. i D. Okoliczność ta powoduje, że nie doszło do naruszenia uczciwej konkurencji przy wycenie tej pozycji kosztorysowej.

Odnosnie poz. 11, 15, 16, 17 i 18 kosztorysu ofertowego S. dotyczących wyceny drzew, wskazać należy, że pozycje te nie mają istotnego znaczenia i nie stanowią znaczących części składowych ceny oferty, stąd z punktu widzenia rażąco niskiej ceny nie podlegają badaniu. Odwołujący, wskazując na ww. pozycje podnosił, iż ich wycena stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jest przejawem tzw. „inżynierii cenowej”. Zdaniem Izby, z uwagi na fakt, że wykonawca S. nie był wzywany do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie, zasadnym jest, z uwagi na zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji, wezwania S. do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: