

WYROK
z dnia 17 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW” sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dąbrowa Górnicza, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawcy A. M. (M.), prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe DOMAX A. M. w Boronowie,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 Pzp wobec cofnięcia tego zarzutu przez Odwołującego.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nakazuje Zamawiającemu:
 - 2.1. unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego;
 - 2.2. odrzucenie oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego z uwagi na sprzeczność treści jego oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, polegająca na zaoferowaniu wykonania w poz. 48, 51-54 i 56-64 kosztorysu ofertowego w branży drogowej oznakowania poziomego w technologii cienkowarstwowej, w miejsce wymaganej przez Zamawiającego technologii grubowarstwowej;
 - 2.3. ponowne badanie i ocenę pozostałych ofert.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 11.800,00 zł (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych 00/100) stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego w postaci 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 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Dąbrowa Górnicza (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa dróg rowerowych i chodników wraz z korektą geometrii jezdni odcinków ulicy Aleja Zagłębia Dąbrowskiego i Tysiąclecia” w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Promowanie zielonej mobilności na terenie Gminy Dąbrowa Górnicza – Etap I i Etap II”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 października 2019 r., pod nr 2019/S 199-482667.

12 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DOMAX” A. M. w Boronowie (dalej „Wykonawca AM”), co zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) 23 grudnia 2019 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty złożonej przez Wykonawcę AM, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów Pzp;
2. art. 90 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny i przyjęcie wyjaśnień ogólnikowych, a w konsekwencji nie odrzucenie oferty Wykonawcy AM;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy AM mimo faktu, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie Postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zamiaru udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp;

5. art. 8 ust. 1 Pzp przez nie ujawnienie odwołującemu dokumentów stanowiących załączniki do złożonych przez Wykonawcę AM wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny a nie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnego badania oferty oraz oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę AM w zakresie rażąco niskiej ceny, a w wyniku dokonania ich oceny, nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę AM;
3. ujawnienia dokumentów nie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiących załączniki do złożonych przez Wykonawcę AM wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
4. dokonania powtórnej oceny ofert, a w konsekwencji nakazanie uznania, że najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

Odwołujący wskazał, że w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp jest legitymowany do wniesienia odwołania.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że zgodnie z SIWZ do wyliczenia ceny służą projekt budowlany i wykonawczy, przedmiar robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i normy budowlane, przy czym podstawy wyceny podane w przedmiarze robót nie są obligatoryjne i należy traktować je pogładowo (w zakresie opisu wyszczególnienia czynności). Zamawiający wymagał, aby opisy robót pozycji przedmiarowych, jednostki miar i ilości tych jednostek w kosztorysach ofertowych odpowiadały opisom robót pozycji przedmiarowych, jednostek miar i ich ilości z pozycji przedmiarowych Zamawiającego.

W załączniku nr 6 do SIWZ (projekt umowy) Zamawiający wskazał z kolei, że wykonawca zobowiązuje się do wykonania za wynagrodzeniem na rzecz Zamawiającego robót budowlanych i przekazania mu przedmiotu umowy zgodnie z projektami budowlanym i wykonawczym, przedmiarami robót, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót stanowiącymi załączniki do niniejszej umowy oraz obowiązującymi przepisami i normami.

Załącznik do SIWZ, stanowił również projekt docelowej organizacji ruchu. W części II projektu, w ust. 2 (Oznakowanie poziome) wskazano: „Oznakowanie poziome powinno zostać wykonane jako grubowarstwowe, w technologii chemoutwardzalnej. Oznakowanie poziome powinno spełniać wszelkie warunki i wymagania określone w załączniku nr 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 03.07.2003r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego

i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. z 2003 r., nr 220, poz. 2181 z późniejszymi zmianami)".

Powyższe postanowienia kierowane były do wszystkich wykonawców, były zrozumiałe i nie budziły wątpliwości. Potwierdza to fakt, że w Postępowaniu zostały złożone oferty, a więc żaden z wykonawców przygotowując ofertę nie miał wątpliwości jak interpretować postanowienia SIWZ w tym zakresie, jak również to, że żaden z wykonawców nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej na tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia.

Wykonawca AM złożył ofertę, zgodnie z którą:

6.1		oznakowanie poziome				
48 d.6. 1	KNR 2-31 0708-06	Mechaniczne matowane linii na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych farbą chlorokauczukową – P10-	m2	496.00	17.59	8 724.64
51 d.6. 1	KNR 2-31 0706-06	Mechaniczne malowanie linii na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych farbą chlorokauczukową – P17	m2	10.50	17.59	184.70
52 d.6. 1	KNR 2-31 0708-06	Mechaniczne matowanie linii na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych farbą chlorokauczukową – P13	m2	30.00	17.59	527.70
53 d.6. 1	KNR 2-31 0706-06	Mechaniczne malowanie linii na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych farbą chlorokauczukową – P14	m2	45.00	17.59	791.55
54 d.6. 1	KNR 2-31 0706-03	Mechaniczne malowanie linii segregacyjnych i krawędziowych przerywanych na jezdni farbą chlorokauczukową – P7a	m2	6.00	20.95	125.70
56 d.6. 1	KNR 2-31 0706-02	Mechaniczne malowanie linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych na jezdni farbą chlorokauczukową – P2a	m2	103.00	16.27	1 675.81
57 48. 1	KNR 2-31 0706-02	Mechaniczne malowanie linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych na jezdni farbą chlorokauczukową – P4	m2	61.00	16.27	992.47
58 d.6. 1	KNR 2-31 8706-02	Mechaniczne malowanie linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych na jezdni farbą chlorokauczukową – P21	m2	188.00	16.27	3 058,76.
59 d.6. 1	KNR 2-31 0708-02	Mechaniczne malowanie linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych na jezdni farbą chlorokauczukową – P2b	m2	53.00	16.27	862.31
60 d.6. 1	KNR 2-31 0706-03	Mechaniczne malowania linii segregacyjnych i krawędziowych przerywanych na jezdni farbą chlorokauczukową – P1b	m2	31.00	20.95	649.45
61 d.6. 1	KNR 2-31 0706-03	Mechaniczne malowanie linii segregacyjnych i krawędziowych przerywanych na jezdni farbą chlorokauczukową – P1e	m2	37,00	20.95	775.15.
62 d.6. 1	KNR 2-31 0706-03	Mechaniczne matowanie linii segregacyjnych i krawędziowych przerywanych na jezdni farbą chlorokauczukową – P1c	m2	102.00	20.95	2 136.90
63 d.6. 1	KNR 2-31 0706-06	Mechaniczne malowanie linii na skrzyżowaniach i przejściach dla pieszych farbą chlorokauczukową – P11	m2	53.00	17.59	932.27
64 d.6. 1	KNR 2-31 0706-02	Mechaniczne matowanie linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych na jezdni farbą chlorokauczukową – P19	m2	55.00	16.27	894.85

Zdaniem Odwołującego zaoferowanie przez Wykonawcę AM ceny za mechanicznie malowanie linii w wysokości 17,59 zł świadczy że nie wycenił on wykonania oznakowania grubowarstwowego (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego) a cienkowarstwowe. Oznakowanie grubowarstwowe odróżnia się od znakowania tradycyjnego znacznie lepszą widocznością w czasie trudnych warunków atmosferycznych (takich jak intensywne opady deszczu, mgła), podczas których dochodzi do największej liczby wypadków. Z kolei oznakowanie cienkowarstwowe stosuje się na drogach miejskich i zamiejskich, na placach, parkingach, ścieżkach rowerowych, w strefach spowolnionego ruchu pojazdów oraz w przypadku czasowych zmian organizacji ruchu (oznakowanie barwy żółtej), kiedy na jezdni pozostaje jeszcze oznakowanie barwy białej.

Porównując wszystkie oferty złożone w Postępowaniu w kwestionowanych pozycjach Odwołujący wskazał, że ceny kształtują się w następujący sposób:

Pozycja	Wycena Wykonawcy AM	Wycena Berger Bau Polska sp. z o.o.	Wycena Odwołującego	Wycena Przedsiębiorstwa Miejskiego MZUM.PL S.A.
48	17,59 zł	87,51 zł	69,36 zł	61 zł
51	17,59 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł
52	17,59 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł
53	17,59 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł
54	20,95 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł
56	16,27 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł
57	16,27 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł
58	16,27 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł
59	16,27 zł	87,51 zł	69,36 zł	60 zł
60	20,95 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł
61	20,95 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł
62	20,95 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł
63	17,59 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł
64	16,27 zł	87,51 zł	69,36 zł	63 zł

Porównanie wyżej wymienionych cen w sposób niepozostawiający wątpliwości pokazuje, że wycena dokonana przez Wykonawcę AM w przedmiotowych pozycjach w widoczny (rażący) sposób odbiega od cen rynkowych (oferowanych przez innych wykonawców składających ofertę w Postępowaniu). Niezrozumiałe jest więc działanie

Zamawiającego, że nie wyjaśnił on dlaczego Wykonawca AM zaoferował cenę zupełnie nierealną i nierynkową.

Odwołujący zasygnalizował, że w świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie w myśl ust. 2 wskazywanego artykułu, czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Wskazanie „w szczególności” oznacza, że katalog czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest czynem zamkniętym. Działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy. Nie można przy tym zapominać, że dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 9 ustawy Prawo przedsiębiorców {Przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów innych przedsiębiorców i konsumentów, a także poszanowania oraz ochron praw i wolności człowieka). Ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.

Odwołujący stwierdził, że w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych – a tak jest bez wątpienia w przedmiotowej sytuacji – narusza dobre obyczaje kupieckie.

Postępowanie zarówno Wykonawcy AM (zaoferowanie cen rażąco odbiegających od realiów rynkowych), jak też samo zachowanie Zamawiającego w sposób ewidentny narusza

dobry obyczaj kupiecki. Jednocześnie – jak wskazuje się w piśmiennictwie – o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy „można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. W przypadku działań objętych klauzulą generalną, zawartą w art. 3 ust 1 ZNKU, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego” (P. Sokal: „Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje”, Monitor Prawniczy nr 24/2011, str. 1322).

Opisane działanie ewidentnie narusza również interes Zamawiającego. Wskutek wyceny w sposób całkowicie odbiegający od reguł rynkowych i kosztów związanych z wykonywaniem robót, Zamawiający zmuszony jest do wybierania jako najkorzystniejszej oferty, która nie tylko nie wyceniła robót w sposób prawidłowy, ale również wyceniła oznakowanie cienko, a nie grubowarstwowe jak wymagał tego Zamawiający. Uznanie, że opisane wyżej działanie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prowadziłoby do wynaturzeń pozbawiających sensu ekonomicznego cały system zamówień publicznych.

Z kolei w myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jak wynika z orzeczeń sądów powszechnych w sytuacji, gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1-5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w pkt 1-5 tego przepisu doszło do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Koniecznym jest zatem zaistnienie takiej sytuacji, w której wykonawca zamierza realizować zamówienie poniżej kosztów własnych. Ponadto zachowanie wykonawcy musi być nakierowane na wyeliminowanie innych przedsiębiorców z rynku danych świadczeń.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę i odnosząc je do stanu faktycznego w analizowanej sprawie należy stwierdzić, że całościowa analiza ukształtowanych w SIWZ wymagań dotyczących stosowanych metod (oznakowanie grubowarstwowe a nie cienkowarstwowe), oznacza że nie było dopuszczalne manipulowanie metodą oznakowania, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów.

Zasady doświadczenia życiowego podpowiadają, że za kwotę kształtującą się w przedziałach 16,27 zł – 20,95 zł nie jest możliwe wykonanie oznakowania grubowarstwowego. Zamysł zaoferowania tak niskiej ceny bez jakiegokolwiek uzasadnienia rynkowego zasługującego na aprobatę, spełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji.

Tym samym, oferta Wykonawcy AM powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W przedmiotowej sytuacji, Zamawiający nie może jednocześnie wezwać Wykonawcy AM do złożenia wyjaśnień dodatkowych, nie odniósł się on bowiem w żaden sposób we wcześniejszych wyjaśnieniach do zaniżenia kwestionowanych kwot.

Również zaoferowanie przez Wykonawcę AM w pozycji 80 wykonania ławy pod krawężniki i obrzeża betonowe z oporem, w wysokości 29,90 zł za m³ jest kwotą zupełnie nierealną.

W złożonych wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny, w odniesieniu do Działu 7 Kosztorysu (tj. Elementy Ulic), Wykonawca AM wyjaśnił jedynie cenę zakupu 1 m materiału w postaci krawężnika drogowego betonowego o wymiarze 15x30 cm; „Krawężnik drogowy betonowy 15x30 cm – cena zakupu 14,31 – 16,00 zł/m, cena przyjęta do kalkulacji – 25,00 zł/m (oferty handlowe w załączeniu)” oraz obrzeża betonowego o wymiarze 30x8 cm; „Obrzeże betonowe 8x30 cm – cena zakupu 8,16-9,00 zł/m, cena przyjęta do kalkulacji – 15 zł/m (oferty handlowe w załączeniu)”. Wykonawca AM zupełnie nie odniósł się do wyjaśnienia ceny kompleksowego wykonania ławy, a już tym bardziej rażąco niskiej ceny jej wykonania. Należy wskazać, że podobnie jak w pozycjach omówionych wcześniej, zaoferowana cena jest nierealna i nierynkowa. W związku z tym istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo, że Wykonawca AM niewłaściwie wycenił wskazaną pozycję pomijając zupełnie koszt zakupu materiału lub stosując cenę nierealną za proponowaną przez siebie mieszankę betonową. Tak niska cena, jest ceną nierealną, bowiem cena rynkowa oscyluje na poziomie minimum 250,00 zł/m³.

Odwołujący przedstawił wyliczenia w zakresie poz. 80 kosztorysu, tj.: Ława pod krawężniki i obrzeża betonowa z oporem beton C12/15

Wykonawca AM: $29,90 \text{ zł/m}^3 \times 3531,35 \text{ m}^3 = 105\,587,37 \text{ zł/netto}$;

Cena rynkowa: $290,00 \text{ zł/m}^3 \times 3531,35 \text{ m}^3 = 1\,024\,091,50 \text{ zł netto}$, wynikająca z cen mieszanek betonowych oraz kosztów transportu i ułożenia

Zważając na powyższe wyliczenia należy stwierdzić, że gdyby Wykonawca AM zastosował rynkowe ceny wykonania ławy betonowej jego oferta znalazłaby się na zupełnie innym miejscu w klasyfikacji oceny badanych ofert. Błędna ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę AM i uznanie, jakoby spełniały one wymagania określone w Pzp, podczas gdy złożone wyjaśnienia są lakoniczne, ogólne, niewystarczające, nie poparte żadnymi dowodami w zakresie pozycji o których mowa w odwołaniu (a więc pozycji cenowo najbardziej zaniżonych i nierealnych) stanowi o naruszeniu podstawowych zasad prowadzenia postępowania. Należy bowiem podkreślić raz jeszcze, że Wykonawca AM nie udźwignął

ciążącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w szczególności ceny jednostkowej we wskazanych pozycjach.

W tej sytuacji została spełniona przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Wprawdzie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp mowa jest tylko o obowiązku odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże regulację tę należy odczytywać łącznie z przepisem art. 90 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy nie tylko w sytuacji, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także w sytuacji, w której wykonawca nie udzielił wyjaśnień. Zgodnie natomiast z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak jest w przedmiotowym wypadku – w sytuacji, kiedy Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to na wykonawcy leży obowiązek aby przedłożyć wyjaśnienia nie tylko przekonywujące, ale również pełne, nie pomijając żadnej pozycji. Tak się nie stało.

Odwołujący stwierdził następnie, że oferta musi odpowiadać treści SIWZ. Odnosząc się więc do zaoferowanej przez Wykonawcę AM metody oznakowania (wyceniona cienkowarstwowa, zamiast grubowarstwowej) należy wskazać, że powoduje to, że treść (merytoryczna) oferty Wykonawcy AM nie odpowiada treści SIWZ, co z kolei obliguje Zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Należy bowiem z całą mocą podkreślić, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, co do której zaistniały przesłanki do odrzucenia.

Odwołujący stwierdził następnie, że wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w myśl przepisów Pzp, jest krzywdzące i niesprawiedliwe. Zamawiający w trakcie badania, oceny i wyboru złożonych ofert winien stosować się do zasady rzetelności, obiektywizmu i równego traktowania wykonawców (obowiązek taki nakłada na zamawiającego wprost zarówno sama ustawa jak i obowiązujące Dyrektywy). Postępowanie Zamawiającego w tej sprawie stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postaci zasady równego traktowania wykonawców, bowiem oferty wszystkich wykonawców winny być oceniane według jednolitych kryteriów wskazanych w treści SIWZ. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 Pzp. Jednocześnie podkreślenia wymaga okoliczność,

że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie zamawiającego.

Na zakończenie Odwołujący podał, że z treści wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę AM w zakresie rażąco niskiej ceny wynika, że tajemnicą przedsiębiorstwa objęto jedynie okazane dowody jego relacji z partnerami handlowymi. Zamawiający, mimo złożenia wniosku w tym zakresie z dnia 20.11.2019 r., nie udostępnił Odwołującemu elementów stanowiących integralną część przywołanych wyjaśnień, w szczególności kalkulacji, czym nie tylko naruszył przepisy Pzp, ale również uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie pełnych i wyczerpujących informacji dotyczących sporządzenia i skalkulowania oferty przez Wykonawcę AM.

Odwołujący załączył do odwołania wydruki ze stron internetowych zawierające ceny betonu w wymaganej przez Zamawiającego klasie (dowody O1), wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ich treści.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując na zestawienie cen z ofert, które zostały złożone w Postępowaniu i wynikające z niego niewielkie różnice pomiędzy ofertami. Podał również, że był zobligowany do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wszystkich ofert, ponieważ zadeklarowane w nich ceny były o co najmniej 30% niższe od wartości zamówienia.

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył zreferowane poniżej stanowisko Wykonawcy AM w przedmiocie zarzutów odwołania.

Wykonawca AM podał, że na wezwanie Zamawiającego z dnia 08.11.2019 r. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust, 1 Pzp, przedstawił Zamawiającemu w wyznaczonym terminie szczegółowe wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oferty, ze wskazaniem okoliczności, które pozwoliły mu na zaoferowanie ceny na określonym poziomie oraz z załączeniem dowodów.

Podstawą wezwania do złożenia wyjaśnień była ponad 30% różnica ceny zaoferowanej przez Wykonawcę AM w odniesieniu do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Wartość ta zastała określona na poziomie ponad 15 mln zł, a biorąc pod uwagę 6-procentową różnicę cen ofertowych Wykonawcy AM i Odwołującego wynoszącą 547.757,34 zł, jedynie matematyczny przypadek spowodował, że Zamawiający nie był zobligowany, zgodnie z Pzp, żądać wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej również od Odwołującego.

W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca AM wskazał szereg obiektywnych indywidualnych dostępnych mu okoliczności pozwalających na obniżenie ceny, jak również

ceny podstawowych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia. Ponadto do wyjaśnień załączył niezbędne dowody na potwierdzenie przywoływanych faktów, m.in. faktury zakupowe/oferty handlowe swoich kontrahentów oraz kosztorysy szczegółowe (na etapie składania ofert Zamawiający wymagał złożenia kosztorysów sporządzonych metodą uproszczoną). Nie sposób więc twierdzić, że wyjaśnienia nie zawierają konkretnych informacji, danych i obliczeń pozwalających na uchwycenie ekonomicznych aspektów oferty oraz ich ocenę. W takiej sytuacji twierdzenia Odwołującego o ogólnikowości i niewystarczalności złożonych wyjaśnień oraz wywody dotyczące potraktowania takich wyjaśnień jak nie złożonych, są całkowicie bezzasadne.

Wykonawca AM stwierdził, że chybiony jest zawarty w odwołaniu zarzut, jakoby nie wyjaśnił rzekomego rażącego zaniżenia cen za oznakowanie poziome oraz elementy ulic (krawężniki, obrzeża wraz z ławami betonowymi). Przedstawiony przez Wykonawcę AM kosztorys szczegółowy zawiera kalkulację wszystkich pozycji przedmiarowych. Zamawiający w wystosowanym wezwaniu zażądał wyjaśnienia ceny całej oferty, bez wskazania konkretnych pozycji przedmiarowych, a Wykonawca AM w pełni zastosował się do żądania zawartego w wezwaniu. Ocena Zamawiającego w kwestii złożonych wyjaśnień była pozytywna a przedstawione wyliczenia nie wymagały dalszego doprecyzowania, co zgodnie ze stanowiskiem judykatury byłoby dopuszczalne przez wezwanie do udzielenia dodatkowych wyjaśnień.

Następnie Wykonawca AM wskazał na porównanie ceny z kwestionowanej przez Odwołującego poz. 80 kosztorysu w branży drogowej:

1. Wykonawca AM – 29,90 zł;
2. Berger Bau Polska sp. z o.o. – 107,62 zł;
3. Odwołujący – 36,16 zł;
4. Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. – 380,00 zł.

Cena jednostkowa Wykonawcy AM jest o 6,26 zł netto niższa niż cena jednostkowa Odwołującego i stanowi 82,7% jej wartości. Zatem jest zbliżona do ceny jednostkowej zaoferowanej przez Odwołującego i mieści się w granicach naturalnej rywalizacji rynkowej. Ponadto można zauważyć, że ceny jednostkowe w przedmiotowej pozycji charakteryzują się bardzo dużą rozbieżnością. Cena jednostkowa Odwołującego jest niższa o 343,81 zł netto od ceny jednostkowej najwyższej w ofercie i stanowi zaledwie 9,5% tej ceny. Powyższe świadczy, że każdy z wykonawców przyjął inny sposób kalkulacji elementów cenowych, na co zresztą zezwalała SIWZ (pkt 23.5 – „Do wyliczenia ceny służą projekt budowlany i wykonawczy, przedmiar robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i normy budowlane. Podstawy wyceny podane w przedmiarze nie są obligatoryjne i należy traktować je poglądowo /w zakresie opisu wyszczególnienia czynności/”).

W takim przypadku wybiórcze porównanie pojedynczej ceny jednostkowej niczego nie może dowodzić, nie jest w żaden sposób miarodajne i nie może stanowić podstawy do podejrzenia zaniżenia ceny. O wiele bardziej miarodajne jest w tym względzie porównanie wartości ofert całego działu przedmiaru. Elementy Ulic poz. 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86 (Krawężniki, obrzeża wraz z ławami betonowymi) zostały wycenione przez poszczególnych wykonawców następująco:

1. Wykonawca AM – 1.209.202,92 zł;
2. Berger Bau Polska sp. z o.o. – 1.466.609,73 zł;
3. Odwołujący – 1.234.357,91 zł;
4. Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. – 2.078.124,30 zł.

Wartość działu ELEMENTY ULIC zaoferowana przez Wykonawcę AM różni się jedynie o 2% od wartości tych robót zaoferowanej przez Odwołującego. Zatem wykonanie krawężników i obrzeży wraz z ławami betonowymi Wykonawca AM i Odwołujący zaoferowali praktycznie na tym samym poziomie cenowym. W tych warunkach trudno mówić o jakimkolwiek zaniżeniu ceny.

W kwestii zarzucanej w odwołaniu sprzeczności treści oferty Wykonawcy AM z SIWZ z uwagi na zaoferowanie oznakowania cienkowarstwowego, w miejsce wymaganego oznakowania grubowarstwowego Wykonawca AM zwrócił uwagę na niespójność dokumentacji Postępowania, tzn. dokumentacja projektowa – opis w pliku edytowalnym wskazuje na oznakowanie grubowarstowe, STWiOR opisuje zarówno oznakowanie cienkowarstwowo jak i oznakowanie grubowarstwowo, natomiast przedmiar robót mówi o malowaniu linii farbą chlorokauczkową, co wskazuje na oznakowanie cienkowarstwowo. Do oznakowania poziomego cienkowarstwowego używa się farb rozpuszczalnikowych, wodorozcieńczalnych. Inne natomiast wybierane są do malowania grubowarstwowego – wówczas stosuje się masy chemoutwardzalne, masy termoplastyczne i materiały prefabrykowane (np. taśmy odblaskowe nieprofilowane i profilowane).

Wykonawca AM podkreślił, że w zaoferowanej cenie zobowiązał się do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co potwierdził zarówno w ofercie, jak i złożonych wyjaśnieniach. W wyjaśnieniach poinformował o posiadanych zapasach materiałów, w tym również farb do wykonania oznakowania poziomego, które zamierza wykorzystać do realizacji przedmiotowego zamówienia. Korzystniej bowiem jest obniżyć cenę tego materiału i wykorzystać go w trakcie realizacji tego zamówienia, niż składować go na terenie bazy, co generuje dodatkowe koszty. Ponadto, zatrudnianie wykwalifikowanych pracowników z wieloletnim doświadczeniem w wykonywaniu oznakowania poziomego oraz posiadanie nowych specjalistycznych maszyn do wykonywania oznakowania pozwala na dodatkowe zminimalizowanie kosztów. Wykonawca AM potwierdził, że w zaoferowanej cenie

wykona poziome oznakowanie drogowe zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Nigdzie w jego ofercie nie pojawiła się odmienna deklaracja. Zarzut Odwołującego o niezgodności oferty z treścią SIWZ, niezależnie od konieczności rozważenia w takim przypadku kwestii poprawy omyłek w ofercie i procedury art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp, nie ma żadnych podstaw i jest sztucznie wykreowany przez Odwołującego.

Ponadto Wykonawca AM zwrócił uwagę, że kosztorys ofertowy zasadniczo nie stanowi dokumentu opisującego oferowane świadczenie i na jego podstawie nie można wnioskować o zgodności treści oferty z przedmiotem zamówienia.

W kwestii zaniżenia ceny za wykonania oznakowania poziomego Wykonawca AM wskazał, że obejmuje ono pozycje przedmiarowe nr 48-65, przy czym Odwołujący w zestawianiu tabelarycznym odwołania z nieznanymi przyczynami pomija poz. 49 i 50, które wartościowo stanowią znaczącą część kosztów związanych z wykonaniem oznakowania poziomego (odpowiednio wartość tych pozycji w kosztorysie Przystępującego to 8.500,00 i 5.363,64 zł), natomiast wartość całego Działu 6.1 przedmiaru – Oznakowanie poziome, to 70.695,90 zł netto (86.955,96 zł brutto), co stanowi 0,99% wartości ceny oferty.

W ofercie Odwołującego wartość tego działu przedmiaru została określona na 160.725,24 zł netto (197.692,05 zł brutto) zł. co stanowi 2,13% wartości jego oferty. Oznakowanie poziome nie jest więc istotnym elementem zamówienia, który można rozpatrywać w aspekcie rażąco niskiej ceny oferty.

Niezależnie od przytoczonych wyżej argumentów należy podkreślić, że zgodnie z ugruntowanym i jednolitym stanowiskiem doktryny i judykatury cenę rażąco niską należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Co prawda, zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 90 ust. 1 Pzp, dopuszczalne jest badanie istotnych części składowych ceny lub kosztu, jednakże ewentualne zaniżenie ceny lub kosztu takich części musi mieć bezpośrednie przełożenie na cały przedmiot zamówienia, gdyż cena rażąco niska może odnosić się jedynie do przedmiotu zamówienia rozumianego jako całości.

Z tego względu próba wykazania przez Odwołującego rzekomego rażącego zaniżenia poszczególnych pojedynczych pozycji przedmiarowych nie może stanowić podstawy do uznania, że oferta Wykonawcy AM powinna być odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę. Odwołujący w żadnym bowiem momencie nie wykazał, że wykonanie opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia jest nierealne za zaoferowaną cenę.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca AM, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy AM

(dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali przedstawioną powyżej argumentację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. projektu docelowej organizacji ruchu będącego elementem dokumentacji Postępowania – dowód O2;
2. wyciągu z kosztorysu szczegółowego dla branży drogowej, załączonego przez Wykonawcę AM do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – dowód O3;
3. wyliczenia kosztów materiału na wykonanie 1m² oznakowania grubowarstwowego z ofertami na dostawę materiału i aprobatami technicznymi – dowód O4;
4. wyciąg ze STWiORB dla oznakowania poziomego będącej elementem dokumentacji Postępowania – dowód O5;
5. STWiORB dla krawężników betonowych będącej elementem dokumentacji Postępowania – dowód O6;
6. Trzech ofert na dostawę betonu do wykonania ław betonowych– dowody O7;
7. symulacji wysokości rzeczywistych kosztów wykonania ław betonowych przez Wykonawcę AM – dowód O8;
8. wyliczenia wartości zniżenia ceny w ofercie Wykonawcy Am – dowód O9;
9. symulacji rankingu ofert po uwzględnieniu rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia przez Wykonawcę AM – dowód O10;
10. wyciągu z treści złożonego przez Wykonawcę AM kosztorysu szczegółowego w branży drogowej dla poz. 38 – dowód O11.

Wykonawca AM wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. zestawienia cen ofert oraz cen z kwestionowanych w odwołaniu pozycji kosztorysu zaoferowanych w Postępowaniu – dowód P1;
2. zestawienia cen z kwestionowanych w odwołaniu pozycji kosztorysu zaoferowanych w Postępowaniu – dowód P2;
3. czterech faktur na zakup przez Wykonawcę AM materiału niezbędnego do wykonania oznakowania grubowarstwowego wraz ze stanami magazynowymi z listopada i grudnia 2019 r. – dowody P3;

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na

odwołanie i pisemnym stanowisku Wykonawcy AM, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, **ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

W pkt 1 sentencji wyroku Izba, działając na podstawie przepisu art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze *in fine* Pzp stosowanego odpowiednio, umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu, który Odwołujący cofnął.

W związku z pozostałymi zarzutami odwołania Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego i Wykonawcy AM, wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (pismo z 8 listopada 2019 r.), wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę AM (pismo z 13 listopada 2019 r.), zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo z 12 grudnia 2019 r.) oraz z treści dokumentów przedstawionych przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie. Na ich podstawie skład orzekający stwierdził, że nie ma potrzeby ponownego przytaczania okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, jako że przedstawione zostały one w pisemnych stanowiskach Stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Analizując zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba doszła do przekonania, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie, w zakresie wskazanym poniżej.

Potwierdził się zarzut sprzeczności treści oferty Przystępującego z SIWZ, a dotyczący zaoferowania wykonania oznakowania poziomego opisanego w poz. 48, 51-54 i 56-64 kosztorysu ofertowego w branży drogowej załączonego do oferty w technologii cienkowarstwowej, w miejsce wymaganej przez Zamawiającego technologii grubowarstwowej.

Nie było sporu co do okoliczności, że wykonanie oznakowania poziomego w technologii cienkowarstwowej polega na malowaniu powierzchni farbą chlorokauczukową, w odróżnieniu od wykonania tej czynności w technologii grubowarstwowej, która polega na nakładaniu masy chemoutwardzalnej.

Istotne w płaszczyźnie omawianego zarzutu odwołania było stanowisko Przystępującego, zgodnie z którym zdawał sobie sprawę z okoliczności, że wykonanie oznakowania poziomego w zakwestionowanych przez Odwołującego pozycjach należało wykonać w technologii grubowarstwowej. Świadczy o tym treść pisemnego stanowiska Wykonawcy AM, w którym zawarto stwierdzenie (str. 4), że „[...] w zaoferowanej cenie zobowiązał się do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co potwierdził zarówno w ofercie, jak i złożonych wyjaśnieniach”. Także na rozprawie Przystępujący potwierdził, że „[...] zaoferował oznakowanie grubowarstwowe kierując się pkt 1.3 i 2.6.2 STWIOR dla oznakowania poziomego” (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 5).

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że wspomniany przez Wykonawcę AM pkt 1.3 STWiORB dla oznakowania poziomego (dowód O5) wskazywał wprost, że „Ustalenia zawarte w niniejszej specyfikacji dotyczą zasad prowadzenia robót związanych z wykonywaniem i odbiorem oznakowania poziomego na nawierzchni bitumicznej materiałami grubowarstwowymi chemoutwardzalne w zakresie i lokalizacji zgodnej z Dokumentacją Projektową”. Nawet zatem bez konieczności odwoływania się do projektu organizacji ruchu (dowód O2) i przesądzenia czy stanowi on element opisu przedmiotu zamówienia obejmującego roboty budowlane można powiedzieć, że możliwe było prawidłowe ustalenie wymagań Zamawiającego.

W następstwie powyższego za bezskuteczne skład orzekający uznał powoływanie się na istniejące w obrębie dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia nieścisłości w określeniu technologii wykonania oznakowania poziomego, skoro dla samego Przystępującego kwestia ta wątpliwości nie budziła. Nawet gdyby przyjąć, że Wykonawca AM miał w tym zakresie wątpliwości, to stanowisku Przystępującego, jakoby powinny zostać one rozstrzygnięte na jego korzyść, można przeciwstawić pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, z którego wynika m.in., że w przypadku „[...] wątpliwości występujących po stronie wykonawcy art. 38 Pzp stanowi w związku z art. 354 § 2 Kc nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ”. Tymczasem Wykonawca AM wniosku takiego nie złożył, a w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako jedyny z trzech wykonawców wzywanych do złożenia wyjaśnień, w sposób niebudzący wątpliwości zaoferował wykonanie oznakowania poziomego w technologii cienkowarstwowej, wskazując w kosztorysie szczegółowym na czynności i materiały charakterystyczne dla tej technologii (dowód O3).

Ergo nie mogły odnieść skutku deklaracje Przystępującego i przedstawione na ich poparcie dowody, że posiada materiały wymagane do wykonania oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej (zob. dowody P3). Ocena zgodności zaoferowanego świadczenia z wymogami SIWZ dokonywana jest na podstawie treści oferty, z niej zaś wynika, że niezależnie od wspomnianej powyżej okoliczności, Wykonawca AM zaoferował świadczenie inne od wymaganego.

W konsekwencji rozpatrywanie kwestii wyceny tego elementu świadczenia pod kątem rażąco niskiej ceny okazało się bezprzedmiotowe, co skutkowało oddaleniem zarzutu. W przekonaniu składu orzekającego o rażąco niskiej cenie można mówić wyłącznie w przypadku, gdy oferowane przez wykonawcę świadczenie jest zgodne z wymogami zamawiającego, nie zaś w przypadku gdy wykonawca wycenił świadczenie, które oczekiwaniom zamawiającego nie odpowiada. W takiej sytuacji kwestia różnicy w cenie pomiędzy świadczeniem zaoferowanym przez wykonawcę a opisanym przez zamawiającego

może pomocniczo stanowić argument przemawiający za stwierdzeniem niezgodności oferty z SIWZ, natomiast nie uzasadnia twierdzenia, że zaoferowana cena nie jest rynkowa. Tym samym przedstawione przez Odwołującego w tym zakresie dowody O4 okazały się pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia o tym zarzucie odwołania.

Chybiony był także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy AM, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk. Odwołujący upatrywał przy tym zachowań sprzecznych z przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zarówno w zaniżeniu kosztów wykonania oznakowania poziomego, jak i w zaoferowaniu jego wykonania w innej niż oczekiwana przez Zamawiającego technologii.

W odniesieniu do pierwszego z zakwestionowanych przez Odwołującego zachowań Izba wskazuje, że wobec braku podstaw do uznania ceny oferty Wykonawcy AM za rażąco niską w aspekcie kosztów wykonania oznakowania poziomego nie sposób twierdzić, że złożenie takiej oferty stanowi naruszenie wspomnianych powyżej przepisów Znk. Z kolei w zakresie drugiej ze wskazanych w odwołaniu postaci czynu nieuczciwej konkurencji skład orzekający wywiódł, że działanie Przystępującego polegające na zaoferowaniu świadczenia niezgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego nie wypełniało hipotezy normy wyrażonej w art. 3 ust. 1 Znk, skoro *de facto* doprowadziło do wyeliminowania oferty Wykonawcy AM i pozbawiło go możliwości uzyskania zamówienia.

Nie potwierdził się również zarzut rażąco niskiej ceny w odniesieniu do poz. 80 kosztorysu ofertowego w branży drogowej, a dotyczącej ław pod krawężniki i obrzeża betonowe. W tym zakresie Izba uznała, że nie ma do czynienia z istotnym elementem ceny, opierając to stwierdzenie na wyliczonym przez Odwołującego w treści dowodu O9 niedoszacowaniu mającym wynosić około 6% wysokości ceny oferty Przystępującego. Zdaniem Izby o istotnym elemencie w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 Pzp można byłoby ewentualnie mówić w tej sprawie w odniesieniu do wszystkich elementów ulic (poz. 80-86 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej, ponieważ do nich odnosił się STWiORB dla krawężników betonowych – zob. pkt 9.2 w treści dowodu O6), niemniej jednak, biorąc pod uwagę ten aspekt przedmiotu zamówienia, Zamawiający otrzymał 3 oferty nieznacznie odbiegające od siebie cenowo (zob. dowody P1 i P2).

Poza tym nie sposób nie zauważyć, że Wykonawca AM nie został wezwany do wyjaśnienia ceny *stricte* w tym zakresie. Skierowane do Przystępującego wezwanie miało charakter ogólnikowy i sprowadzało się do wymienienia aspektów mogących kształtować cenę, ujętych w treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, podczas gdy powinno przede wszystkim wskazywać na elementy przedmiotu zamówienia, których ceny powinny podlegać wyjaśnieniu.

Z powyższych względów nie mogło odnieść skutku wskazywanie na rynkowe – zdaniem Odwołującego – ceny betonu (dowody O1 i O7), symulowanie wysokości ceny oferty Wykonawcy AM w przypadku ich uwzględnienia (dowód O8) oraz dowodzenie wpływu tej symulacji na ranking ofert (dowód O10).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 3 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 4 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, a to na podstawie przepisów art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 5 ust. 4 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. z 2018 r., poz. 972 j.t.). Przepisy te wyrażają zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, która nakazuje badać stopień, w jakim roszczenia wynikające z odwołania zostały zaspokojone.

W tej sprawie merytorycznemu rozpoznaniu podlegały dwa zasadnicze zarzuty – zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy AM z uwagi na rażąco niską cenę oraz zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na jej sprzeczność z SIWZ (zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji Izba uznała za pochodną wspomnianych wcześniej dwóch zarzutów i ostatecznie nie uwzględniła przy podziale kosztów). Mając na względzie fakt, że odwołanie zostało uwzględnione tylko w zakresie jednego z dwóch zarzutów rozpoznanych merytorycznie, Izba uznała za zasadne podzielenie kosztów postępowania Odwoławczego w łącznej kwocie 23.600,00 zł po połowie, zatem zasądzeniu od Zamawiającego na rzecz Odwołującego podlegała kwota 11.800,00 zł (10.000,00 zł – połowa wpisu i 1.800,00 zł – połowa kosztów wynagrodzenia pełnomocnika).

Przewodniczący: