

Sygn. akt: KIO 135/17

WYROK
z dnia 3 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2017 r. przez wykonawcę: **EUROVIA POLSKA S.A., Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21 41-300 Dąbrowa Górnicza,**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW” Sp. z o.o., ul. Siemianowicka 52d, 40-301 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: EUROVIA POLSKA S.A., Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: EUROVIA POLSKA S.A., Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Katowicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Dąbrowa Górnicza, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pn. „Kompleksowe przygotowanie terenu inwestycyjnego w Tucznawie: Etap IV”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 176-315755 w dniu 13 września 2016 r.

W dniu 10 stycznia 2017 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyniku postępowania. Jako ofertę najkorzystniejszą Zamawiający wskazał ofertę złożoną przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty Budimex S.A. Oferta złożona przez konsorcjum firm: DROG-BUD Sp. z o.o. Nowak-Mosty Sp. z o.o. uzyskała trzecią pozycję.

Wykonawca, EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Kobierzycach, wniósł odwołanie od decyzji Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 oraz pkt 4 Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum DROG-BUD, które przyjęło w ofercie stawki roboczogodziny w wysokości 10 zł/godzinę, co jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami, w tym również ustawą Pzp, która w art. 90 ust.1 pkt 1, w zakresie dotyczącym kalkulacji ceny ofertowej stanowi, iż wartość kosztu pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265).

Odwołujący wyjaśnił, że w świetle obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu kryteriów oceny ofert, w następstwie odrzucenia oferty firmy DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył w postępowaniu przepisy:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązujący Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców wraz z zachowaniem zasady przejrzystości;
2. art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp w związku z art.15 ust.1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji;

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę;

4. art. 7 ust. 3 Pzp, zobowiązujący Zamawiającego do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez PBD DROGOPOL-ZW Sp. z o.o.;
2. odrzucenia oferty PBD DROGOPOL-ZW Sp. z o.o.;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wskazał na regulacje prawne, które stosownie do art. 31 Pzp, zobowiązują zamawiającego do opisanego przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Podniósł, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający był zobowiązany przekazać wykonawcom aktualną dokumentację projektową, w tym projekt budowlany i ewentualnie projekty wykonawcze. Przedmiar robót miał tylko umożliwić wykonawcom kalkulację ceny, stanowiąc jednocześnie podstawę do ustalania należnego wynagrodzenia, na podstawie kosztorysów powykonawczych (Rozdz. 23 SIWZ).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia wskazał w pkt. 3.3. ppkt 5 SIWZ, iż „Szczegółowy zakres robót określa projekt budowlany; projekt wykonawczy, przedmiar robót oraz STWiOR - stanowiące załącznik nr 7 do SIWZ- dokumentacja techniczna” oraz przekazał nieaktualną dokumentację projektową, mając pełną wiedzę i świadomość, iż znacząca część robót ziemnych, objętych opisem przedmiotu zamówienia, została już wcześniej wykonana. Nie tylko nie powiadomił wykonawców o tym fakcie, ale starał się konsekwentnie ten fakt zataić.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe zamówienie stanowi kolejny etap prac związanych z przygotowaniem terenu inwestycyjnego w Tucznawie. Poprzednie etapy zostały zrealizowane w okresie od czerwca 2013 r. do końca października 2014 r. Wartość realizowanego uprzednio zamówienia (wartość zamówienia podstawowego) wynosiła 37.165.980,93 PLN. Gmina Dąbrowa Górnicza w okresie od dnia 22 września 2013 r. do 11 lutego 2016 r. udzieliła dodatkowo 4 zamówień uzupełniających wybranemu wykonawcy - PBD DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., zawierając w trybie z wolnej ręki cztery umowy. Łączna wartość zamówień uzupełniających wynosiła – 22 634.088,67 PLN. Zakres przedmiotowy udzielonych zamówień uzupełniających, wskazany w treści dwóch ostatnich ogłoszeń

o udzieleniu zamówień uzupełniających (z grudnia 2015 r. i z lutego 2016 r.) wskazuje na „zwiększenie ilości robót ziemnych (wykopy i nasypy) wraz z wycinką dodatkowych drzew i krzewów, polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień co zamówienie podstawowe”.

Mając na uwadze fakt, iż powyższe zamówienia uzupełniające realizowane były na obszarze objętym zakresem przedmiotowego zamówienia, wykonawcy zainteresowani udziałem w przetargu podjęli starania, celem wyjaśnienia, czy przekazana dokumentacja opisująca przedmiot zamówienia jest aktualna. Zwrócili się z zapytaniem do Zamawiającego. W odpowiedziach na pytania z dnia 7 października 2016 r. (odpowiedź 67) dotyczących tej kwestii, Zamawiający udzielił wymijających wyjaśnień, twierdząc tylko, iż: *„Dokumentacja Projektowa zawiera wszelkie niezbędne informacje do określenia mas ziemnych. Wymaga się zapoznania z rysunkami technicznymi. Kontrakt jest kontraktem obmiarowym i wykonawca będzie rozliczany za faktyczne ilości wykonanych robót. Dodatkowo patrz odpowiedź na pytanie 26.”* Zamawiający nie podjął zatem nawet próby wyjaśnienia zgłaszanych wątpliwości i nie przekazał bardzo istotnych informacji dotyczących ilości, zakresu i rodzaju robót objętych przedmiotowym zamówieniem oraz warunków ich wykonania. Po dokonaniu wizji lokalnej, pytanie zostało doprecyzowane i powtórnie skierowane do Zamawiającego.

W odpowiedzi z dnia 20 października 2016 r. Zamawiający, mając świadomość, iż dotychczas wprowadzał wykonawców w błąd, wskazał, iż *„Celem uszczegółowienia i wyjaśnienia ilości robót ziemnych niezbędnych do wykonania Zamawiający załącza aktualne rzędne terenu, które należy przyjąć do obliczeń mas ziemnych - załącznik nr 1 do odpowiedzi.”* Powtarzając dalej, w ślad za odpowiedzią z dnia 7 października 2016 r., iż *„Kontrakt jest kontraktem obmiarowym ...,”* nie dokonując żadnych zmian w podstawowym dokumencie - w dokumentacji projektowej oraz nie modyfikując przekazanych przedmiarów. Potwierdzeniem wykonania także innych świadczeń, objętych zakresem zamówienia była odpowiedź na pytanie 2, dotyczące wycinki drzew. W tym zakresie Zamawiający, potwierdził, iż *„...część drzew, które nie wymagały pozwolenia na wycinkę zostało usunięte... Zamawiający pozostawia w gestii Wykonawcy określenie niezbędnych do wycinki drzew..”*

O konieczności dokonania zmian w przedmiarach Zamawiający poinformował wykonawców dopiero w piśmie z dnia 25 października 2016 r., przesuwając termin składania ofert do dnia 28 października. Przez dwa dni wykonawcy zostali zobowiązani do zmiany kalkulacji cenowych i dokonania inwentaryzacji drzew do wycinki. Modyfikując, na dwa dni przed terminem składania ofert, przedmiary robót ziemnych Zamawiający pomniejszył sumaryczny zakres wykonania wykopów o ok. 95%, wykonania nasypów o ok. 66% i usuwając w całości roboty polegające na wzmocnieniach skarp i nasypów. Przy czym nie były to drobne rozbieżności lub bagatelnie niedokładności. Wykonawca przedstawił w tym

zakresie zestawienie. Odwołujący podniósł, że przekazując znacząco zmodyfikowane przedmiary, Zamawiający nie przekazał zmodyfikowanej dokumentacji projektowej, nowych przekrojów poprzecznych, nowej tabeli robót ziemnych, dokumentacji powykonawczej, operatów geodezyjnych itp. Taką dodatkową i szczegółową wiedzę, niezbędną zarówno dla dokonania rzetelnej kalkulacji ceny, jak i dla określenia warunków realizacji, posiadał - dzięki skutecznym próbom zatajenia informacji przez Zamawiającego - tylko wybrany wykonawca.

W następstwie zapoznania się Odwołującego w dniu 28 grudnia 2016 r. w siedzibie Zamawiającego, z dokumentacją dotyczącą udzielonych uprzednio firmie DROGOPOL-ZW zamówień uzupełniających, bezspornym jest fakt, iż już w dniu wszczęcia postępowania Zamawiający posiadał dokumentację opisującą faktycznie już wykonane ilości i zakresy robót, w tym geodezyjną inwentaryzację powykonawczą oraz bilanse robót ziemnych, które ujął w zakresie przedmiotowego zamówienia, a informację o tych okolicznościach skrupulatnie starał się ukryć przed wykonawcami.

Brak jednoznacznych odpowiedzi udzielonych w dniach 7 i 20 października 2016 r. wskazuje, iż w tym zakresie Zamawiający dokonywał swoje czynności ze świadomym zamiarem wprowadzenia wykonawców w błąd, kreując okoliczności preferujące jednego wykonawcę.

To, że nie są to bagatelne zakresy robót, wskazuje ich wartość, oszacowana na podstawie ceny jednostkowej wykonawcy DROGOPOL-ZW, zaakceptowanej przez Zamawiającego w IV zamówieniu uzupełniającym, w wysokości ok. 8.000.000 zł. Przy czym, informacji dotyczącej warunków gruntowych, Zamawiający nie przekazał wykonawcom wraz ze specyfikacją, ale dopiero w odpowiedzi na pytania z dnia 7 października 2016 r., udostępniając „OPINIĘ GEOTECHNICZNA” dotyczącą zamówień uzupełniających wykonaną w grudniu 2015 r, przez Przedsiębiorstwo Geologiczno-Konsultingowe „GEO- METRUM” z Dąbrowy Górniczej na zlecenie firmy DROGOPOL-ZW Sp. z o.o.

Powyższe okoliczności dowodzą, zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie z rażącym naruszeniem art. 7 ust.1 Pzp - zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości, która ma na celu zagwarantowanie zachowania wymaganych reguł postępowania. Wykładnię tego pojęcia można odnaleźć np. w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C- 42/13 (*Cartiera dell'Adda*). Z jednej strony zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu ofert, z czego wynika wymóg by oferty wszystkich oferentów poddane były tym samym warunkom. Z drugiej strony obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny

w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak aby, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia. Obowiązek przejrzystości, który jest dopełnieniem powyższej zasady, ma zasadniczo na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania niektórych oferentów lub ofert przez instytucję zamawiającą (zob. podobnie wyroki: Komisja/CAS Succhi di Frutta, EU:C:2004:236, pkt 111; Cartiera delFAdda, EU:C:2014:2345, pkt 44). Konflikt interesów obejmuje ryzyko, że publiczna instytucja zamawiająca zacznie się kierować względami niezwiązanymi z danym zamówieniem i że będzie sprzyjać przez sam ten fakt danemu oferentowi. Taki konflikt interesów może zatem stanowić naruszenie art. 2 dyrektywy 2004/18. TS UE odniósł się w taki sam sposób do zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości także w „polskim” wyroku z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/16 (motyw 61 wyroku).

W okolicznościach tej sprawy, dokonując oceny naruszenia zasady równego traktowania oraz obowiązku przejrzystości, należy uwzględnić, iż:

- nie wszyscy wykonawcy mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert,
- warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia nie były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny,
- nie wszyscy wykonawcy zostali „rozsądnie poinformowani” o wszystkich warunkach realizacji zamówienia,
- próby wymuszenia na Zamawiającym przestrzegania zasad bezwzględnie obowiązujących w postępowaniach o udzielenie zamówienia znacznie przekroczyły „zwykłą staranność”, a świadome i zamierzone działania Zamawiającego, który konsekwentnie dążył - jak się okazało skutecznie - do stworzenia preferencyjnych warunków, faworyzujących wybranego wykonawcę, spowodowały rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie pozostałych wykonawców (art.15 ust.1 pkt 3 uznk).

W tak ukształtowanych przez Zamawiającego okolicznościach, złożenie oferty przez PBD DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a związku z tym, oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone cztery oferty. Zamawiający wskazał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 44.907.011,15 PLN. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w sierpniu 2016 r. na kwotę 44.980.880,40 zł, na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego przez Mosty

Katowice Sp. z o.o. Uwzględniając wartość podatku od towarów i usług, kwota ta wynosi - 55.326.482,89 zł.

Przekazując wykonawcom przedmiary Zamawiający bazował na kosztorysie inwestorskim, który został sporządzony, zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r. nr 130 poz. 1389). Podana do publicznej wiadomości, w trakcie otwarcia ofert, kwota budżetu (środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia obejmujące podatek VAT) wynosząca 44.907.011,15 zł, jest o blisko 10.500.000 zł niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, stanowiąc nieco ponad 81% tej kwoty.

W wyniku porównania ceny DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, do urealnionej przez Zamawiającego wartości zamówienia, oraz do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług (VAT) cena ta stanowi odpowiednio: 79,07%, 61,07% i 49,6%.

Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający dokonał istotnej faktycznej modyfikacji wartości zamówienia, przyjmując kwotę na jego sfinansowanie na poziomie tylko ok. 81% wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, wydaje się, iż racjonalnym zachowaniem jest odnoszenie się przede wszystkim do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, budżetu Zamawiającego oraz różnic pomiędzy cenami poszczególnych ofert. Przy czym, średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert jest aż o ok. 37% niższa od pierwotnej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, ujętym w pkt 23 SIWZ oraz w pkt 3 formularza ofertowego (Załącznik Nr 1 do SIWZ), wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oświadczenia obejmującego dane wyjściowe, jakie przyjęli do sporządzenia kosztorysów ofertowych: stawki robocizny kosztorysowej Rg, wskaźnik narzutów kosztów pośrednich Kp, wskaźnik narzutów zysków Zysk, wskaźnik narzutów do zakupu materiałów Kz.

Zgodnie z powyższym, wykonawcy wskazali w treści oferty wartości wymaganych elementów cenotwórczych, jakie przyjęli do kalkulacji cen ofertowych. Wartości elementów cenotwórczych, przyjętych przez wykonawców do kalkulacji ceny ofertowej, są kolejnym argumentem uzasadniającym przyjęcie, iż cena ofertowa wybranego wykonawcy jest ceną rażąco niską. Fakt, iż wybrany wykonawca:

- oferując wykonanie zamówienia za cenę o blisko 40% niższą od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- cena oferty wybranego wykonawcy jest niższa od ceny następnej oferty o blisko 20%, a jednocześnie w swojej kalkulacji przyjął najwyższy wskaźniki narzutów kosztów pośrednich

(82%) oraz najwyższy wskaźnik zysku (15%), konsekwentnie prowadzi do wniosku, iż ceny jednostkowe stanowiące podstawę kalkulacji tej oferty muszą być ewidentnie zaniżone, poniżej ich realnej wartości.

Wszystkie powyższe okoliczności stanowią, zdaniem Odwołującego, pośrednio dowód na to, iż oferta DROGOPOL-ZW zawiera cenę rażąco niską i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący przedstawił także porównanie okoliczności tego postępowania z uprzednio przeprowadzonym postępowaniem (roboty obejmujące ETAP I, II, III). Wskazał, że Zamawiający uprzednio także wypełnił obowiązek ustawy i wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej - zaakceptował wyjaśnienia i wybrał ofertę DROGOPOL-ZW o cenie stanowiącej ok. 40% wartości szacunkowej zamówienia (powiększonej o podatek VAT). Następnie zrekompensował straty, jakie poniósł wykonawca realizując zamówienie za cenę niepokrywającą faktycznych kosztów albo też dokonał swoistej „przedpłaty” na następny etap - udzielając zamówień uzupełniających lub zamówień o których mowa w art.67 ust.1 pkt 6 Pzp - w aktualnym stanie prawnym.

Taką ocenę uzasadnia też analiza cen jednostkowych wskazanych w ofercie z cenami przyjętymi przy realizacji zamówień uzupełniających. W zamówieniach uzupełniających ceny jednostkowe były wielokrotnie wyższe od cen jednostkowych wskazanych w ofercie. I tak w odniesieniu do robót ziemnych wykonywanych koparkami z transportem urobku samochodami samowładawczymi (podstawa wyceny KNR 2-010206-05-060) - od 5 do 32 razy większe; w zakresie formowania i zagęszczania nasypów (podstawa wyceny KNR 2-01 0235-02-060) - cena jednostkowa było blisko 3-krotnie większa. Potwierdzeniem zawyżonych cen jednostkowych są realne rynkowe ceny jednostkowe przyjęte przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, gdzie najwyższa cena jednostkowa jest o ok. 30% niższa od ceny jednostkowej w zamówieniu z wolnej ręki.

Zamawiający przewidział także w przedmiotowym postępowaniu udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp (pkt. 4.2 - 4.5 SIWZ), wskazując, w sposób bardzo ogólny tylko rodzaj robót, a nie ich zakres - zamówienie uzupełniające „polegać będzie na powtórzeniu podobnych robót budowlanych, co w zamówieniu podstawowym i zgodnych z przedmiotem zamówienia podstawowego tj. budowa dróg wraz z chodnikami, ścieżek rowerowych, budowa oświetlenia ulicznego, budowa kanalizacji deszczowej i sanitarnej, budowa kanalizacji dla suchych dolin”. Konsekwencją braku wskazania zakresu robót jest brak możliwości oszacowania ich wartości - Zamawiający przewidział, iż wartość tych robót może wynieść maksymalnie do 50% wartości zamówienia podstawowego. Taki sposób ujęcia kwestii robót budowlanych, które będzie można udzielić w trybie z wolnej ręki, stoi w jawnej niezgodności z przepisami prawa europejskiego. Artykuł 32 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, którego implementacją jest przepis art. 67 ust.1 pkt 6,

jednoznacznie wskazuje, iż udzielenie takiego zamówienia jest możliwe tylko „pod warunkiem że takie roboty budowlane pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia a podstawowy projekt musi wskazywać zakres ewentualnych dodatkowych robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone”.

Sposób ujęcia kwestii robót budowlanych, które mogą być udzielone w trybie z wolnej ręki, dokonany przez Zamawiającego, pozwala *de facto* na całkowitą swobodę określenia ich rodzaju, a przede wszystkim - ich zakresu, co w świetle bezspornego faworyzowania wybranego wykonawcy, budzi uzasadnione zastrzeżenia. Odwołujący wskazał jako przykład jedną z pozycji kosztorysowych - wybrany wykonawca w poz. 24 kosztorysu ofertowego, w części dotyczącej „Robót drogowych” - „Wykonanie wykopów do wbudowania w nasyp” przyjął niewspółmiernie wysoką cenę jednostkową - 210 zł/m³ (kilkukrotnie większą niż pozostali wykonawcy). Nie prowadzi to do istotnego zwiększenia ceny ofertowej (w zakresie robót drogowych ta pozycja waży zaledwie w wysokości ok. 2,8%, w odniesieniu do ceny ofertowej - ok. 0,9%), a pozwala przy zamówieniu z wolnej ręki - możliwość uzyskania niewspółmiernie wysokiego wynagrodzenia.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że znaczna część zarzutów odwołania jest spóźniona – w zakresie sposobu opisanie i modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia. Przystępujący wskazał, że przedmiar przed modyfikacją nie powodował braku porównywalności ofert, gdyż wszyscy wykonawcy byli w równym stopniu zobowiązani wycenić oferty w zakresie robót opisanym w przedmiarach. Ostatecznie jednak przedmiar robót został zmodyfikowany w dniu 25 października 2016 r. Trzydniowy termin na dostosowanie ofert do zmiany SIWZ był wystarczający w rozumieniu art. 38 ust. 6 Pzp. Modyfikacja dotyczyła ujęcia robót – pomniejszenie kilku pozycji przedmiarów.

Część odwołania stanowią zarzuty niezwiązane z tym postępowaniem, dotyczące zakończonych już postępowań na realizację etapu I, II, III inwestycji oraz zamówień uzupełniających. W ocenie Przystępującego, sposób przedstawienia tych okoliczności jest tendencyjny i nie odzwierciedla okoliczności sprawy. Odwołujący dokonał mylącego porównania kwot zamówień uzupełniających brutto z wartością netto zamówienia podstawowego (etap I).

W zakresie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Przystępujący podniósł, że to na skutek jego działań warunki gruntowe w Opinii Geotechnicznej zostały przedstawione wykonawcom w odpowiedzi na zadane pytania. Skoro dodatkowa wiedza wykonawcy pochodzi z jego doświadczenia to nie może być mowy o uprzywilejowanym

traktowaniu wykonawcy. Skoro Zamawiający powierzył przygotowanie dokumentacji projektowej profesjonalnemu podmiotowi, to nie można mu stawiać zarzutu celowego działania zmierzającego do zróżnicowania pozycji wykonawców.

W zakresie zarzutu dotyczącego ceny oferty, Przystępujący wskazał, że w dniu 2 grudnia 2016 r. złożył wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wraz z załączonymi dowodami, które zawierają szczegółowe odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił żadnego argumentu, który mógłby podważyć rynkowość ceny oferty Przystępującego. Przystępujący wyjaśnił, że wskaźnik kosztów pośrednich i wskaźnik narzutów zysku to część z wielu elementów, na których można dokonać oszczędności realizując zamówienie. Zamawiający w SIWZ nie narzucił katalogów KNR, dlatego każdy wykonawca mógł sam, bazując na własnym doświadczeniu oraz wypracowanych normach pracy określić konieczne nakłady na wykonanie zadania. Odwołujący przemilczał fakt, że niektóre pozycje cenotwórcze w ofercie Przystępującego są niższe niż u innych wykonawców, w tym u Odwołującego. Przystępujący wskazał, że w przypadku zamówienia na realizację I, II, III etapu inwestycji, cena jego oferty stanowiła jedynie 47,42% (w porównaniu do 60,85% w tym zadaniu) budżetu Zamawiającego, a mimo to wykonał on w całości i w należyty sposób powierzone zadanie.

Pismem z dnia 31 stycznia 2017 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wskazał, że Odwołujący z naruszeniem art. 179 ust. 1 Pzp podniósł zarzut wobec oferty Konsorcjum: DROG-BUD Sp. z o.o., Nowak-Mosty Sp. z o.o. sklasyfikowanej na 3 pozycji. Zamawiający przyznał, że uwzględni zarzut w zakresie stawki roboczogodziny i powtórzy ocenę tej oferty. Zarzuty dotyczące etapu postępowania przed terminem składania ofert są zdaniem Zamawiającego spóźnione. Zamawiający stwierdził, że przeprowadził postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zgodnie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości. Przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i zgodnie z wymogami ustawy Pzp. Wszelka dostępna dokumentacja geodezyjna budowy została przekazana do biura projektowego celem wykorzystania do opisu przedmiotu zamówienia, co potwierdziło biuro projektowe wprost w odpowiedziach na pytania dotyczące ilości mas ziemnych. Odpowiedzi udzielane przez Zamawiającego były oparte o wyjaśnienia uzyskane od biura projektowego, które przygotowało dokumentację projektową. Wobec powtarzających się pytań i wątpliwości, zamawiający zwołał naradę w tej sprawie, w wyniku której biuro projektowe skorygowało rzędną terenu (20 października 2016 r.), a następnie przedmiary (25 października 2016 r.) oraz w konsekwencji termin składania ofert (28 października 2016 r.). Z dziewięciu pozycji zmienianych przedmiaru jedynie cztery pozostały do uwzględnienia w ofercie. Pozostałe zostały usunięte. Ponadto, w zakresie wycinki drzew Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 20 października 2016 r. wskazał,

że w gestii wykonawcy pozostaje dokonanie inwentaryzacji drzew do wycinki (ok. 25 drzew). Zdaniem Zamawiającego przesunięcie terminu składania ofert było wystarczające. Zamawiający, zgodnie z wymogami art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp, dokonał opisu tych zamówień, wskazując ich zakres oraz wartość, ustaloną według kosztorysów inwestorskich. Zamawiający opisał także w SIWZ szczegółowo warunki, na jakich zamówienia te zostaną udzielone.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016 poz.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. i ma zastosowanie w niniejszej sprawie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm: DROG-BUD Sp. z o.o. Nowak-Mosty Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp zostało podniesione w odwołaniu jedynie w ramach argumentacji i nie stanowi samodzielnego zarzutu, w rozumieniu art. 192 ust. 7 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art.15 ust.1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 wraz ze zmianami), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PBD DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając powyższe zarzuty, Odwołujący podnosił okoliczności dotyczące czynności Zamawiającego polegających na nieprawidłowym opisanu przedmiotu zamówienia, niewykonaniu obowiązku przekazania wykonawcom aktualnej dokumentacji projektowej, w tym zaktualizowanego projektu budowlanego i ewentualnie projektów wykonawczych. Przyjmując, że naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp wskazanego w ramach zarzutu jest powiązane z określonym w odwołaniu stanem faktycznym, Izba uznała, że zarzut ten podniesiony wobec treści postanowień SIWZ oraz wobec zmian dokonywanych w zakresie treści SIWZ przez Zamawiającego został podniesiony po upływie ustawowego terminu na wniesienie odwołania.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający „przekazując nieaktualną dokumentację projektową, mając pełną wiedzę i świadomość, iż znacząca część robót ziemnych, objętych opisem przedmiotu zamówienia, została już wykonana, nie tylko, że nie powiadamiał wykonawców o tym fakcie, ale starał się konsekwentnie ten fakt zataić”, jednak okoliczności powyższych nie udowodnił. Odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu na celowe i świadome działanie Zamawiającego w zakresie udzielania wymijających odpowiedzi na pytania wykonawców - z dnia 7 października 2016 r. dotyczących kwestii ilości mas ziemnych. Należy podkreślić, że wobec nieudzielenia właściwych wyjaśnień Odwołujący mógł skorzystać z przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej, czego jednak nie uczynił. To stanowisko ma zastosowanie także w odniesieniu do odpowiedzi Zamawiającego z dnia 20 października 2016 r. Odwołujący nie wykazał żadnym dowodem, że Zamawiający miał świadomość wprowadzania wykonawców w błąd w zakresie ilości i zakresu robót ziemnych.

Zmiany w przedmiarze robót z dnia 25 października 2016 r. oraz przesunięcie przez Zamawiającego terminu składania ofert do dnia 28 października 2016 r. (o trzy dni) również powinny podlegać zaskarżeniu przez wykonawcę w trybie postępowania odwoławczego, jeśli wykonawca uznał je za naruszające obowiązujące przepisy ustawy Pzp w stosownym terminie. Odwołujący nie skorzystał z tej możliwości, a nawet nie wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przesunięcie terminu składania ofert. Kwestionowanie powyższych czynności Zamawiającego dopiero na etapie oceny ofert jest niedopuszczalne i spóźnione.

Odwołujący nie udowodnił także, że Zamawiający ukrywał przed wykonawcami dokumentację opisującą faktycznie już wykonane ilości i zakresy robót, w tym geodezyjną inwentaryzację powykonawczą oraz bilanse robót ziemnych, ze świadomym zamiarem wprowadzenia wykonawców w błąd, kreując okoliczności preferujące jednego wykonawcę.

Wręcz przeciwnie, informację dotyczącą warunków gruntowych, Zamawiający przekazał wykonawcom wraz ze specyfikacją w odpowiedzi na pytania z dnia 7 października 2016 r., udostępniając „OPINIĘ GEOTECHNICZNĄ” dotyczącą zamówień uzupełniających wykonaną w grudniu 2015 r, przez Przedsiębiorstwo Geologiczno-Konsultingowe „GEO- METRUM” z Dąbrowy Górniczej na zlecenie firmy DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. Ponadto, jak wykazał Zamawiający, dokumentacją konieczną do opisanie przedmiotu zamówienia posiadało biuro projektowe Mosty Katowice z siedzibą w Katowicach, które wykonywało tę czynność w imieniu Zamawiającego. Zamawiający ponosi oczywiście odpowiedzialność za wszelkie błędy popełnione w tym opisie, jednak stawianie Zamawiającemu zarzutu celowego i zamierzonego działania preferującego jednego tylko wykonawcę (Przystępującego) wymaga rzeczowego i niebudzącego żadnych wątpliwości udowodnienia.

Reasumując, w ocenie Izby zarzuty, iż w przedstawionym powyżej zakresie Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie z rażącym naruszeniem art. 7 ust.1 Pzp zostały podniesione po upływie ustawowego terminu na wniesienie odwołania wobec czynności opisanie przedmiotu zamówienia w postanowieniach SIWZ (w tym dokumentacji projektowej, przedmiarach itp.). Izba podkreśla, że środki ochrony prawnej służą bieżącej, adekwatnej do etapu postępowania korekcie czynności zamawiającego i nie mogą być wnoszone w dowolnym, wybranym przez wykonawcę momencie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę natomiast, że w tych okolicznościach Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 3 uznk, poprzez świadome i zamierzone działania, konsekwentnie zmierzające do stworzenia preferencyjnych warunków, faworyzujących wybranego wykonawcę, w tym „rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie pozostałych wykonawców (art.15 ust.1 pkt 3 uznk)”, zauważyć należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten wskazuje na nieuczciwe działanie podejmowane przez wykonawcę, składającego ofertę. W okolicznościach tej sprawy Odwołujący nie podniósł natomiast żadnych okoliczności, które wskazywałyby na nieuczciwe działania wykonawcy, który złożył ofertę (Przystępujący). Zgodnie z brzmieniem art. 15 ust. 1 pkt 3 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów. Skoro Odwołujący twierdził, że to Zamawiający ukształtował okoliczności, w których złożenie oferty przez PBD DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to konieczne jest wykazanie przesłanki celowego działania zamawiającego, związku tego działania ze złożeniem oferty przez wykonawcę. Odwołujący nie wykazał jednak celowego działania Zamawiającego, ani związku (zmowy lub porozumienia) tego działania ze złożeniem oferty

przez Przystępującego.

W opinii Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240) stwierdzono m. in.: „Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania; które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznanających usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.”

Biorąc pod uwagę powyższe, w okolicznościach tej sprawy Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że oferta PBD DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 uznk, wobec nieudowodnienia przez Odwołującego spełnienia przesłanek wskazanego czynu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PBD DROGOPOL-ZW Sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone cztery oferty.

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 44.907.011,15 PLN i stanowi ok. 81% wartości szacunkowej zamówienia. Wartość szacunkową zamówienia Zamawiający ustalił w sierpniu 2016 r. na kwotę 44.980.880,40 zł, na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Uwzględniając, wartość podatku od towarów i usług, kwota ta wynosi - 55.326.482,89 zł.

W stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, do urealnionej przez Zamawiającego wartości zamówienia, ujętej kwotą, jaką Zamawiający przeznaczą na jego sfinansowanie, oraz dla porządku - do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług (VAT) cena oferty Przystępującego wynosi odpowiednio: 79,07

%, 61,07% oraz 49,6%. Zauważyć przy tym należy, że średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert jest o ok. 37% niższa od pierwotnej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, co świadczy wyraźnie o znacznej różnicy w poziomie cen rynkowych w odniesieniu do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego.

Zważywszy na wskazane w art. 90 ust. 1 Pzp przesłanki, Zamawiający, pismem z dnia 24 listopada 2016 r. wezwał trzech wykonawców, w tym Przystępującego, do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Przystępujący został wezwany w szczególności do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty, w tym w odniesieniu do następujących pozycji kosztorysu ofertowego:

Zdania 1 :

- roboty drogowe: poz. 2, 8, 10, 11, 19, 32, 70, 80, 82,
- kanalizacja deszczowa: poz. 2, 3, 7, 15, 16, 23,
- kanalizacja sanitarna: poz. 8, 11,
- sieć wodociągowa: poz. 2, 7,
- budowa i przebudowa urządzeń prowadzących wody: poz. 5, 11, 15,

Zadanie 3:

- Kanalizacja sanitarna: poz. 3, 4, 6, 9, 10, 11, 12, 13.

Zamawiający zwrócił się jednocześnie do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o przedstawienie szczegółowej kalkulacji w następującym zakresie dotyczącym zadania 1:

- roboty drogowe: poz. 14, 15, 20, 22, 23, 101,
- kanalizacja deszczowa: poz. 8.

Stosownie do treści wezwania, Przystępujący złożył wyjaśnienia - pismem z dnia 2 grudnia 2016 r. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień wykonawca załączył stosowne dowody, w tym: oferty podwykonawców uzyskane na potrzeby tego zamówienia, oferty dostawców materiałów, cennik paliw płynnych wraz z fakturami na zakup paliwa, faktury na zakup asfaltu, wyciąg z wykazu środków trwałych, szczegółowe kalkulacje poszczególnych pozycji kosztorysu, oświadczenia podwykonawców, zaświadczenie Działu Kadr, itp. Przystępujący wyjaśnił, że Zamawiający w SIWZ nie narzucił katalogów KNR, dlatego każdy wykonawca mógł sam, bazując na własnym doświadczeniu oraz wypracowanych normach pracy określić konieczne nakłady na wykonanie zadania. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę są szczegółowe i nie dają podstawy do uznania, że cena oferty jest rażąco niska.

W świetle złożonych wyjaśnień niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że fakt, iż wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia za cenę o blisko 40% niższą od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz iż cena ta jest niższa od ceny następnej oferty o blisko 20%, a także że wykonawca w swojej kalkulacji przyjął najwyższy wskaźnik narzutów kosztów pośrednich (82%) oraz najwyższy wskaźnik

zysku (15%) spośród innych wykonawców, stanowi dowód na fakt, że ceny jednostkowe stanowiące podstawę kalkulacji oferty Przystępującego są zaniżone poniżej ich realnej wartości. Wskazane okoliczności nie przesądzają bowiem o rażąco niskiej cenie oferty danego wykonawcy. Należy zauważyć, że niektóre pozycje cenotwórcze w ofercie Przystępującego są niższe niż w ofercie Odwołującego.

Dowód na rażąco niską cenę oferty Przystępującego nie wynika także z porównania przebiegu prowadzonego postępowania, z uprzednio przeprowadzonym postępowaniem na roboty obejmujące ETAP I – III inwestycji. Twierdzenia Odwołującego odnośnie zrekompensowania wykonawcy przez Zamawiającego strat, jakie poniósł on realizując zamówienie za cenę niepokrywającą faktycznych kosztów poprzez udzielenie zamówień uzupełniających, nie zostały poparte żadnymi dowodami, dlatego należało je uznać za gołosłowne.

Ponadto na marginesie tylko Izba wskazuje, że ocena prawidłowości zakończonych postępowań i zrealizowanych umów przez Zamawiającego nie leży w zakresie kognicji Izby w ramach niniejszego postępowania odwoławczego. Podkreślić należy, że zarówno w przedmiotowym postępowaniu, jak i w postępowaniach wcześniej przeprowadzonych każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie miał możliwość wniesienia odwołania wobec postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie wszelkich warunków realizacji przedmiotu zamówienia oraz wobec innych czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Wobec braku wniesienia w ustawowym terminie odwołań w tym zakresie, postanowienia SIWZ mają moc wiążącą zarówno na dalszym etapie postępowania, jak i na etapie realizacji umowy.

Uwzględniając powyższe należało uznać, że oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 oraz pkt 4 Pzp. Izba nie stwierdziła wobec powyższego również naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

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

.....