

Sygn. akt: KIO 404/15

KIO 409/15

WYROK

z dnia 17 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 marca 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

1. **2 marca 2015 r. przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (sygn. akt KIO 404/15),**
2. **2 marca 2015 r. przez wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 409/15),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi**

przy udziale wykonawców:

1. **Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM” sp. z o.o., z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 404/15 oraz KIO 409/15;

2. **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 409/15,

orzeka:

1. **Oddala odwołania.**
2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 404/15 obciąża **wykonawcę Strabag sp. z o.o.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Strabag sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy Strabag sp. z o.o.** na rzecz **zamawiającego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Łodzi** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 409/15 obciąża **Skanska S.A.** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Skanska S.A.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Skanska S.A.** na rzecz **zamawiającego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Łodzi** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 404/15
KIO 409/15

UZASADNIENIE

W dniu 2 marca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy STRABAG sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący I**”) zarzucając zamawiającemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Łodzi (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 65 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp - poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego I w związku z uznaniem przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego I nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”) na skutek przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący I w formularzu oferty podał, że zamierza powierzyć podwykonawcom roboty zastrzeżone przez Zamawiającego do osobistego wykonania, podczas gdy oferta Odwołującego I nie zawierała takiego oświadczenia i nie jest sprzeczna z treścią SIWZ;
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez uznanie przez Zamawiającego, że wyjaśnienia Odwołującego I z dnia 06.02.2015 roku stanowiły lub mogły stanowić zmianę treści złożonej przez Odwołującego I oferty, czy też mogłyby prowadzić do konieczności zmiany treści dokumentów załączonych do oferty, pomimo, że przedmiotowe wyjaśnienia nie stanowiły jakiegokolwiek zmiany treści oferty, a wyłącznie jej wyjaśnienie, potwierdzające zgodność oferty Odwołującego I z SIWZ.

Odwołujący I wniósł o: (i) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego I; (ii) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM” Sp. z o.o. i powtórzenia czynności oceny i badania ofert; (iii) dokonanie ponownego wyboru ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego I.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący I wskazał, że w dniu 16.01.2015 roku złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 705 na odcinku Bolimowska Wieś - Skierniewice”. W dniu 20.02.2015 roku, Zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP odrzucił Ofertę Strabag Sp. z o.o.

Odwołujący I wskazał, że w uzasadnieniu swojej decyzji, Zamawiający podał, że Odwołujący I w Formularzu ofertowym wskazał „roboty brukarskie” jako przewidziane do wykonania przez podwykonawców. Zamawiający stwierdził jednocześnie, że w SIWZ sformułował żądanie, iż Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia tj.: robót drogowych polegających na:

- wykonaniu pełnej konstrukcji jezdni (warstwa podbudowy pomocniczej i zasadniczej oraz warstwy wiążąca i ścieralna);
- wykonaniu pełnej konstrukcji zatok.

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, że wprawdzie brak jest definicji legalnej „robót brukarskich”, jednakże pośrednio taką definicję można wywieść ze słowa „bruk”. W tym zakresie powołał się na definicję tego pojęcia zawartą w Słowniku PWN S.A. i Wikipedia Wolna encyklopedia, która zdaniem Zamawiającego przemawia za przyjętą przez niego interpretacją pojęcia spornych robót.

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający wystąpił do Odwołującego I w trybie art. 87 ustawy Pzp o wyjaśnienie zaistniałych rozbieżności. W odpowiedzi na wskazane pismo, Odwołujący I wyjaśnił, że zakres robót brukarskich dotyczy robót wykonywanych zgodnie z STWiORB: D.05.03.23. Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej oraz D.08.05.02 Ściek z kostki betonowej (betonowej kostki brukowej) i D.08.02.02. Nawierzchnia z brukowej kostki betonowej, natomiast nie dotyczy D.05.01.02. Nawierzchnia z kostki kamiennej rzędowej.

W ocenie Odwołującego I treść jego oferty jest zgodna ze wskazanymi w SIWZ wymaganiami, ponieważ roboty brukarskie, które Odwołujący I zamierza powierzyć podwykonawcom nie stanowią robót, co do których Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania. Zamawiający zarówno w świetle zapisów SIWZ, jaki i wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego I nie miał żadnych podstaw do uznania, że Odwołujący I chce powierzyć podwykonawcom prace zastrzeżone do osobistego wykonania.

Odwołujący I wskazał, że Zamawiający nie określił w SIWZ definicji „robót brukarskich”. Zamawiający nie wskazał, ani nie narzucił wykonawcom, w jaki sposób będzie oceniał i rozumiał pojęcie „roboty brukarskie”. Co więcej, jak podkreślił Zamawiający w uzasadnieniu decyzji dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego I w ogóle brak jest definicji legalnej tego rodzaju robót.

Odwołujący I przygotowując zatem swoją ofertę i wskazując w niej roboty brukarskie jako tą część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom, oparł się na Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz Dokumentacji Projektowej. Treść Specyfikacji technicznych oraz Dokumentacji projektowej, w ocenie Odwołującego pozwalała mu przyjąć, że „roboty brukarskie” - zgodnie z przyjętym nazewnictwem - nie wchodziły w zakres robót dotyczących wykonania konstrukcji zatok, które Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania.

W ocenie Odwołującego I z powołanej dokumentacji technicznej wynika, że Zamawiający dokonał podziału robót drogowych stanowiących przedmiot zamówienia, na te które wykonywane będą z materiałów brukarskich - kostki brukowej oraz te mające być wykonywane z materiałów kamiennych - kostki kamiennej.

Wskazany podział wynika ze Specyfikacji D.05.00.00. Nawierzchnie, w której Zamawiający dokonał takiego rozróżnienia, zgodnie z nazewnictwem norm przywołanych w poszczególnych Specyfikacjach. I tak:

1. Nawierzchnie wykonane z kostki brukowej zostały określone w:

- Specyfikacji technicznej D.05.03.23. Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej (azyle, parkingi, ścieżka rowerowa, zjazdy);
- Specyfikacji technicznej D.08.02.02. Nawierzchnia z brukowej kostki betonowej (ścieżka rowerowa, chodniki, perony, zjazdy);
- Specyfikacji technicznej D.08.05.02 Ściek z kostki betonowej (betonowej kostki brukowej)

- zgodnie z nomenklaturą stosowaną w przywołanym ww. STWiORB szeregu norm PN-EN 1338 - Betonowe kostki brukowe.

Natomiast

3. Nawierzchnie wykonane z materiałów kamiennych ujęto w:

- Specyfikacji technicznej D.05.01.02. Nawierzchnia z kostki kamiennej rzędowej, zgodnie z nomenklaturą przywołanych w STWiORB norm:

a. PN-B-11100 Materiały kamienne. Kostka Drogowa

- b. PN-S-06100 Drogi samochodowe. Nawierzchnie z kostki kamiennej. Warunki techniczne
- c. PN-S-96026 Drogi samochodowe. Nawierzchnie z kostki kamiennej nieregularnej. Wymagania techniczne i badania przy odbiorze.

W ocenie Odwołującego I był on uprawniony do przyjęcia, że zgodnie z takim rozróżnieniem w SIWZ za roboty brukarskie rozumie się te, które zostaną wykonane z materiałów brukarskich w postaci kostki brukarskiej betonowej. Dlatego też Wykonawca zgodnie z w/w Specyfikacjami Technicznymi, jako roboty brukarskie przyjął te prace, w których w Specyfikacjach technicznych wskazano roboty z kostki brukowej (gdzie w ogóle mowa jest o bruku), czyli D.05.03.23., D.08.02.02. oraz D.08.05.02. Odwołujący I natomiast za robotę brukarską nie uznał tych prac, które wymagały wykonania z materiałów kamiennych.

Odwołujący I wskazał, że w żadnym innym dokumencie stanowiącym element dokumentacji przetargowej, brak jest informacji, które przemawiałyby za odmiennym rozumieniem w/w rozróżnienia dokonanego przez Odwołującego I.

Odwołujący I wskazał, że projekt wykonawczy wykonania zatok autobusowych przewidywał wykonanie tego elementu robót z materiałów kamiennych (kostki granitowej). Dla Odwołującego I, - wobec w/w zapisów Specyfikacji, wykonanie pełnej konstrukcji zatok nie obejmowało robót brukarskich, które w Formularzu oferty podał, jako prace które zamierza powierzyć podwykonawcom.

W ocenie Odwołującego I stanowisko Zamawiającego dotyczące pojęcia „robót brukarskich” wskazane w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego I jest więc różne od tego, jakie wynika z dokumentacji przetargowej. Co więcej, Zamawiający dokonał takiej interpretacji dopiero na etapie badania i oceny ofert.

Odwołujący I podniósł także, że nieuprawnione było działanie Zamawiającego, polegające na poszukiwaniu interpretacji robót brukarskich w Słowniku PWN, czy Wikipedii. Wykonawcy nie mogą domyślać się, jakie może w przyszłości - już po złożeniu ofert - przedstawiać interpretacje Zamawiający w odniesieniu do poszczególnych postanowień SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego I dokonał swobodnej i oderwanej od całokształtu oferty Odwołującego I, wykładni i interpretacji treści oferty Odwołującego I.

Odwołujący I podniósł także, że Zamawiający w sposób bezpodstawny i sprzeczny z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp uznał, że wyjaśnienia z dnia 06.02.2015 r. prowadzą do zmiany treści oferty Odwołującego I lub mogłyby prowadzić do zmiany treści dokumentów złożonych przez Odwołującego I.

Zgodnie z pismem z dnia 05.02.2015 roku, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego I o wyjaśnienie punktu 8 Formularza Oferty, w którym Odwołujący I wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom do realizacji roboty brukarskie. Zamawiający sam zwrócił się do Odwołującego I o wyjaśnienie - czy okoliczność ta (powierzenie robót brukarskich podwykonawcom) „dotyczy wszystkich robót, czy też robót wybranych, a jeżeli nie wszystkich, to o wyjaśnienie w jaki sposób należy ten zapis rozumieć.” W odpowiedzi na wskazane żądanie Odwołujący I wyjaśnił, że zakres robót brukarskich dotyczy robót wykonywanych zgodnie z STWiORB: D.05.03.23. Nawierzchnia z kostki brukowej betonowej oraz D.08.05.02 Ściek z kostki betonowej (betonowej kostki brukowej) i D.08.02.02. Nawierzchnia z brukowej kostki betonowej, natomiast nie dotyczy D.05.01.02. Nawierzchnia z kostki kamiennej rzędowej.

Odwołujący I wyjaśnił więc, że zakres robót brukarskich dotyczy tych robót, które zgodnie z dokumentacją techniczną mają być wykonane z kostki brukowej betonowej. Jednocześnie w wyjaśnieniach Odwołujący I jednoznacznie zastrzegł, że roboty brukarskie nie dotyczą Specyfikacji D.05.01.02 Nawierzchnia z kostki kamiennej rzędowej (z której zgodnie z dokumentacją projektową ma zostać wykonana konstrukcja zatok). Odwołujący I potwierdził zatem, że tą część zamówienia nie zamierza powierzyć podwykonawcom, a contrario te roboty wykonana osobiście.

Odwołujący I wskazał, że nie sposób uznać, iż złożone wyjaśnienia prowadziły lub mogłyby prowadzić - jak uważa Zamawiający - do zmiany treści oferty Odwołującego I. Przeciwnie, Odwołujący I ani nie zmienił treści swojej oferty, ani jej nie uzupełniał. Odwołujący I zgodnie z celem i funkcją wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp dokonał wyjaśnienia treści swojej oferty.

W ocenie Odwołującego I Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że jego oferta obarczona jest wadą, której usunięcie wymagałoby niedopuszczalnej w świetle art. 87 ustawy Pzp zmiany jej treści. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego I nie prowadziły do jakiegokolwiek zmiany treści jego oferty.

Sygn. akt KIO 409/15

W dniu 2 marca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SKANSKA S.A. (dalej „**Odwołujący II**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, przejawiające się w bezpodstawnym odrzuceniu oferty wykonawcy oferującego najniższą cenę, co naruszyło zasady uczciwej konkurencji, w świetle przyjęcia przez wszystkich oferentów takich samych zasad budowy cen jednostkowych;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z artykułem 89 cyt. ustawy, gdyż Zamawiający zobowiązany był do podania podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty Odwołującego II wskazał uzasadniając podstawy istnienia przesłanek nie spełnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na niezgodność metody prowadzenia z postanowieniami ST.D.01.01.01. bez szczegółowego wskazania właściwej części z którą działanie wykonawcy miałyby być sprzeczne;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż postępowanie Odwołującego II w złożonej ofercie nosiło znamiona czynu nieuczciwej konkurencji jak i treść oferty nie była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy analiza przedłożonych przez wykonawców ofert prowadzi do wniosku, iż dokonali podobnych założeń realizacji zamówienia;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36a ustawy Pzp poprzez zastosowanie definicji umowy o podwykonawstwo określonej w art. 2 pkt. 9b ustawy Pzp do określenia podwykonawstwa przy zastrzeżeniu kluczowych części zamówienia do osobistego wykonania w sytuacji innego zakresu pojęciowego powołanej definicji, a w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy jako niegodnej ze specyfikacją, mimo iż oferta Odwołującego II jest zgodna z SIWZ.

Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego II z udziału w postępowaniu; (ii) unieważnienie czynności oceny i badania oferty Odwołującego II; (iii) powtórzenie czynności oceny i badania ofert; (iv) wybór oferty Odwołującego II, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący II wskazał, że w dniu 20 lutego 2015 r Zamawiający dokonał wyboru złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Rozbudowę drogi wojewódzkiej Nr 705 na odcinku Bolimowska Wieś - Skierniewice" w ramach zadań inwestycyjnych ujętych w Wieloletniej Prognozie Finansowej Województwa Łódzkiego i planie finansowym jednostki nr: W-010301/000023AVPF, W-010301/W/PWRPO/000079/WPF, W-010301/W/PWRPO/1FR001, W-010301/70/PWRPO/000079/101WP oraz W-0W301/71/PWRPO/1FR001".

Jednocześnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 3) ustawy Pzp Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego II zarzucając tym samym przedstawionej ofercie nie spełnienie treści SIWZ poprzez przewidzenie do wykonania przez podwykonawcę: usług robocizny (17 tiret) i usług sprzętowych (18 tiret), które stanowią część zamówienia zastrzeżonego przez Zamawiającego w SIWZ do osobistego wykonania przez Wykonawcę oraz czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na przesunięciu wartości części robót pomiędzy poszczególnymi elementami kosztorysu ofertowego, oraz ze względu na wycenę części robót niezgodnie z siwz.

- I. Zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie dotyczącym podwykonawstwa

W pierwszej kolejności Odwołujący II wskazał, iż Zamawiający jest niekonsekwentny w swoim postępowaniu, bowiem już w samej informacji o wyborze oferty i odrzuceniu oferty Strabag - Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Strabag wskazuje, iż Odwołujący II postąpił dobrze, jeśli chodzi o zakres wskazania podwykonawców (strona 3 cyt: „podkreślenia wymaga fakt, że pozostali wykonawcy, którzy w swojej ofercie określali zakres podwykonawstwa w odniesieniu do robót brukarskich, wyraźnie wydzielali nawierzchnię zatok autobusowych do osobistego wykonania. wskazując między innymi Odwołującego II jako wykonawcę, który postąpił w tym zakresie prawidłowo.

Po drugie Odwołujący II wskazał, iż w swoim formularzu ofertowym wskazał usługi robocizny i sprzętu, ale w zakresie robót podwykonawczych wyraźnie wyszczególnionych w samym formularzu ofertowym tj. między innymi np. usługi geodezyjne, wycinka drzew i krzewów itd. Ponadto wbrew twierdzeniom Zamawiającego – Odwołujący II nigdy nie zmienił swojego oświadczenia - treści dokumentów złożonych w ofercie poprzez wyjaśnienia w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

Odwołujący II zauważył, iż w swoich wyjaśnieniach konsekwentnie wskazywał zakres podwykonawstwa wyjaśniając wątpliwości Zamawiającego w zakresie kalkulowania cen. Na stronie 5 swoich wyjaśnień Odwołujący II wskazywał na ofertach jakich podwykonawców zamierza się oprzeć, między innymi wskazując na zakładanie trawników, sadzenie drzew, czy też układanie maty przeciwoerozyjnej. Należy wskazać, iż wyjaśnienia te są spójne z zadeklarowanym w formularzu ofertowym zakresie podwykonawstwa.

Podobnie w ocenie Odwołującego II, należy ocenić dalsze wyjaśnienia na tej samej stronie, gdzie Odwołujący II deklaruje cyt: „ Ponadto Skanska S.A. jako firma o zasięgu światowym dysponuje kadrą techniczną oraz sprzętem i maszynami do wykonania każdego rodzaju robót. ”, gdzie firma Skanska wskazała, iż zamierza wykonać zamówienie siłami własnymi, a dalsze wyjaśnienia wskazują jak Skanska kalkulowała tę cenę właśnie z uwzględnieniem własnej robocizny. Ostatni akapit strony 5 i strona 6 wyjaśnień stanowi cyt: „W przypadku kalkulacji asortymentu robót takich jak: roboty brukarskie oraz roboty związane z usunięciem humusu, roboty ziemne, roboty brukarskie oraz roboty związane z konstrukcją drogi i nawierzchnią filozofia budowania ceny opierała się głównie na założeniach dotyczących wydajności sił własnych tj. pracy ekip Skanska S.A., pracujących od wielu lat. Ekipy i brygady Skanska S.A. cechują się dużą wydajnością pracy, zdobytą przy realizacji wielu inwestycji, dzięki czemu osiągamy konkurencyjną cenę. ”

W ocenie Odwołującego II powyższe wyjaśnienia w sposób jednoznaczny wskazują, iż przy kalkulacji cenowej kluczowych części zamówienia Skanska S.A. kalkulowała cenę tychże robót w oparciu o robociznę własną. Dalsze wyjaśnienia na stronie 6 potwierdzają tylko, iż Odwołujący II zamierzał i zamierzała kluczowe części zamówienia wykonywać siłami własnymi, a zatem zarzut, iż Skanska S.A. zamierza powierzyć robociznę i wynajem sprzętu co do usług zastrzeżonych jest bezpodstawny.

Odwołujący II podkreślił, iż wyjaśnienia na stronie 5 i 6 dotyczą kalkulacji ceny, a dopiero wyjaśnienia na stronie 10 —punkt III odnoszą się do wyjaśnień o zakres podwykonawstwa, gdzie Odwołujący II wskazuje, iż cyt: „wskazany zakres będzie wykonywał przy pomocy podwykonawców z wyjątkiem części zastrzeżonej do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia. ”

W ocenie Odwołującego II wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny, które układają się w logiczną całość jak najbardziej potwierdzają, że Odwołujący II przedmiotowy zastrzeżony zakres podwykonawstwa miała i ma zamiar wykonać siłami własnymi, tak bowiem została skalkulowana cena ofertowa, aby ten zakres wykonały ekipy własne Odwołującego II. Nie

sposób zatem postawić Odwołującemu II zarzutu, że zmienił treść swojego oświadczenia wyjaśnieniami, gdyż Odwołujący II na pytanie o kalkulację ceny wyraźnie wskazał zakres własny, a dopiero na stronie 10 potwierdził swoje oświadczenie wskazane w ofercie. Ponadto Odwołujący II podkreślił, iż sam fakt wyjaśnień jest kwestia wtórną, gdyby bowiem Odwołujący II nie zamierzał wykonać kluczowych części zamówienia siłami własnymi z pewnością trudno byłoby mu to udowodnić na etapie wyjaśnień. Tymczasem skoro kalkulacja taka powstała pierwotnie podczas kalkulowania kosztorysu ofertowego - cenowego, to wyjaśnienia potwierdzające tę kalkulację są kwestią wtórną, aczkolwiek potwierdzają, iż już w dacie kształtowania tego kosztorysu, a bynajmniej w dacie złożenia oferty Odwołujący II przewidział iż kluczowy zakres zamówienia wykona siłami własnymi.

Odwołujący II podkreślił, iż wyjaśnienia ze strony 5 i 6 są wyjaśnieniami dotyczącymi kalkulacji cenowej, zatem podkreślić należy, iż Zamawiający nie ocenił całości tych wyjaśnień, w szczególności ocenił osobno pkt I, II i III, mimo, iż ze wszystkich punktów ocenianych łącznie wynika pełny obraz sytuacji.

Ponadto Odwołujący II wskazał, iż zarzut dotyczący faktu, iż Odwołujący II nie wykona kluczowych części zamówienia siłami własnymi jest absurdalny, szczególnie w kontekście faktu, iż Odwołujący II dysponuje swoimi pracownikami fizycznymi, których liczba jest bardzo duża i to nie tylko w skali globalnej, w skali całej firmy, ale także w skali oddziału, którego dotyczy przedmiotowe zamówienie, a także w skali tego projektu. Byłoby zatem absurdem, gdy Odwołujący II dysponując własnymi pracownikami fizycznymi w zakresie robót będących robotami, w których Odwołujący II specjalizuje - zlecałaby pod wykonawstwo, które niewątpliwie podrożałoby ofertę. Co innego w sytuacji np. wycinki drzew i krzewów, czy też innych robót, w których Odwołujący II się nie specjalizuje.

Odwołujący II wskazał, że Zamawiający uzasadniając postawiony mu zarzut nie spełnienia treści SIWZ - nie zastrzeżenia do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia tj.: robót drogowych polegających na wykonaniu pełnej konstrukcji jezdni (warstwa podbudowy pomocniczej i zasadniczej oraz warstwy wiążąca i ścieralna) i wykonaniu pełnej konstrukcji zatok wskazał, na dokonane przez wykonawcę wyłączenie z osobistego wykonania usług robocizny i usług sprzętowych bez wydzielenia zakresu.

Jednocześnie w uzasadnieniu powołanej podstawy prawnej Zamawiający posłużył się definicją podwykonawcy zawartej w art. 2 pkt 9b) ustawy Pzp, a w konsekwencji przyjął, że przez podwykonawcę należy rozumieć podmiot, który wykonywać będzie na zlecenie wykonawcy część zamówienia publicznego: usługę, dostawę, robotę.

Odwołujący II wskazał, że bezspornym jest, że na „konstrukcję jezdni i zatok” składają się poszczególne warstwy wykonywane każda z nich oddzielnie z różnych materiałów. Wykonanie każdej z tych warstw jest robotą budowlaną drogową, której ilość określa się polem powierzchni. Analizując jedną z takich warstw np. warstwę wiążącą (bitumiczną) można podzielić ją na kilka „części” rozumianych jako kilka pól powierzchni, które łącznie stanowią cały zakres. Dla każdego z tych pól warstwy wiążącej wymagane są te same właściwości użytkowe i parametry techniczne. Tak rozumiana część - jako fragment całości- ma taką samą jednostkę miary czyli pole powierzchni przy tej samej grubości warstwy.

Dla przykładowej warstwy wiążącej można również wskazać „części” składowe niezbędne do wykonania tej warstwy czyli słowo „części” rozumiane jako zasoby takie jak: materiały, sprzęt, transport, robocizna. Dla każdego zasobu postawione są inne wymagania techniczne, ilość każdego z nich mierzona jest inną jednostką miary. Do wykonania każdego metra kwadratowego przykładowej warstwy wiążącej potrzebne są w/w zasoby w odpowiednich proporcjach z zachowaniem tolerancji wynikających z technologii wykonywania tych robót. Taki podział na „części” składowe wg zasobów nie oddaje sensu podwykonawstwa, gdyż - przy wskazaniu przez Zamawiającego warstw bitumicznych do wykonania siłami własnymi - niedozwolone by było np. kupowanie mieszanek kruszyw czy asfaltów (do produkcji mieszanki mineralno asfaltowej) od zewnętrznych producentów, przewożenie tych materiałów zewnętrznym transportem samochodowym lub kolejowym. Produkcja mieszanek mineralno asfaltowych jest główną kompetencją wymaganą od doświadczonego Wykonawcy i wiadomym jest, że żaden wykonawca w Polsce nie wytwarza w siłach własnych asfaltów, bo nie posiada rafinerii, ani nie posiada swoich linii kolejowych.

Żaden wykonawca nie jest producentem pełnego asortymentu np. brukarskich elementów betonowych czy kamiennych, a żadna oferta z takiego powodu nie została odrzucona, ponieważ przy takim rozumieniu „części zamówienia” jakie przedstawił Zamawiający, wszystkie oferty w każdym postępowaniu dotyczącym robót budowlanych drogowych należałoby odrzucić.

Tym samym wykonawcy nie zgłaszają dostawców, producentów i firm transportowych jako podwykonawców, gdyż te usługi nie stanowią fragmentu finalnie wytworzonego elementu (np. warstwy) o pełnych właściwościach użytkowych i parametrach fizycznych.

Ponadto Zamawiający w STWiORB podaje oddzielnie wymagania techniczne dla części składowych czyli np. materiałów, sprzętu i oddzielnie dla efektu końcowego danej roboty czyli

wykonanej warstwy konstrukcyjnej. Skoro Zamawiający podając Wykonawcy co musi wykonać siłami własnymi wskazał na poszczególne warstwy konstrukcyjne, to wskazał na „produkt” finalny (któremu przypisał wymagania użytkowe, techniczne) a nie środki niezbędne do jego wytworzenia. Na obecnym etapie procedury przetargowej Zamawiający nie może rozszerzać swojego wymagania (dotyczącego wykonawstwa siłami własnymi) na elementy / zasoby składające się na produkt finalny, którym w branży drogowej są poszczególne warstwy konstrukcyjne.

Odwołujący II wskazał, że w odniesieniu do zlecenia robót drogowych podwykonawcom określenie „część zamówienia” należy rozumieć jako:

1. fragment fizycznie wykonanej roboty, której efektem jest np. dana warstwa konstrukcyjna,
2. fragment, który spełnia wymagania dla finalnego produktu / efektu podane w STWiORB - właściwości użytkowe, parametry techniczne
3. fragment, którego ilość można pomierzyć jednostką miary wskazaną w kosztorysie ofertowym i STWiORB np. polem powierzchni, długością, objętością, kompletem a nie jednostką miary dla materiałów wsadowych, czasem pracy sprzętu czy ludzi.

W STWiORB dla poszczególnych warstw konstrukcyjnych (przewidzianych do wykonania siłami własnymi) Zamawiający wyraźnie wydzielił zasadnicze roboty od robót towarzyszących oraz od zasobów niezbędnych do wykonania. Wp.5, „Wykonanie robót” zostały podane techniczne wymagania dla sposobu i parametrów wykonywania danej warstwy. Natomiast robót towarzyszących, zabezpieczających (np. ruch) nie opisano w STWiORB dla poszczególnych warstw konstrukcyjnych, tylko podano odwołanie do DM.00.00.00. Ponadto w p.2. „Materiały” Zamawiający podał techniczne wymagania dla materiałów potrzebnych do wykonania tej danej warstwy. W ocenie Odwołującego II zastrzeżenie dla podwykonawstwa dotyczy zasadniczych prac związanych z fizycznym wykonaniem poszczególnych warstw konstrukcyjnych (wymienionych w SIWZ), natomiast nie dotyczy ani prac zabezpieczających i towarzyszących ani zasobów koniecznych do ich wykonania tj. materiałów, sprzętu, transportu. Jest to spójne z faktem, że wiedza technologiczna i szeroko rozumiane „know-how” nie znajduje się w poszczególnych tych zasobach ale w umiejętnościach kadry, w doborze jakości i ilości środków produkcyjnych, organizacji pracy ludzi i sprzętu, umiejętności obsługi sprzętu oraz umiejętnościach logistycznych.

Odwołujący II wskazał, iż Zamawiający w uzasadnieniu swego stanowiska w zakresie definicji podwykonawstwa powołał się na art. 2 pkt 9b ustawy Pzp. Analiza przedmiotowego

zagadnienia nie może odbyć się z pominięciem celów przyświecających ustawodawcy wprowadzającego przedmiotowe unormowanie. Powstaje pytanie czy definicja umowy o podwykonawstwo jest definicją samego podwykonawcy o którym mowa w art. 36 a ustawy.

W ocenie Odwołującego II odpowiedź na tak postawione pytanie jest negatywna. Definicja ta może być wykorzystywana jedynie pomocniczo. Umowa o podwykonawstwo została wprowadzona w szczególności dla zwiększenia kręgu podmiotów objętych regulacją ustawy prawo zamówień publicznych i ochrony z niej wynikających. Z tego względu nie może ona być stosowana rozszerzająco.

W ocenie Odwołującego II Zamawiający bezzasadnie myli dwa pojęcia, po pierwsze art. 2 pkt 9b odwołuje się do definicji umowy o podwykonawstwo, definiując to podwykonawstwo bardzo szeroko, ale tylko i wyłącznie tak jak już wskazywano powyżej w kontekście celu, jaki przyświecał ustawodawcy. Definicja ta została bowiem wprowadzona do ustawy, tak, aby żaden podmiot, który świadczył jakiegokolwiek usługi w danym postępowaniu nie został pozbawiony wynagrodzenia.

Tymczasem przepis art. 36 a ustawy Pzp powołuje się pojęciem podwykonawcy, a nie umowy o podwykonawstwo. Gdyby ustawodawca chciał wprowadzić definicję umowy o podwykonawstwo i tak szerokie rozumienie podwykonawstwa w przepisie art. 36 a ustawy Pzp z pewnością uczynił by to zastrzeżenie. Tymczasem wprowadzenie przepisu art. 36 a ustawy Pzp miało na celu zupełnie inny sens, dlatego nie można definicji podwykonawstwa z przepisu art. 36 a zestawiać z definicją umowy o podwykonawstwo z przepisu art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, są to bowiem dwa różne pojęcia.

Po pierwsze wskazać należy, iż zasadą jest dopuszczalność podwykonawstwa. Organy Unii Europejskiej, szczególnie w kontekście kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych w Polsce niejednokrotnie wypowiedziały się, iż zasadą jest dopuszczalność podwykonawstwa, a jego ograniczenie może następować tylko wyjątkowo. Jednocześnie, aby uniknąć sytuacji handlu referencjami i polegania na zasobach podmiotów trzecich bez ich fizycznego udziału w realizacji zamówienia ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie przepisu art. 36 a ustawy Pzp. Przepis ten miał więc na celu, aby podmioty, które będą powoływały się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, a same tej wiedzy i doświadczenia nie miały zapewniły fizyczny udział tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Zatem na potrzeby tego przepisu należy „podwykonawstwo „definiować jako fizyczny udział podmiotu realizującego cały konkretny zakres danego zamówienia.” Na potrzeby tego przepisu

obowiązująca zatem pozostaje wykładnia definicji podwykonawstwa obowiązująca w orzecznictwie, a także w odniesieniu do robót budowlanych obowiązująca w przepisie art. 647 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie zatem z powyższym podwykonawca w rozumieniu tego przepisu to podmiot realizujący samodzielnie cały zakres danej części zamówienia.

Powyższe rozumowanie potwierdza także art. 36 a ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, że Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę. Osobiste wykonanie należy także interpretować w myśl przepisów Kodeksu cywilnego. Niemniej jednak podwykonawstwo w klasycznym jego rozumieniu to wykonanie całego zakresu części zamówienia, od początku do końca, natomiast umowa o podwykonawstwo definiuje podwykonawcę, jako podmiot, który nie realizuje całego zakresu części zamówienia, a tylko i wyłącznie jedną z części tego zakresu, przy czym np. w sytuacji, gdy będzie tylko świadczenie usług to podmiot ten może nawet nie brać tzw. fizycznego udziału w realizacji zamówienia. Zatem, nie można interpretować, że samo powierzenie np. usług sprzętu, czy robocizny, mogłoby wyczerpywać zakres całego podwykonawstwa, a więc fizycznego udziału w realizacji zamówienia, gdyż na zakres robót drogowych dotyczących wykonaniu konstrukcji jezdni i zatok nie składają się tylko usługi sprzętu i robocizny. Na zakres wykonania robót drogowych dotyczących konstrukcji zatok i jezdni składa się wiele części zamówienia, jak np. (budowa poszczególnych warstw konstrukcyjnych oraz produkcja materiałów, transport, organizacja placu budowy, sprzęt na placu budowy, ochrona,) które łącznie należy definiować jako podwykonawstwo.

W ocenie Odwołującego II Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia jego ofert, po pierwsze dlatego, iż jest ona zgodna z SIWZ, a kluczowe części zamówienia zamierza wykonać siłami własnymi, po drugie dlatego, iż nie oceniła całościowo wyjaśnień Odwołującego II, po trzecie dlatego, iż do art. 36a ustawy Pzp błędnie zastosował przepis art. 2 pkt 9 b ustawy Pzp, a potem wywiódł z niego błędne wnioski.

II. Zarzut dotyczący prowadzenia robót niezgodnie z postanowieniami SIWZ

W odniesieniu do zarzutu przyjęcia metody prowadzenia robót niezgodnie z postanowieniami ST.D.01.01.01. Odwołujący II wskazał, iż Zamawiający nie sprecyzował z którym elementem tych postanowień przyjęta przez wykonawcę metoda jest sprzeczna. Odwołujący II, zarówno na podstawie wezwania do złożenia wyjaśnień jak i analizy głównych zarzutów Zamawiającego z nich wynikających może się jedynie domyślić, że chodzi o roboty geodezyjne i w tym zakresie się jedynie odniesie. Odwołujący II podkreślił, iż jego uzasadnienie odwołania i obrona tego zarzutu nie może być pełna, gdyż Odwołujący II nie ma konkretnej wiedzy-

wskazówki, ze strony Zamawiającego, co Zamawiający w zakresie oferty uznał za niezgodne ze specyfikacją. Dlatego też Odwołujący II postawił zarzut naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, wskazując, iż w tym zakresie Zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku. Po pierwsze należy wskazać, iż brak jest uzasadnienia prawnego - Zamawiający nigdzie nie wskazał podstawy prawnej, powołał się jedynie na niezgodność przyjęcia metody prowadzenia robót. Ponadto, co istotniejsze w niniejszym zarzucie - brak przede wszystkim podstawy faktycznej odrzucenia oferty. Odwołujący nie uzyskał bowiem informacji na czym owa niezgodność miałyby polegać, nie wskazano konkretnie, gdzie Zamawiający upatruje przyczyny owej niezgodności, natomiast polemika z postanowieniami całej specyfikacji ST.D.01.01.01 jest dla Odwołującego II co najmniej trudna. Zatem, Odwołujący II wskazał, iż w tym zakresie zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp jest zasadny, niemniej jednak Odwołujący II wyjaśnia jedynie to czego może się domyślać, do czego zmierza Zamawiający, jednakże zastrzega, iż w przypadku nieuznania przez Izbę tego zarzutu - zarzut ten będzie przez Odwołującego II rozszerzany stosownie do okoliczności dotyczących przedmiotowego zarzutu, które pojawią się na rozprawie. Odwołujący II wskazał, iż wszystkie założone roboty geodezyjne wykonane będą zgodnie ze Standardami Technicznymi stosowanymi w Geodezji wydanymi przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii.

Zakres robót geodezyjnych przewidzianych do wykonania oraz wyceniony przez Wykonawcę jest w całości zgodny z zakresem opisanym w pkt. 1.3 STWiORB D.01.01.01, w pkt. 1.3 STWiORB M.01.03.00. i będzie wykonywany przez cały okres prowadzenia inwestycji.

Posiadany sprzęt geodezyjny posiada wszystkie certyfikaty dopuszczające go do pracy przy pomiarach realizacyjnych i inwentaryzacyjnych. Sprzęt który będzie wykorzystany do realizacji projektu jest w pełni zgodny z wymaganiami opisanymi w pkt. 3 STWiORB D.01.01.01 „Roboty przygotowawcze - Odtworzenie trasy i punktów wysokościowych oraz wznowienie i stabilizacja pasa drogowego”, w pkt.3 STWiORB M.01.03.00. „Roboty przygotowawcze - Wytyczenie obiektu” oraz w pkt.3 STWiORB DM.00.00.00. „Wymagania Ogólne” przekazanych przez Zamawiającego, tzn.:

- teodolity, tachimetry
- niwelatory
- dalmierze
- tyczki
- łąty
- taśmy stalowe, szpilki
- ruletki,

- samochód dostawczy,
- inny sprzęt zaakceptowany przez Inżyniera.

STWiORB D.01.01.01 „Roboty przygotowawcze - Odtworzenie trasy i punktów wysokościowych oraz wznowienie i stabilizacja pasa drogowego”, STWiORB M.01.03.00. oraz STWiORB DM.00.00.00. „Wymagania Ogólne” nie określa precyzyjnie wymagań co do klasy zastosowanego sprzętu wskazanego powyżej. Na rynku istnieje szereg urządzeń różnych klas np.:

- tachimetry optyczne, tachimetry elektrooptyczne z serwomotorami (samosterujące), tachimetry bezlustrowe, tachimetry na wózkach samojezdnych, teodolity optyczne, teodolity elektroniczne,
- niwelatory optyczne, niwelatory cyfrowe,
- dalmierze optyczne, dalmierze laserowe,
- tyczki do montażu reflektorów teleskopowe,
- łąty optyczne, łąty kodowe,
- taśmy stalowe
- samochody dostawcze z systemem do skanowania kinematycznego,
- inny sprzęt zaakceptowany przez Inżyniera np.: skanery laserowe fazowe, impulsowe, wykrywacze urządzeń podziemnych

Odwołujący II wskazał, że Zamawiający nie postawił ograniczeń ani co do jakości sprzętu, ani co do stopnia nowoczesności i np. kompatybilności z oprogramowaniem IT. Zamierzamy stosować sprzęt geodezyjny wskazany w STWiORB przez Zamawiającego, a co do rodzaju sprzętu również sprzęt nowoczesny, wysokiej klasy, bazujący na dostępnych technologiach. Sprzęt, jaki należy użyć do prowadzenia robót geodezyjnych, wskazany przez Zamawiającego i przyjęty do wyceny przez Wykonawcę jest tożsamy i spełnia w pełni wymagania we wszystkich zakresach opisanych w wyżej wymienionych dokumentach. Metoda prowadzenia robót geodezyjnych jest w całości zgodna ze wszystkimi zasadami opisanymi w STWiORB D.010101 „Roboty przygotowawcze - Odtworzenie trasy i punktów wysokościowych oraz wznowienie i stabilizacja pasa drogowego” w szczególności w pkt.5 oraz STWiORB DM.00.00.00. „Wymagania Ogólne” w szczególności w pkt.5 Wykonawca informuje, że składowe „Podstawy Płatności” opisane w STWiORB D.01.01.01 „Roboty przygotowawcze - Odtworzenie trasy i punktów wysokościowych oraz wznowienie i stabilizacja pasa drogowego” pkt.9 oraz STWiORB DM.00.00.00. „Wymagania Ogólne” pkt.9 zostały wycenione przez Wykonawcę zgodnie z tymi dokumentami, a cena tych robót nie obejmuje innych dodatkowych czynników cenotwórczych ponad te, o których mowa poniżej tj.:

- opracowanie Projektu Technologii i Organizacji Robót oraz Programu Zapewnienia Jakości,
- wykonanie wszystkich niezbędnych czynności określonych w niniejszej STWiORB na podstawie szkiców i dzienników pomiarów geodezyjnych oraz protokółów kontroli zgodnie z zasadami określonymi w STWiORB DM.00.00.00. „Wymagania Ogólne”,
- pozyskanie niezbędnych materiałów geodezyjnych,
- zastosowanie materiałów pomocniczych koniecznych do prawidłowego wykonania robót lub wynikających z przyjętej technologii robót;
- wyznaczenie punktów głównych osi trasy i punktów wysokościowych,
- uzupełnienie osi trasy dodatkowymi punktami,
- wyznaczenie dodatkowych punktów wysokościowych,
- wyznaczenie przekrojów poprzecznych z ewentualnym wytyczeniem dodatkowych przekrojów,
- wyznaczenie przekrojów poprzecznych (do pomiarów kontrolnych),
- wyznaczenie punktów roboczego pikietażu trasy,
- ustawienie skarpowników z wyznaczeniem pochylenia skarp,
- zastabilizowanie punktów w sposób trwały, ochrona ich przed zniszczeniem i oznakowanie ułatwiające odszukanie i ewentualne odtworzenie,
- odszukanie i oznakowanie punktów granicznych pasa drogowego (przed rozpoczęciem robót) na podstawie przekazanych szkiców wraz ze współrzędnymi,
- odtworzenie punktów granicznych pasa drogowego w przypadku ich zniszczenia lub uszkodzenia,
- wykonanie niezbędnych zgłoszeń i innych czynności przewidzianych odpowiednimi przepisami,
- wyznaczenie lub odtworzenie osnowy geodezyjnej wraz z wszystkimi niezbędnymi projektami, zgłoszeniami itp.
- wszystkie inne pomiary wynikłe z prowadzenia robót,
- zakup i transport materiałów i sprzętu,
- wykonanie wszystkich niezbędnych pomiarów, prób i sprawdzeń,
- oznakowanie miejsca robót i jego utrzymanie,
- opracowanie wszystkich opracowań wymienionych w pkt 5 STWiORB M.01.03.00 w raz z niezbędnymi uzgodnieniami,
- wykonanie wszystkich czynności określonych w STWiORB M.01.03.00 oraz wynikających z opracowań wykonanych przez Wykonawcę, wymienionych w pkt. 5 STWiORB M.01.03.00,
- wyznaczenie osi i rzędnych przepustu,

- wszystkie inne pomiary wynikłe z prowadzonych robót w tym założenie osnowy geodezyjnej,
- zapewnienie niezbędnych czynników produkcji,
- prace pomiarowe,
- stabilizacja punktów w terenie,
- wykonanie powykonawczej dokumentacji geodezyjnej.

W ocenie Odwołującego II użycie nowoczesnych, bardzo wysokiej klasy odmian urządzeń wskazanych w STWiORB daje możliwość wykorzystania zebranych danych do sterowania maszynami w oparciu o trójwymiarowe modele projektowe. Stosowane przez nas między innymi w maszynach do Robót Ziemnych systemy sterowania maszynami 3D (technologia BIM - Building Information Modeling (Modelowanie Informacji o Budowanym obiekcie) są używane przez Spółkę już od roku 2005 i doskonale się sprawdzają na projektach drogowych. Technologia BIM, to nic innego jak modelowanie w trzech wymiarach wykonywanych robót. Zasadnicza część to oprogramowanie przetwarzające dane i sterujące pracą maszyn budowlanych. System korzysta z danych, którymi są pomiary wykonywane przy użyciu sprzętu geodezyjnego wskazanego w STWiORB, ale bardziej nowoczesnego.

Zastosowanie między innymi w sprzęcie do Robót Ziemnych systemów sterowania maszyn powoduje:

- skrócenie czasu realizacji robót, a tym samym projektu co ma wpływ na bezpieczeństwo, ograniczenie utrudnień ruchu, aspekty społeczne;
- zmniejszenie cen jednostkowych kosztów pracy sprzętu, transportu i ludzi

Sprzęt wskazany w STWiORB D.01.01.01, STWiORB M.01.03.00, STWiORB DM.00.00.00. oferent planował (przygotowując ofertę) wykorzystać w sposób zgodny z pkt.5 „Wykonanie Robót”, a ponadto w szerszy sposób wykorzystać dane pomiarowe pozyskane dzięki zastosowaniu nowoczesnych odmian sprzętu pomiarowego (zgodnego ze STWiORB). Dane pomiarowe służą do optymalizacji cen jednostkowych robót związanych z pracą sprzętu i jest to w nich zawarte.

Zamawiający w STWiORB DM.00.00.00. w pkt. 5.1. zostawił Wykonawcy swobodę w przyjęciu własnej technologii robót, podając tylko jedno ograniczenie finansowe, że nie podlega ona odrębnej zapłacie.

Cytat z STWiORB DM.00.00.00”

„ Wykonawca prowadzi Roboty na podstawie przyjętej własnej technologii robót. Dla przyjętej technologii Wykonawca opracowuje Projekty Technologii i Organizacji Robót oraz inne Projekty wymagane w STWiORB (pkt. 1.5.2.1). Zastosowany sprzęt, wszystkie materiały, roboty i ich zabezpieczenie wynikające z przyjętych rozwiązań technicznych i technologicznych w ramach opracowań Wykonawcy nie podlegają odrębnej zapłacie, wszelkie koszty z tego tytułu należy ująć w Cenie Kontraktowej”.

III. Zarzut dotyczący nieuczciwej konkurencji

Odwołujący II wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu decyzji w zakresie postawionego zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji wskazał, powołując się na postanowienia w szczególności Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB), iż „porównanie cen jednostkowych wykonawców ubiegających się o zamówienie prowadzi do wniosku, że Odwołujący II dokonała przesunięć pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysu wyceniając, co do zasady, wyżej ceny przypadające na początek robót, a niżej roboty wykonywane w terminie późniejszym. Tym samym przewiduje wbrew postanowieniom SIWZ zaliczkowanie robót - kredytowanie się środkami finansowymi pozyskiwanymi od Zamawiającego, co stawia ją w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców. W konsekwencji zaoferowane ceny jednostkowe w części nie są cenami realnymi i obliczonymi zgodnie z postanowieniami SIWZ a w szczególności ze STWiORB.”

Odwołujący II podkreślił, iż kwestionowane przez Zamawiającego roboty to prace, wbrew przedstawionemu twierdzeniu, wykonywane przez cały okres realizacji. Nie jest tak jak twierdzi Zamawiający, że Odwołujący II najpierw wykonana prace wyżej wycenione, a potem prace niżej wycenione. Jest to tylko jakiś wymysł Zamawiającego, który nie znajduje nigdzie oparcia.

Odwołujący II podkreślił, że aby prawidłowo wycenić przedmiot zamówienia dla każdego zadania opracowuje roboczy harmonogram, który jest obrazem założeń dotyczących planowanej organizacji prac budowlanych a w szczególności:

1. długości odcinków roboczych
2. czasu potrzebnego na ich realizację
3. równoległego prowadzenia prac na kilku odcinkach w tym samym czasie

Dla przedmiotowego zamówienia Roboczy Harmonogram również powstał przed wyceną robót. Zatem, harmonogram Odwołującego II, który został zrealizowany przed złożeniem ofert, a podczas wyceny tej oferty potwierdza, jak będą wykonywane roboty w zakresie tego zamówienia.

Aby utrzymać ruch na rozbudowywanej drodze założono, że w tym samym czasie będą prowadzone roboty budowlane na kilku odcinkach. Po wykonaniu robót rozbiórkowych, konstrukcyjnych i instalacyjnych (w tym wod-kan) na odcinkach z etapu 1a rozpoczną się te same prace na kolejnych odcinkach z etapu 1b. W następnej kolejności po zakończeniu etapu 1b, rozpoczną się roboty rozbiórkowe, konstrukcyjne i sieciowe na następnych odcinkach etapu 2a itd. aż do etapu 6a.

Tym samym przez cały czas trwania kontraktu będą wykonywane roboty ze wszystkich kluczowych pozycji kosztorysowych, w tym tych wskazanych przez Zamawiającego jako pozycje o zaniżonych i zawyżonych cenach jednostkowych. Ponadto z roboczego harmonogramu rzeczowego sporządzonego przez Odwołującego II przed złożeniem oferty wynika wielkość sprzedaży w poszczególnych miesiącach.

Wyżej wymienione harmonogramy pokazują równomierny w poszczególnych miesiącach przerób rzeczowo - finansowy, a tym samym świadczą o dość równomiernej wielkości sprzedaży w poszczególnych miesiącach. Potwierdzają zatem, iż roboty te nie będą wykonywane, tak jak sugeruje Zamawiający najpierw wysoko skalkulowane, a potem nisko skalkulowane, ale, że będą wykonywane według kolejności uzasadnionej technologią robót. Ponadto harmonogramy te wskazują, iż zarzut dotyczący zaliczkowania robót przez wykonawcę i posługiwanie się środkami finansowymi Zamawiającego jest chybiony, bowiem z harmonogramu Odwołującego wynika, iż Skanska zaplanowała skrócić czas realizacji inwestycji o 9 miesięcy. Tym samym, zaplanowaliśmy, iż w 2015 roku przerobimy 2/3 wartości całej inwestycji (ok. 22-24 mln złotych), natomiast Zamawiający na ten rok (2015) posiada limit środków 15, 75 mln złotych. Zatem, z powyższego wynika, iż to Odwołujący będzie kredytował inwestycję Zamawiającego, a nie odwrotnie.

Odwołujący II wskazał, że szczególnej uwadze poświęcić należy robotom geodezyjnym, które ściśle należy łączyć z robotami ziemnymi. Roboty geodezyjne zostały wskazane przez Zamawiającego jako roboty zawyżone, natomiast Roboty ziemne takie jak usunięcie warstwy humusu, wykonanie wykopów, wykonanie nasypów zostały wskazane przez zamawiającego jako roboty zaniżone.

Wg pkt 9 STWIORB D.01.01.01 Roboty geodezyjne są rozliczane za każdy wykonany kilometr odtworzenia trasy i wyznaczenia punktów wysokościowych po dokonaniu odbioru wykonanych robót. W tej sytuacji bardzo klarownie widać, że Wykonawca kończąc dany etap realizacji najpierw otrzyma zapłatę za roboty wskazane przez Zamawiającego jako roboty zaniżone, następnie w drugiej kolejności otrzyma zapłatę za roboty wskazane przez Zamawiającego jako roboty zawyżone. Stąd, zatem nawet same postanowienia pkt. 9 STWIORB D.01.01.01 przeczą argumentacji Zamawiającego, jako zapłaty Odwołującemu II najpierw pozycji zawyżonych, a potem zaniżonych. Przeczą także argumentacji Zamawiającego dotyczącej zaliczkowania robót i kredytowania się środkami finansowymi pochodzącymi od Zamawiającego. Koszt wykonania Robót Ziemnych wraz z kosztem towarzyszącej tym robotom obsługi geodezyjnej jest na poziomie średniej ceny rynkowej, co przedstawia poniższe porównanie cen wszystkich oferentów.

Geodezja + Usunięcie humusu + Wykopy + Nasypy

Cena Różnica od średniej ceny

	PLN	[%]
Skanska	4 489 988,19	-2,59%
Bilfinger	3 217 663,30	-30,19%
Strabag	1 914 942,36	-58,46%
Erbedim	4 756 256,45	3,19%
Trakt	5 130 729,39	11,31%
PRD-M Piotrków	6 400 010,21	38,85%
PBDiM Mińsk	4 681 099,47	1,55%
Porr	2 583 155,00	-43,96%
Mirbud	6 344 454,81	37,64%
Planeta	6 686 045,68	45,05%
Europa	4 499 427,21	-2,39%

Średnia cena z ofert 4 609 433,82

Nadto odnosząc się do zarzutu przesuwania kosztów należy wskazać, łączna wartość wskazanych przez Zamawiającego robót zaniżonych i zawyżonych wynosi dla poszczególnych firm (% różnica w stosunku do oferty Skanska / wartość):

Lp.	Firma	%	Wartość
1	Skanska	0	14 314 131,02
2	Bilfinger	-9,6%	13 059 907,32
3	Strabag	-32,8%	10 780 849,98
4	Erbedim	0,4%	14 375 195,61
5	Trakt	-2,7%	13 943 477,45
6	PRD-M Piotrków	10,4%	15 976 345,90
7	PBDiM Mińsk	-2,4%	13 982 273,70
8	Porr	-32,1%	10 836 715,76
9	Mirbud	16,3%	17 105 641,63
10	Planeta	19,6%	17 811 444,68
11	Eurovia	22,3%	18 432 693,01

W ocenie Odwołującego II z porównania wartości robót zaniżonych i zawyżonych (wg Zamawiającego) wynika że najbardziej zbliżona do oferty Odwołującego II na tych zakresach jest oferta Erbedimu (kolejno Trakt i PBDiM Mińsk).

Ponadto Odwołujący II wskazał, iż dokonał porównania cenowego ofert wszystkich wykonawców, w zakresie cen jednostkowych i analiza ta zmierza tylko do jednego - a zatem do postawienia zarzutu nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu bowiem prawie wszyscy Wykonawcy, w tym i wybrany oferent - Erbedim wycenili wyjątkowo nisko ceny jednostkowe niektórych pozycji. Ponadto, zdecydowana większość wykonawców dokonała przesunięć między pozycjami, oraz zdecydowana większość wykonawców zawyżyła roboty wykonywane na początku, a zaniżyła roboty wykonywane później. Tymczasem, tylko jedna oferta - oferta odwołującego została z tego powodu odrzucona z powodu czynu nieuczciwej konkurencji. Jeszcze raz z całą świadomością Odwołujący podkreśla, iż nie zastosował czynu nieuczciwej konkurencji, a interpretując ten czyn nieuczciwej konkurencji w taki sposób, jaki chciałby zamawiający należałoby taki zarzut postawić zdecydowanej większości oferentów biorących udział w postępowaniu, w tym także ofercie wybranej. Takie działanie Zamawiającego jest co najmniej zaskakujące i dziwne, bowiem odrzuca tylko jedną ofertę z tego powodu, natomiast wybiera ofertę - Erbedimu, która również zastosowała taką politykę wyceny.

Odwołujący II podkreślił, iż sposób budowy oferty Odwołującego II w żadnej mierze nie odbiega od przyjętych przez pozostałych oferentów założeń i zasad budowy ceny. Odwołujący II podkreślił, iż przedstawił w swoich wyjaśnieniach oferty podwykonawco oraz wszelkie możliwe obiektywne czynniki i kryteria, które miały wpływ na zaoferowanie takiej ceny w

kwestionowanych pozycjach. Wyjaśnienia zawierały 10 stron i szereg załączników, które precyzyjnie wskazywały, jak kalkulowaliśmy naszą cenę ofertową w kwestionowanych pozycjach. Odwołujący II wskazał, iż ma wrażenie, że Zamawiający w ogóle nie zapoznał się z tymi wyjaśnieniami, skoro postawił zarzut czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący II podkreślił także, iż inżynieria wyceny, która jest uprawnieniem wykonawcy jest zjawiskiem pozytywnym i nie może być oceniana, jako czyn nieuczciwej konkurencji, o czym świadczy, chociażby fakt, iż zdecydowana większość oferentów zastosowała inżynierię wyceny w przedmiotowym postępowaniu. Dopiero manipulowanie cenami należy ocenić jako zjawisko negatywne i stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, jednakże takie manipulowania cenami Odwołujący II w przedmiotowym postępowaniu nie zastosował, co wynika nie tylko z harmonogramu, który sporządził na potrzeby niniejszego zamówienia, przed złożeniem oferty, ale także z porównania cen innych wykonawców w tymże postępowaniu. Ponadto zsumowanie pozycji robót geodezyjnych i ziemnych wskazuje, iż cena ta nie odbiega od poziomu konkurencji, a prace te będą wykonywane łącznie, a nie w oderwaniu od siebie, jak chce Zamawiający.

Izba zważyła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) wezwanie Zamawiającego z dnia 30 stycznia 2015 r. skierowane do Odwołującego II oraz złożone wyjaśnienia z dnia 6 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania i złożonych wyjaśnień; (iii) wezwanie Zamawiającego z dnia 5 lutego 2015 r. skierowane do Odwołującego I oraz złożone wyjaśnienia z dnia 6 lutego 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania i złożonych wyjaśnień; (iv) harmonogram rzeczowo – finansowy przygotowany przez Odwołującego II na okoliczność wykazania braku zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji; (v) zestawienia cen w ofertach innych wykonawców sporządzone przez Odwołującego II na wykazanie zawyżenia i zaniżenia cen w ofertach innych wykonawców; (vi) wyciąg z Polskich Norma PN – 87 Drogi Samochodowe – nawierzchnie drogowe oraz PN – EN 1342 Kostka Brukowa z kamienia naturalnego do zewnętrznych nawierzchni drogowych na okoliczność wykazania, iż pojęcie robót brukarskich obejmuje również nawierzchnie z kostki kamiennej; (vii) Instrukcja techniczna G-4 Pomiary Sytuacyjne i Wysokościowe na okoliczność wykazanie niegodności zaproponowanej metody wykonania prac geodezyjnych przez Odwołującego II z wymaganiami określonymi w SIWZ; (viii) oferty złożone w postępowaniu na okoliczność ustalenia cen za realizację zamówienia i wyceny poszczególnych elementów wchodzących w realizację zamówienia.

Izba oddaliła wnioski o zaliczenie w poczet materiału dowodowego umów zawartych pomiędzy Odwołującym II a Darex Group Sp. z o.o. oraz zestawienia kosztorysów wykonania robót budowlanych w innych postępowaniach, gdyż w ocenie Izby nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Rozbudowę drogi wojewódzkiej Nr 705 na odcinku Bolimowska Wieś - Skierniewice" w ramach zadań inwestycyjnych ujętych w Wieloletniej Prognozie Finansowej Województwa Łódzkiego i planie finansowym jednostki nr: W-010301/000023AVPF, W- 010301/W/PWRPO/000079/WPF, W-010301/W/PWRPO/1FR001, W-010301/70/ PWRPO/000079/101WP oraz W-0W301/71/PWRPO/1FR001.

Zamawiający w pkt 4 [Przedmiot zamówienia] ppkt 4.6 [Podwykonawstwo] 4.6.1 [Informacja o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia] Instrukcji dla Wykonawców zamieszczonej w SIWZ sformułował żądanie, iż wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, tj.: robót drogowych polegających na:

- wykonaniu pełnej konstrukcji jezdni (warstwa podbudowy pomocniczej i zasadniczej oraz warstwy wiążąca i ścieralna);
- wykonaniu pełnej konstrukcji zatok.

Kryteriami oceny ofert były: cena - 90% i długość okresu rękojmi - 10%.

Przed upływem terminu składania ofert, w postępowaniu zostało złożonych 11 ofert, w tym oferta Odwołującego I oraz Odwołującego II.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 30 stycznia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego II do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny przedmiotu zamówienia, w zaniżenia o zawyżenia określonych objętych zamówienia oraz wyjaśnienie zakresu podwykonawstwo określonego w pkt 8 formularza oferty. Odwołujący II złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 6 lutego 2015 r.

Zamawiający wezwał również pismem z dnia 5 lutego 2015 r. Odwołującego I do złożenia wyjaśnień co do zakresu robót brukarskich zleconych podwykonawcom. Wyjaśnienia zostały złożone pismem z dnia 6 lutego 2015 r.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 20 lutego 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych. Zgodnie z tym zawiadomieniem najkorzystniejszą ofertę w ramach postępowania złożyło Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów „ERBEDIM” Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Żelazna 3, natomiast oferty Odwołującego I oraz oferta Odwołującego II zostały odrzucone.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 3 marca 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- A. wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "ERBEDIM" sp. z o. o., z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 404/15 oraz KIO 409/15 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy STRABAG sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 409/15 po stronie zamawiającego.

Izba oddaliła opozycję wykonawcy Skanska S.A. wobec przystąpienia wykonawcy Starbag sp. z o.o. do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 409/15 po stronie Zamawiającego. W ocenie Izby wykonawca ten wykazał interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. W przypadku bowiem uznania przez Izbę, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę wykonawcy SKANSKA S.A. oraz uznania, iż oferta wykonawcy Strabag S.A. została niezasadnie odrzucona, wykonawca ten ma szansę na uzyskanie zamówienia, gdyż ceną jaką zaproponował za realizację zamówienia będzie ceną niższą od ceny zaoferowanej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów "ERBEDIM" sp. z o. o., z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim.

Wobec powyższego Izba uznała powyższe przystąpienia za skuteczne.

W dniu 13 marca 2015 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania. Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań w całości.

Ponieważ odwołania nie zawierały braków formalnych i wpis od nich został uiszczony – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że obaj Odwołujący spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Sygn. akt KIO 404/15

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Treść oferty Odwołującego I nie odpowiada treści SIWZ i w związku z tym zasadnie została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazać należy, że okolicznością bezsporną w przedmiotowym postępowaniu było to, że Zamawiający, korzystając z uprawnienia nadanego mocą art. 36a ust. 2 ustawy Pzp, w pkt 4 [Przedmiot zamówienia] ppkt 4.6 [Podwykonawstwo] 4.6.1 [Informacja o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia] Instrukcji dla Wykonawców zamieszczonej w SIWZ sformułował żądanie, iż wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, tj.: robót drogowych polegających na:

- wykonaniu pełnej konstrukcji jezdni (warstwa podbudowy pomocniczej i zasadniczej oraz warstwy wiążąca i ścieralna);
- wykonaniu pełnej konstrukcji zatok.

Istota sporu pomiędzy stronami dotyczyła osobistego wykonania przez Odwołującego I jednego elementu wchodzącego w skład pełnej konstrukcji zatok tj. warstwy ścieranej z kostki grantowej. Odwołujący I argumentował bowiem, że roboty brukarskie, jakie zostały przewidziane do wykonania przez podwykonawcę w pkt 8 formularza oferty nie obejmują wykonania nawierzchni z kostki granitowej.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że Odwołujący I wskazał w pkt 8 formularza oferty roboty brukarskie, jako roboty przewidziane do wykonania przez podwykonawcę. Pojęcie „robót brukarskich” nie było używane przez Zamawiającego w dokumentacji

przetargowej. Pojęcie to zostało użyte przez Odwołującego I w formularzu oferty bez wskazania znaczenia, jakie mu wykonawca przypisuje.

Z uwagi powyższe Izba zauważa po pierwsze, iż budowanie przez Odwołującego I argumentacji o zasadności postawionego zarzutu w oparciu o brak zdefiniowania przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej pojęcia „robót brukarskich” jest niezasadne. Oczywistym jest bowiem, iż definicja taka była zbędna, gdyż Zamawiający tym pojęciem się nie posługiwał, a zamówienie kierował do profesjonalistów.

Dalej podkreślenia wymaga, że bezzasadnym jest również stwierdzenie Odwołującego I o nieuprawnionym działaniu Zamawiającego przejawiającym się w poszukiwaniu znaczenia określenia „roboty brukarskie” w źródłach takich jak np. w Słowniku PWN, czy Wikipedii. Wskazać bowiem należy, że wobec braku określenia przez Odwołującego I w treści oferty co rozumie pod powyższym pojęciem, Zamawiający słusznie posłużył się powszechnie dostępnymi źródłami informacji wyłącznie w celu interpretacji oświadczenia woli Odwołującego I zamieszczonego w formularzu oferty. Nie sposób więc przyjąć, iż Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego I dokonał swobodnej i oderwanej od całokształtu oferty wykładni i interpretacji jej treści. Zamawiający zastosowała właściwą drogę ustalenia znaczenia treści złożonej oferty, gdyż w sytuacji posługiwania się przez wykonawców pojęciami nieużywanymi przez Zamawiającego w SIWZ należy przyjąć powszechne rozumienia danego pojęcia, chyba, że wykonawca odmiennie zdefiniował je w treści oferty.

Przyjęta przez Zamawiającego wykładnia pojęcia „robót brukarskich” była właściwa i zasadna. Słusznie wskazał Zamawiający, że dla każdego profesjonalisty w dziedzinie budowy dróg pojęcie „roboty brukarskie” jest jednoznaczne i trwale osadzone w słownictwie drogowym. Oznacza ułożenie warstwy ścieralnej z kostki lub innych drobnych elementów niezależnie od rodzaju stosowanego materiału. Zamawiający przy interpretacji powyższego pojęcia odwołał się do Polskich Norm, które Odwołujący I jako profesjonalista winien znać. Bezzasadne jest w tym zakresie twierdzenie Odwołującego I, że skoro normy te nie było wskazane w SIWZ, to Zamawiający nie ma podstaw się do nich odwoływać. W ocenie Izby ma podstawy odwoływać się do powyższych norm, gdyż adresowane są one do podmiotów właśnie takich jak Odwołujący I i służą pomocniczo do odczytania treści oferty Odwołującego I w sytuacji, gdy posługuje się on pojęciem, którego Zamawiający nie używał w SIWZ, a w konsekwencji nie definiował. Również pozostałe źródła informacji wskazane przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie nie pozostawiają wątpliwości interpretacyjnych co do rozumienia słowa „roboty brukarskie”. Rozumienie to zostało potwierdzone również przez pozostałych wykonawców, którzy jako profesjonaliści w swojej dziedzinie nie mieli wątpliwości, iż roboty

brukarskie obejmują również wykonanie warstwy nawierzchni z kostki granitowej, czemu dali wyraz w swoich ofertach. Doświadczenie Odwołującego I, który, jak wskazał Zamawiający, jest jednym z największych wykonawców robót drogowych nie tylko w Polsce, ale i na terenie Unii Europejskiej, pozwala na przyjęcie, że znane mu są podstawowe określenia przyjęte w branży, a obecnie próbuje korygować błędy popełnione w ofercie z powoływaniem się na interpretację użytych przez siebie pojęć, która nie ma odzwierciedlenia zarówno w SIWZ jak i branży budowlanej.

W ocenie Izby za nieuprawnioną należy uznać próbę obarczenia Zamawiającego niejednoznacznościami wynikającymi z treści oferty Odwołującego I, których źródłem jest sam wykonawca. Odwołujący I posługując się określonym pojęciem, którego Zamawiający nie używał w dokumentacji przetargowej, winien wskazać w treści oferty jego rozumienie, jeśli odbiega ono od rozumienia powszechnie przyjętego. W braku odmiennego wskazania przez wykonawcę, Zamawiający winien odwołać się do rozumienia powszechnie przyjętego, aby dokonać wykładni oświadczenia woli wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że skoro Odwołujący I zapoznał się z dokumentacją techniczną zamówienia i obecnie się na nią powołuje, to jego obowiązkiem było posłużenie się w ofercie pojęciami wprowadzonymi przez Zamawiającego, a więc określeniami na które obecnie się powołuje tj. „nawierzchnia z brukowej kostki betonowej” oraz „nawierzchnia z kostki kamiennej”, wskazując w sposób jednoznaczny, że podwykonawstwem nie są objęte prace polegające na wykonaniu nawierzchni z kostki kamiennej. Odwołujący I jednak tego nie uczynił i winien ponieść skutki własnej niestaranności w przygotowaniu oferty, nie zaś obarczać Zamawiającego brakiem precyzji w definiowaniu pojęć niezawartych w SIWZ.

W ocenie Izby to, że Zamawiający przewidział w ramach realizacji zamówienia nawierzchnię z kostki brukowej betonowej oraz z kostki kamiennej nie oznacza, że dokonał tym samym podziału prac na roboty brukarskie i roboty kamienne/kamieniarskie, na co wskazywał Odwołujący I w swojej argumentacji. Brak jest podstaw do przyjęcia takiego podziału w dokumentacji przetargowej, a rozróżnienie odnosi się wyłącznie do rodzaju nawierzchni, nie zaś do rodzaju robót. Roboty związane z układaniem obu typów nawierzchni są nadal robotami brukarskimi.

W przywołanych przez Odwołującego I zapisów Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej „ST”) nie pojawia się pojęcie „robót brukarskich”, na które powołuje się Odwołujący I. Odwołujący I wywodzi korzystną dla siebie interpretację pojęcia „roboty brukarskie” wyłącznie z zapisów Specyfikacji technicznej D.05.01.02. Nawierzchnia z kostki kamiennej rzędowej i z faktu, iż Zamawiający nie użył w powyższym punkcie określenia

„Kosta brukowa”. Działanie takie należy uznać za nieuprawnione i jest wyłącznie subiektywną interpretacją pojedynczego zapisu SIWZ mającej na celu dostosowanie oferty Odwołującego I wymagań Zamawiającego.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać należy, że Zamawiający pismem z dnia 5 lutego 2015 roku wezwał Odwołującego I do wyjaśnienia treści oferty tj. punktu 8 formularza oferty, w którym Odwołujący I wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom do realizacji roboty brukarskie. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że złożone wyjaśnienia, wobec uznania przez Izbę, iż roboty brukarskie obejmują również wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej, prowadzą do zmiany treści oświadczenia woli Odwołującego I zamieszczonego w pkt 8 formularza oferty. W swojej ofercie Odwołujący I wskazał, że powierzy podwykonawcy wykonanie robót brukarskich, bez jakiegokolwiek zawężenia czy wyłącznie spod ich zakresu wykonania nawierzchni z kostki kamiennej. W złożonych wyjaśnieniach zmieniał zakres robót brukarskich powierzonych podwykonawcy i wprowadził roboty brukarskie, które będzie wykonywał samodzielnie, co stanowiło zmianę sposobu wykonania zamówienia. Procedura wyjaśniania treści oferty nie może natomiast, co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. W konsekwencji zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą nie było możliwe usunięcie tej rozbieżności w trybie określonym w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Granicę bowiem korzystania przez Zamawiającego z normy prawnej zawartej w art. 87 ustawy Pzp. stanowi trwałość treści oferty w takim znaczeniu, że uzyskane wyjaśnienia nie mogą prowadzić do istotnych zmian w treści złożonej oferty. Oferta Odwołującego I została sporządzona w zakresie merytorycznym w sposób odmienny niż nakazywała to SIWZ, a odmienność ta ma charakter nieusuwalny w ramach procedur określonych w ustawie Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 409/15

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36a ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Treść oferty Odwołującego II nie odpowiada treści SIWZ i w związku z tym zasadnie została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Okoliczność bezsporną stanowi, iż w pkt 8 formularza oferty Odwołującego II złożył oświadczenie, iż zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców m.in. w zakresie usługi robocizny oraz usługi sprzętowej.

Spór pomiędzy stronami dotyczył interpretacji oświadczenia woli Odwołującego II zawartego w pkt 8 formularza oferty oraz w złożonych wyjaśnieniach w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Analiza stanowiska Odwołującego II nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż przyjęta przez niego interpretacja mających zastosowanie przepisów ustawy Pzp jest błędna, zaś Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego II.

Odwołujący II w pierwszej części odwołania przedstawił obszerny wywód o wyrażeniu jednoznacznej woli samodzielnego wykonania konstrukcji dróg zawartej w treści złożonych wyjaśnień z dnia 18 lutego 2015 r. Jednakże powyższe wywody Odwołującego II są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia podniesionego zarzut. Ustawodawca bowiem w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wprowadził zakaz dokonywania zmian w treści oferty, z wyjątkami wskazanymi w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, na które Odwołujący II nie powoływał się. Uwzględnienie zaś treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego II stanowiłoby naruszenie powyższego zakazu. Odwołujący II próbuje z treści wyjaśnień wywieść wolę wykonawcy osobistej realizacji pełnej konstrukcji jezdni, która to wola nie była ujawniona treści oferty. Odwołujący II w treści oferty złożył jednoznaczne oświadczenie, że usługa robocizny i sprzętowa będą realizowane przez podwykonawcę. Bezspornym jest, że powyższe usługi są konieczne do wykonania pełnej konstrukcji jezdni. Skoro zaś wykonawca oświadcza, że zostaną one zrealizowane przez podwykonawcę, to wyklucza tym samym możliwość osobistego wykonania pełnej konstrukcji jezdni.

Podnoszona przez Odwołującego II okoliczność, iż planował on realizować zamówienie z użyciem własnej kadry, o pozycji Odwołującego II na rynku budowlanym, o posiadaniu sprzętu i kalkulowaniu ceny za wykonanie zamówienia z uwzględnieniem osobistego wykonania konstrukcji jezdni jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu. Okoliczności te nie stanowiły podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający odniósł się jedynie do treści oferty i oświadczenia woli Odwołującego II w zakresie deklarowanego zakresu podwykonawstwa. To Odwołujący II samodzielnie podjął decyzję w tym zakresie. Nie mogą tego oświadczenia zmienić wyjaśnienia powoływane przez Odwołującego II. Pozycja Odwołującego II na rynku budowlanym, szeroki zakres doświadczenia nie mogą stanowić podstawy do zmiany pierwotnej treści oferty. Od wykonawcy tak doświadczonego jak Odwołujący II zasadne jest wymaganie, aby dołożył należytej staranności w przygotowaniu własnej oferty i odzwierciedlił swoje zamierzenia, co do sposobu realizacji zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny.

Wskazać dalej należy, iż w dalszej części odwołania Odwołujący II z jednej strony argumentował, że zlecenie usługi robocizny i sprzętu dotyczyło wyłącznie zakresu podwykonawstwa wyszczególnionego w samym formularzu oferty, z drugiej zaś strony podnosił, iż usługa robocizny i usługa sprzętowa nie stanowi części zamówienia. Oba argumenty są bezzasadne. Po pierwsze z treści formularza ofertowego w żaden sposób nie wynika ograniczenie usług robocizny i sprzętu wyłącznie do robót podwykonawczych wyraźnie wyszczególnionych w formularzu ofertowym. Jediną robotą, jaka została wyłączona z usług podwykonawczych przez Odwołującego II było wykonanie zatok autobusowych. W stosunku do usługi robocizny oraz usługi sprzętowej żadne wyłączenie nie zostało wprowadzone przez Odwołującego II. Z zapisów zawartych w formularzu ofertowym nie sposób wywieść, że Odwołujący II ograniczył usługi robocizny i usługi sprzętowe wyłącznie w zakresie robót podwykonawczych wyraźnie wyszczególnionych w samym formularzu ofertowym, wymienionych w tiret 1 do 12.

Drugi z podnoszonych argumentów jakoby usługa robocizny i usługa sprzętowa nie stanowiły podwykonawstwa również nie może się ostać. Argument ten sprowadza się do subiektywnej i niczym nieuzasadnionej interpretacji art. 2 pkt 9b oraz art. 36a ustawy Pzp i twierdzeniu, że usługa robocizny i usługa sprzętowa nie stanowią części zamówienia i tym samym nie stanowią części zamówienia zastrzeżonego przez Zamawiającego w SIWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę. Odwołujący II wskazuje, że za część zamówienia zastrzeżonego do osobistego wykonania należy uznać wyłącznie poszczególne warstwy konstrukcyjne, wykonane od początku do końca. Z tego wywodzi z kolei, że za część zamówienia nie można uznać usługi pracy sprzętu czy robocizny.

Nie sposób zgodzić się z takim stanowiskiem. Gdyby bowiem przyjąć, że usługa robocizny i usługa sprzętowa nie stanowią części zamówienia, to w przypadku wykonywania poszczególnych warstw nawierzchni usługi sprzętowe czy usługi robocizny, które są konieczne do wykonania warstw nawierzchni, nie zostałyby uznane za usługi podwykonawstwa, a podmiot które je wykonuje nie mógłby zostać uznany za podwykonawcę, gdyż nie wykonałby całej warstwy konstrukcyjnej. Taka interpretacja stałoby w sprzeczności z zapisami ustawy Pzp, która wprost mówi, iż za podwykonawcę uważa się podmiot, któremu powierzono realizację części zamówienia. Czynnikiem decydującym o tym czy mamy do czynienia z podwykonawcą jest określenie przedmiotu świadczenia. Przedmiot umowy o podwykonawstwo musi stanowić część zamówienia, a więc tych świadczeń, które składają się na zamówienie, tj. na zobowiązanie wykonawcy wobec zamawiającego. Nie ma żadnych wątpliwości, w ocenie Izby, że usługa robocizny i usługa sprzętowa przy wykonywaniu pełnej konstrukcji jezdni stanowią świadczenia składające się na zamówienie.

Odwołujący II zawarł w treści odwołania analizę celów jakie przyświecały ustawodawcy we wprowadzeniu art. 2 ust. 9b ustawy Pzp oraz art. 36a, wskazując, w podsumowaniu, że na potrzeby art. 36a ustawy Pzp za podwykonawcę należy uznać podmiot realizujący cały zakres danej części zamówienia. Dalej Odwołujący II argumentuje, że umowa o podwykonawstwo z art. 2 ust. 9b ustawy Pzp definiuje podwykonawcę jako podmiot, który nie realizuje całego zakresu części zamówienia, a tylko i wyłącznie jedną z części tego zakresu, czy czym w sytuacji, gdy będzie to tylko świadczenie usług, to podmiot taki może nie brać nawet udziału w realizacji zamówienia. Nie sposób zgodzić się z taką analizą.

Wskazać należy, że ustawodawca w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp wprowadził definicję umowy o podwykonawstwo, definiując ją jako umowę o charakterze odpłatnym, zawartą w formie pisemnej, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, stanowiące część zamówienia publicznego. Stronami takiej umowy są wykonawca zamówienia publicznego i inny podmiot (podwykonawca), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane również podwykonawca i dalszy podwykonawca lub dalsi podwykonawcy. Kluczowym elementem zakwalifikowania danej umowy, jako umowy o podwykonawstwo jest określenie czy jej przedmiotem jest realizacja części zamówienia publicznego. Z kolei w art. 36a ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że wykonawca może powierzyć realizację części zamówienia podwykonawcy. Odwołujący II zadaje się sugerować poprzez zaprezentowaną wykładnię powyższych przepisów, że nie każdy wykonawca zawierający umowę o podwykonawstwo w rozumieniu art. 2 pkt 9b ustawy Pzp jest podwykonawcą na podstawie art. 36a ustawy Pzp. Nie sposób się z tym zgodzić. Podkreślić należy, że racjonalny ustawodawca przypisuje tym

samym słowem te samo znacznie z danym akcie prawnym. Skoro więc w art. 2 pkt 9b ustawodawca definiuje umowę o podwykonawstwo, określając ją jako umowę zawartą pomiędzy zamawiającą a innym podmiotem (podwykonawcą) to słowo „podwykonawca” użyte w art. 36a ustawy Pzp oznacza ten sam podmiot o którym mowa w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp. W żadnym wypadku nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego II o rzekomym podziale na cały zakres części zamówienia oraz jedną część zakresu zamówienia. Wnioski takie należy za bezzasadne i nie znajdujące odzwierciedlenie ani w literalnej ani celowościowej wykładni omawianych przepisów ustawy Pzp. Ustawodawca w żaden sposób nie rozróżnia bowiem „całego zakresu części zamówienia” od „jednej części zakresu zamówienia”. Zarówno w art. 2 pkt 9b jak i art. 36a ustawy Pzp ustawodawca posłużył się określeniem „część zamówienia”. Z częścią zamówienia będziemy mieli do czynienia zarówno w przypadku realizacji całej części zakresu zamówienia jak i jednej części zakresu zamówienia. Ustawodawca nie rozróżnia na gruncie ustawy Pzp dwóch odrębnych rodzajów podwykonawstwa, co sugeruje Odwołujący II. W art. 2 pkt 9b określona jest definicja umowa o podwykonawstwo, zaś przepisem materialnym określającym sposoby realizacji podwykonawstwa jest art. 36a ustawy Pzp. Przepisy te winny być czytane łącznie, gdyż odnoszą się do regulacji jednego zagadnienia – podwykonawstwa. Stosując logikę Odwołującego II można by dojść do paradoksalnych wniosków, iż powierzenie całego zakresu części zamówienia nie będzie umową o podwykonawstwo z art. 36a ustawy Pzp, a powierzenie wyłącznie jednej części tego zakresu taką umową będzie. Odwołujący II posługuje się na klasyczną interpretację podwykonawstwa wynikającą z kodeksu cywilnego na potwierdzenie, której nie przytacza żadnych orzeczeń sądowych, uwiarygodniających tezę, iż podwykonawcą jest wyłącznie podmiot realizujący cały konkretny zakres zamówienia, od początku do końca. Na gruncie zaś kodeksu cywilnego za podwykonawcę w rozumieniu art. 647¹ k.c. uznaje się każdy podmiot, którego rezultat świadczenia spełnionego na podstawie umowy z wykonawcą składa się na obiekt stanowiący przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach zawartej z inwestorem umowy o roboty budowlane (tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2008 r. I CSK 106/2008).

Wskazać dalej należy, że przyjęcie argumentacji Odwołującego II za zasadną oznaczałoby, że za podwykonawcę można byłoby uznać wyłącznie ten podmiot, który wykonał daną warstwę konstrukcyjną w całości, od początku do końca, co prowadziłoby do absurdalnej sytuacji i przyzwolenia na wykonywanie warstwy konstrukcyjnej wyłącznie przez firmy trzecie, byleby żadna z nich nie wykonała danej warstwy konstrukcyjnej w całości, od początku do końca. Odwołujący II nie wykonałby żadnych czynności przy budowie danej warstwy i jednocześnie żadna z firm trzecich nie wykonałaby żadnej warstwy od początku do końca. W takim wypadku, stosując logikę Odwołującego II, nie mielibyśmy do czynienia z

podwykonawstwem, zaś Odwołujący II mimo, iż nie wykonał żadnych prac mógłby twierdzić, że wszystkie prace wykonał osobiście, mimo, iż w rzeczywistości sam nie wykonał niczego. Z kolei podmioty trzecie, które wykonały część zamówienia nie mogłyby być traktowane, jako podwykonawcy i korzystać z przysługujących im ochrony przewidzianej w ustawie Pzp ponieważ, zgodnie z sugerowaną przez Odwołującego II interpretacją, nie wykonały danej warstwy od początku do końca. Sytuacją taka byłaby absurdalna i wypaczałaby regulacjom ustawy Pzp.

Dalej wskazać należy, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia podniesionego zarzutu pozostaje również argument, iż na zakres robót drogowych dotyczących wykonania jezdni i zatok nie składają się wyłącznie usługi robocizny i usługi sprzętowe. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania pełną konstrukcję jezdni i zatok. Skoro tak, to tym bardziej zastrzegł to osobistego wykonania kluczowe elementy niezbędne do konstrukcji jezdni czyli usługi robocizny i sprzętowe. Nie sposób odczytywać wymagania Zamawiającego w sposób prezentowany przez Odwołującego II tj. iż zakazane było wyłącznie powierzenie podwykonawcom całości konstrukcji jezdni i zatok, natomiast części tej konstrukcji wykonawcy mogli już powierzać bez ograniczeń.

Również uzasadnieniem słuszności postawionego zarzutu nie mogą być wyrwane z kontekstu wypowiedzi Zamawiającego. Słusznie wskazał Zamawiającego, iż stwierdzenie, iż Odwołujący II postąpił dobrze, jeśli chodzi o zakres wskazania podwykonawców odnosiło się wyłącznie do oświadczenia zawartego w pkt 8 formularza oferty Odwołującego II 8 tiret tj. podwykonawstwa w zakresie robót brukarskich, nie zaś do robót polegających na wykonaniu pełnej konstrukcji jezdni.

W ocenie Izby Odwołujący II w treści oferty złożył jednoznaczne oświadczenie woli o powierzeniu podwykonawcom usługi robocizny i usługi sprzętowej. Usługi te są konieczne do wykonania pełnej konstrukcji jezdni, jako elementu zamówienia zastrzeżonego do osobistego wykonania przez wykonawcę. Skoro zaś Odwołujący II zastrzegł ich wykonanie przez podwykonawców, to tym samym nie ma możliwości osobistego wykonania pełnej konstrukcji jezdni. Oferta Odwołującego II nie odpowiada więc wymaganiom Zamawiającego wynikającym z SIWZ i została słusznie odrzucona przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że katalog deliktów opisanych w rozdziale II ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm.) (dalej „**uznk**”) ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Oznacza to, iż w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 **uznk**. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12). Przesłankami koniecznymi do uznania danego czynu wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 **uznk** jest wykazanie, iż działanie wykonawcy było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz, że działanie takie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy ustalił, iż działanie Odwołującego II polegające na zawyżeniu cen jednostkowych za wykonanie prac geodezyjnych w branży drogowej stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Wskazać należy, że pismem z dnia 30 stycznia 2015 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego II o złożenie wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych zawartych w kosztorysach ofertowych dotyczących branży drogowej, mostowej i kanalizacji deszczowej, wnosząc o wyjaśnienie i szczegółowo wskazując na poszczególne kwestionowane ceny jednostkowe. Jak wskazał Zamawiający ustalenie realnej wartości tych cen miało istotne znaczenie z uwagi na to, że Zamawiający przewidział za wykonanie robót wynagrodzenie kosztorysowe, a więc polegające na płatności za iloczyn ilości wykonanych i odebranych robót i właśnie ceny jednostkowej. W złożonych wyjaśnieniach (str. 9) Odwołujący II przedstawił opis wykonania robót geodezyjnych, który miał uzasadniać wysokie koszty ich wykonania. Odwołujący II wskazał m.in., iż zamierza korzystać z najnowszej technologii i urządzeń, w tym bezzałogowych platform latających. Ponadto, Odwołujący II argumentował, że, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, roboty geodezyjne zakwestionowane przez Zamawiającego będą wykonane przez cały czas trwania kontraktu, podobnie jak prace ze wszystkich kluczowych innych pozycjach. W konsekwencji argument o rzekomym zaliczkowaniu zamówienia przez Zamawiającego jest bezzasadny.

W ocenie Izby analiza stanowisk stron oraz materiału dowodowego jednoznacznie potwierdza, iż Odwołujący II dokonał manipulacji cenami jednostkowych za wykonanie prac geodezyjnych dotyczących branży drogowej tj. za wykonanie prac odtworzenie i wytyczenie trasy i punktów wysokościowych, wytyczenie przepustu, wytyczenie przejścia dla zwierząt w km 42+220, wytyczenie przejścia dla zwierząt w km 44+290). Po pierwsze, zgodnie z dokumentacją techniczną wykonania zamówienia roboty takie jak: odtworzenie i wytyczenie trasy i punktów wysokościowych, wytyczenie przepustu, wytyczenie przejścia dla zwierząt w km 42+220, wytyczenie przejścia dla zwierząt w km 44+290) są wykonywane w pierwszej kolejności, przed przystąpieniem do wykonania robót ziemnych, za które ceny jednostkowe zostały przez Odwołującego II zaniżone. Odwołujący II nie przedstawił zaś żadnego wiarygodnego dowodu przeciwnego. Zresztą sam Odwołujący II łączy w swoich obliczeniach zawartych na stronie 19 odwołania roboty geodezyjne, odhumusowanie i ziemne wskazując, że są to roboty początkowe.

Po drugie wskazać należy, że Odwołujący II argumentował, iż z pkt 9 ST D.01.01.01 wynika, iż wykonawca kończąc dany etap realizacji najpierw otrzyma zapłatę za roboty wskazane przez Zamawiającego jako roboty zaniżone. Nie sposób zgodzić się z taką interpretacją. Słusznie wskazał przystępujący ERBEDIM, iż przywołany ST dotyczy prac przygotowawczych, nie zaś jak wywodzi Odwołujący II robót ziemnych, które zostały zaniżone przez Odwołującego II. Z zapisów ST D.01.01.01 w żaden sposób nie można wywieść, iż Odwołujący II otrzyma najpierw zapłatę za roboty zaniżone. ST D.01.01.01 odnosi się do robót przygotowawczych, a więc tych, które zostały przez Odwołującego II niezasadnie zawyżone.

Po trzecie, Zamawiający z przedłożonych Izbie wyliczeń (załącznik do odpowiedzi na odwołanie) wykazał, że Odwołujący II, aby pokryć koszty wykonania robót zaniżonych musi otrzymać wynagrodzenie za roboty zawyżone. Odwołujący II dopuścił się więc manipulacji i przerzucenia kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi, gdyż faktyczny koszt wykonania robót ziemnych przerzucił do cen za wykonanie robót geodezyjnych czyli robót wykonywanych na początku realizacji poszczególnych części zamówienia, z góry zakładają, że w ten sposób skredytuje kosztem Zamawiającego wykonanie robót ziemnych. Zastosowana przez Odwołującego II „inżyniera wyceny” sprowadza się do manipulacji cenami jednostkowymi w celu pozyskania odnawialnych zaliczek od Zamawiającego, które nie były przewidziane w SIWZ.

Wskazać dalej należy, że wyliczenia przedstawione przez Odwołującego II nie mogą stanowić potwierdzenia braku manipulacji cenami przez Odwołującego II. W tabeli zawartej na stronie 19 odwołania Odwołujący II dokonuje zsumowania kosztów wykonania prac geodezyjnych,

usunięcia humusu, wykopów oraz nasypów wyłącznie w celu ukrycia zawyżonych cech jednostkowych za wykonanie robót geodezyjnych. Powyższe zsumowanie ma na celu ukrycie właśnie czynu nieuczciwej konkurencji. Również w drugiej z tabel Odwołujący II przedstawia łączne zestawienie robót zaniżonych i zawyżonych w ofertach innych wykonawców wskazując, że oferta Odwołującego II niewiele różni się od łącznej wartości ofert innych wykonawców. Podkreślić jednak należy, że nie jest istotna suma wartości robót zaniżonych i zawyżonych i różnice między tymi sumami, lecz różnice pomiędzy poszczególnych wartościami robót zaniżonych i zawyżonych w ofercie, a wartościami tych samych robót w innych ofertach.

Odwołujący II uzasadniał słuszność zastosowanej „inżynierii wyceny” wskazując na opracowany przez siebie harmonogram na dowód trafności swojego stanowiska. Izba podkreśla jednak, że harmonogram rzeczowy przedłożony Izbie w poczet materiału dowodowego winien być złożony Zamawiającemu wraz z ofertą bądź to w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień skoro, jak twierdzi Odwołujący II, powstał przed złożeniem oferty. To Zamawiający ocenia zgodność oferty z SIWZ oraz dokumenty składane przez wykonawców i na ich podstawie dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba ocenia zaś czynność Zamawiającego i jej zasadność w świetle posiadanych przez Zamawiającego dokumentów. Dlatego też dowód Odwołującego II w postaci harmonogramu rzeczowego należy uznać za dowód spóźniony. Na marginesie należy jednak wskazać, że Zamawiający wykazał, iż przedłożony harmonogram jest wadliwy i nie może stanowić dowodu dla potwierdzenia słuszności postępowania Odwołującego II. Podkreślenia wymaga, że ramy kształtowania cen jednostkowych były bardzo ściśle określone przez specyfikację techniczną wykonania zamówienia. W kosztorysie ofertowym, jako podstawę wyceny każdej z pozycji przyporządkowany został konkretny nr ST. Każda z kolei ST w pkt 9 wskazywała, jakie czynności wchodziły w skład tej wyceny. Stąd też przyjęta przez Odwołującego II dowolność w realizacji zamówienia, na podstawie własnego harmonogramu niezgodnionego z Zamawiającym nie ma żadnego oparcia w dokumentacji przetargowej. Ponadto harmonogram rzeczowy Odwołującego II nie jest dokumentem umownym, ani żądanym przez Zamawiającego na etapie postępowania, a jak wskazał Zamawiający, w umowie przewidziane zostały limity finansowe na poszczególne lata. Akcentowane przez Odwołującego II założenie o zakładanym skróceniu okresu realizacji zamówienia już sam w sobie świadczy o nieusuwalnej sprzeczności oferty Odwołującego II SIWZ. Zamawiający nie przewidział bowiem w SIWZ możliwości skrócenia realizacji inwestycji. Zamawiający wskazał, że dostosował czas realizacji zamówienia i limity finansowe na poszczególne lata do planu finansowego jednostki i nie widzi również możliwości i nie przewidział płatności odsetek za opóźnienie w wypłacie wynagrodzenia, w sytuacji, gdy roboty zostaną wykonane wcześniej na podstawie jednostronnej decyzji wykonawcy, a limit finansowy nie zostanie dostosowany. Przeciwnie

działanie świadczyłoby o niegospodarności i prowadziłoby do naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Dowody złożone przez Odwołującego II w postaci zestawienia cen jednostkowych w ofertach innych wykonawców nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia omawianego zarzutu. Skoro Odwołujący II dostrzegał nieprawidłowości w ofertach innych wykonawców, które nie zostały stwierdzone przez Zamawiającego, to winien był skorzystać z przysługujących mu środków odwoławczych i zaskarżyć zaniechania Zamawiającego. Okoliczność, iż rzekomo inni wykonawcy również zaniżali lub zawyżali ceny jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia czy Odwołujący II manipulując cenami za określone prace geodezyjne popełnił czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający przedłożył Izbie szczegółowe zestawienie wyceny kwestionowanych prac we wszystkich ofertach. Z zestawienia w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że Odwołujący II dokonał nierealnej wyceny kwestionowanych prac, zyskując w ten sposób możliwość otrzymywania od Zamawiającego ukrytych odnawialnych zaliczek.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że dokonane przez Odwołującego II przesunięcia poprzez przeniesienie części kosztów do prac geodezyjnych powodują, że ceny te nie są realne, a ich wartość odbiega od wartości rzeczywistej. W ocenie Izby takie działanie Odwołującego II prowadzi do naruszenia interesu wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o zamówienie. Niewątpliwie informacja o zaliczkowaniu robót mogła wpłynąć na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienia. W konsekwencji takie postępowanie Odwołującego II wypełnia przesłanki określone w art. 3 ust. 1 uznk stanowi, że złożenie oferty jest czynem nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 89 ustawy Pzp

W ocenie Izby Zamawiający nie zawarł wszystkich koniecznych informacji w piśmie z dnia 20 lutego 2015 r. leżących u podstaw uznania niezgodności oferty Odwołującego II z wymaganiami określonymi w ST. Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, iż oferta Odwołującego II jest niezgodna z wymaganiami ST, nie wskazując, o jakie konkretnie wymaganie chodzi. Okoliczność, iż Odwołujący II utajnił wyjaśnienia i w związku z tym Zamawiający nie mógł w informacji skierowanej do wszystkich wykonawców przekazać informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zwalniała Zamawiającego z obowiązku poinformowania Odwołującego II o konkretnych niezgodności w treści oferty

Odwołującego II z wymaganiami ST. W omawianym stanie faktycznym Zamawiający miał prawo jak i obowiązek przekazać Odwołującemu II szerszy zakres informacji niż pozostałym wykonawcom. Uznanie bowiem przez Zamawiającego zasadności zastrzeżenia przez Odwołującego II określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i akceptacja takiego działania przez pozostałych wykonawców wyrażająca się w braku skorzystania ze środków ochrony prawnej w celu weryfikacji działań Zamawiającego oznacza, iż wykonawcy akceptują późniejsze utajnienie części uzasadnienia decyzji Zamawiającego o wynikach postępowania przetargowego w zakresie w jakim dotyczy ono informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający ma prawo przekazać szczegółowe podstawy odrzucenia oferty wyłącznie temu wykonawcy, który zastrzegł informacje, jako tajemnica przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy podstawą odrzucenia są właśnie zastrzeżone informacje.

Jednakże w omawianym stanie faktycznym powyższa nieprawidłowość nie miała i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Z treści odwołania wynika bowiem, że Odwołujący II miał pełną wiedzę z którym konkretnie wymaganiem ST niezgodność przedłożonej oferty dotyczy oraz przedłożył obszerną argumentację na wykazanie zgodności oferty z wymaganym przez Zamawiającego sposobem wykonania prac geodezyjnych oraz przedłożył podczas rozprawy dowody na wykazanie niezasadności stanowiska Zamawiającego.

Dalej wskazać należy, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego II było uznanie niezgodności zaoferowanego sposobu wykonania prac geodezyjnych opisanego w treści wyjaśnień z dnia 6 lutego 2015 r. z wymaganiami w ST D.01.01.01. W trakcie postępowania odwoławczego Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości powyższą niezgodność wykazał.

Odwołujący II przedstawił w odwołaniu obszerne uzasadnienie o rzekomym braku niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego co do wymaganego sposobu realizacji robót geodezyjnych, wskazując, iż wszelkie roboty geodezyjne będą wykonywane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz przepisami prawa. Jednakże wskazać należy, że opis zawarty w treści odwołania odbiega od opisu zawartego w wyjaśnieniach jakie Odwołujący II złożył w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp w piśmie z dnia 6 lutego 2015 r. Zamawiający złożył w poczet materiału dowodowego zestawienie opisu zawartego w wyjaśnieniach z dnia 6 lutego 2015 r., w odwołaniu oraz wymagania Zamawiającego wskazane w ST, z którego to zestawienia wynika, że stanowiska Odwołującego II nie pokrywają się, a jednocześnie opis sposobu wykonania prac geodezyjnych zawarty w wyjaśnieniach z dnia 6 lutego nie odpowiada wymaganiami z ST. To wyjaśnienia złożone przez Odwołującego II mają

wiążący charakter i były przedmiotem analizy Zamawiającego na etapie badania i oceny oferty pod kątem jej zgodności z wymaganiami zawartymi w SIWZ, nie zaś stanowisko Odwołującego II wyrażone w odwołaniu.

Wskazać dalej należy, że Zamawiający wykazał podczas postępowania odwoławczego, że metoda wykonania prac geodezyjnych opisana przez Odwołującego II w treści wyjaśnień nie jest zgodna z metodą opisaną ST D.01.01.01. Po pierwsze, sprzęt wskazany w treści wyjaśnień odbiega od sprzętu wymienionego w ST D.01.01.01. Odwołujący II przyjął błędne założenie, że został on już na etapie składania ofert zaakceptowany przez Inżyniera. Konsekwencją odmienności sprzętu jest inna metoda wykonywania czynności opisanych cytowanym ST. Zamawiający wskazał, z czym należy się zgodzić, że opis wykonania robót geodezyjnych wskazanych przez Odwołującego II w treści wyjaśnień odpowiada geodezyjnemu pomiarowi fotogrametrycznemu, zgodnie zaś wymogami ST D.01.01.01. Zamawiający wymagał wykonania zamówienia przy użyciu geodezyjnego pomiaru terenowego. Potwierdza to Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 9 listopada 2011 r. w sprawie standardów technicznych wykonania geodezyjnych pomiarów sytuacyjnych i wysokościowych oraz opracowania i przekazywania wyników tych pomiarów do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego oraz przedłożona przez Zamawiającego Instrukcja Techniczna G-4 Pomiary Sytuacyjne i Wysokościowe. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że propozycja użycia przez Odwołującego II technologii geodezyjnego pomiaru fotogrametrycznego nie znajduje potwierdzenia w wymaganiach Zamawiającego. Niezasadnym jest więc, aby Odwołujący II ponosił koszty użycia technologii zaproponowanej przez Odwołującego II, która jest technologią droższą i kosztów zastosowania której Zamawiający nie uwzględnił w kosztach realizacji inwestycji. Wkalkulowanie przez Odwołującego II w cenę realizacji zamówienia kosztu zakupu i użycia nowoczesnych urządzeń, które nie były wymagane przez Zamawiającego nie można w żaden sposób zaakceptować. Oferta Odwołującego II jest w tym zakresie ofertą wariantową możliwości złożonej której Zamawiający nie przewidział w SIWZ.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego II, iż wykonawca posiadał swobodę w przyjęciu własnej dowolnej technologii robót odmiennej od technologii określonej w dokumentacji projektowej i ST, co Odwołujący II wywodzi na podstawie postanowień pkt 5.1 DM.00.00.00. „Wymagania ogólne” z jedynym ograniczeniem finansowym. Słusznie wskazał bowiem Zamawiający, iż okoliczność bezsporną stanowi bowiem, że dokumentacja projektowa i ST stanowią integralną część umowy, a zasady jej zmiany opisane są precyzyjnie w umowie. Zapis w pkt 5.1 cyt. ST wyraźnie stanowi, iż „Wykonawca jest odpowiedzialny za prowadzenie Robót zgodnie z Kontraktem oraz za jakość zastosowanych materiałów i wykonywanych

Robót, za ich zgodność z Dokumentacją Projektową, wymaganiami ST, Projektu Technologii i Organizacji Robót oraz poleceniami Inżyniera. Kolejność robót przyjęta w w/w projektach musi zapewniać usunięcie kolizji z elementami istniejącymi i projektowanymi. Wykonawca jest odpowiedzialny za stosowane metody robót”. W konsekwencji ta „własna technologia”, do której Odwołujący II uważa, iż jest uprawniony na podstawie zapisów cyt. umowy, musi być zgodna z umową - a w szczególności z dokumentacją projektową i ST. Założona przez Odwołującego II dowolność skutkuje nieporównywalnością ofert i sprzecznością oferty z SIWZ.

W uwagach końcowych Izba wskazuje, że Odwołujący II popada w sprzeczność w prezentowanym stanowisku. W zakresie wyjaśnień złożonych Zamawiającemu co do zawyżonej wyceny prac geodezyjnych, Odwołujący II powoływał się na zastosowanie nowoczesnej technologii i sprzętu, innowacyjnych rozwiązań niestosowanych przez innych wykonawców, w tym wykorzystywania bezzałogowych platform latających. W sytuacji zaś gdy Zamawiający uznał, że powyższa technologia nie jest technologią wymaganą dla realizacji zamówienia i jej zastosowanie nie wynika z dokumentacji technicznej sporządzonej przez Zamawiającego, Odwołujący II wycofuje się częściowo z proponowanej metody wykonania prac geodezyjnych, wskazując, iż będą one wykonywane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, tłumacząc podczas rozprawy, że wbrew temu co zawarte jest w złożonych wyjaśnieniach z dnia 6 lutego 2015 r., bezzałogowe platformy latające nie będą już wykorzystywane w pracach geodezyjnych, lecz w pracach ziemnych. Oznaczałoby to więc, że wycena prac geodezyjnych nie jest prawidłowa skoro uwzględniała, zgodnie z przedłożonymi wyjaśnieniami, koszt użycia specjalistycznego i kosztownego sprzętu, który ostatecznie nie będzie przez Odwołującego II wykorzystywany. W ocenie Izby Odwołujący II popada w logiczną sprzeczność w prezentowanym stanowisku, co stanowi potwierdzenie słuszności decyzji Zamawiającego.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego II z powodu niezgodności sposobu realizacji prac geodezyjnych z wymaganiami określonymi w dokumentacji przetargowej.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy, orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....