

Sygn. akt: KIO 1434/16

WYROK

z dnia 18 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2016 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum - (1) TRAKT S.A., (2) BUDROMOST-STARACHOWICE Sp. z o.o. Górki Szczukowskie 1 k/Kielc, 26-065 Piekoszów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, ul. Jagiellońska 72, 25-602 Kielce,**

przy udziale wykonawcy:

A. Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce, oraz

C. Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum - (1) TRAKT S.A., (2) BUDROMOST-STARACHOWICE Sp. z o.o. Górki Szczukowskie 1 k/Kielc, 26-065 Piekoszów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: (1) TRAKT S.A., (2) BUDROMOST- STARACHOWICE Sp. z o.o., Górki Szczukowskie 1 k/Kielc, 26-065 Piekoszów** tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum – Lider - TRAKT S.A. Górki Szczukowskie 1 k/Kielc oraz Partner - BUDROMOST-STARACHOWICE Sp. z o.o. z Wąchocka [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Kielcach w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164] [Ustawa lub ustawa Pzp], którego przedmiotem zamówienia jest „Rozbudowa DW 755 etap III A od km 12+124,50 do km 16+247,00 wraz z budową obwodnicy Ćmielowa”. Odwołujący skierował zarzuty wobec oferty wykonawcy Skanska S.A. [wykonawca Skanska], która została uznana za najkorzystniejszą oraz oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo „DUBR” Sp. z o.o., [Konsorcjum FART] wskazując na niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty:

- 1) wykonawcy Skanska na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp - z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ w zakresie, w jakim w przypadkach wskazanych w załączniku Nr 1 do niniejszego odwołania, ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe pozycji kosztorysowych nie uwzględniają wszystkich czynności, wymagań i badań składających się na jej wykonanie, określonych dla danej roboty w SST i dokumentacji projektowej, jak również nie obejmują m.in. robocizny wraz z towarzyszącymi kosztami, wartości zużytych materiałów, wartości sprzętu, kosztów pośrednich itp.,
- 2) Konsorcjum FART na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp - która to oferta jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim w przypadkach wskazanych w załączniku Nr 2 do niniejszego odwołania, ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe pozycji kosztorysowych nie uwzględniają wszystkich czynności, wymagań i badań składających się na jej wykonanie, określonych dla danej roboty w SST i dokumentacji projektowej, jak również nie obejmują m.in. robocizny wraz z towarzyszącymi kosztami, wartości zużytych materiałów, wartości sprzętu, kosztów pośrednich itp.,
- 3) wykonawcy Skanska oraz Konsorcjum FART na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa znk] w sytuacji, gdy ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na niedozwolonej manipulacji ceną ostateczną, poprzez rażące zaniżanie części cen jednostkowych lub kwot ryczałtowych pozycji kosztorysowych i podanie pozornej i nierealnej ceny jednostkowej lub kwoty ryczałtowej pozycji kosztorysowych, a w

konsekwencji - zniżenie ceny ofertowej, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie; Także ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia lub wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

4) wykonawcy Skanska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w sytuacji gdy przedstawiona cena w ofercie jest rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazał ponadto na art. 7 ust. 1 Pzp, podnosząc zarzut naruszenia w postępowania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty SKANSKA S.A., (2) dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty SKANSKA S.A. oraz Konsorcjum FART i w konsekwencji (3) wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Wniósł również – w zakresie podtrzymanym na posiedzeniu i rozprawie o dopuszczenie dowodów z dokumentów:

1) stanowiących załączniki Nr 1, 2, 2A, 2B, 2C, 2D i 5 do niniejszego odwołania, na okoliczność wskazania w złożonych ofertach przez SKANSKA S.A. oraz konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo „DUBR” Sp. z o.o. cen jednostkowych lub kwot ryczałtowych pozycji kosztorysowych, które nie uwzględniają wszystkich czynności, wymagań i badań składających się na jej wykonanie, określonych dla danej roboty w SST i dokumentacji projektowej, jak również nie obejmują m.in. robocizny wraz z towarzyszącymi kosztami, wartości zużytych materiałów, wartości sprzętu, kosztów pośrednich itp.,

2) stanowiących załączniki Nr 3 i 4 do niniejszego odwołania, na okoliczność polityki SKANSKA S.A., polegającej na składaniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wniósł także o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka D. R. - pracownika Odwołującego, na okoliczność wskazania w ofertach SKANSKA oraz Konsorcjum FART cen jednostkowych lub kwot ryczałtowych pozycji kosztorysowych, które nie uwzględniają wszystkich czynności, wymagań i badań składających się na cenę jednostkową oraz nie obejmują m.in. robocizny wraz z towarzyszącymi kosztami, wartości zużytych materiałów, wartości sprzętu, kosztów pośrednich. Tego wniosku, Izba mając na uwadze regułę z art. 190 ust.6 ustawy Pzp, nie uwzględniła i w konsekwencji wnioskowana osoba, jako pracownik, na podstawie udzielonego do protokołu upoważnienia mogła we wnioskowanym zakresie prezentować stanowisko Odwołującego.

Wykonawca stwierdził, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą, po odrzuceniu ofert SKANSKA S.A. oraz Konsorcjum FART, a przez to odwołującemu należało udzielić zamówienia publicznego. Nieuzyskanie zamówienia powoduje możliwość poniesienia przez niego szkody w postaci utraconych korzyści z wynagrodzenia, jakie stałoby się należne za zrealizowanie kontraktu. W uzasadnieniu zarzutów, w szczególności podał, co następuje:

Zgodnie z treścią SIWZ, zakres zadania obejmuje: 1) rozbudowę drogi wojewódzkiej Nr 755 od km 12+124,50 do km 16+247,00; 2) budowę obwodnicy Ćmielowa na terenie gminy i miasta Ćmielów wraz z przebudową istniejącej sieci uzbrojenia terenu i przebudową dróg innych kategorii; 3) opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego oraz realizacja budowy Bazy Służby Drogowej dla potrzeb Obwodu Drogowego wraz z dostawą wyposażenia sprzętowego. Zamawiający w punkcie 17 siwz określił, że przy wyborze ofert będzie stosował następujące kryteria: Cena brutto oferty - 97% i Okres gwarancji na wykonane roboty - 3%. Podał, że szczegółowy sposób obliczenia ceny oferty został zawarty w punkcie 9 SIWZ, gdzie Zamawiający - z rozbiem na opisane powyżej pozycje w ramach głównego zadania - szczegółowo określił elementy cenotwórcze. Wskazał ponadto – na istotne – jego zdaniem - dla oceny elementy punktu 9 SIWZ: „• Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na formularzach. Podstawą obliczenia ceny oferty są przedmiary robót zamieszczone w SIWZ, • Kosztorysy ofertowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej wg kolejności pozycji wyszczególnionych w kosztorysach. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysach oraz wartość netto za całość zamówienia; • Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach robót. • Podana cena oferty będzie stanowiła wynagrodzenie kosztorysowe. Wskazał ponadto, że „Zgodnie z § 7 Projektu Umowy, wynagrodzenie ma w przeważającym zakresie charakter kosztorysowy, tj. co do rozbudowy DW 755 - etap III A na odcinku od km 12+124,50 do km 16+247,00 oraz budowy obwodnicy Ćmielowa. Ryczałtowy charakter ma jedynie wynagrodzenia za opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego oraz realizację budowy Bazy Służby Drogowej dla potrzeb Obwodu Drogowego wraz z dostawą wyposażenia sprzętowego”. Powołał się również na Szczegółową Specyfikację Techniczną (D-M-00-00-00) i jej punkt 9 (podstawa płatności), który wskazuje, że: • Podstawą płatności jest cena jednostkowa netto, skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu; • Dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest wartość (kwota) podana przez Wykonawcę w danej pozycji kosztorysu. • Cena jednostkowa

lub kwota ryczałtowa pozycji będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w SST i w Dokumentacji Projektowej. • Ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe robót będą obejmować:

- robociznę bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami, - wartość zużytych materiałów wraz z kosztami ich zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy, - wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami, - koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko, - podatki obliczane zgodnie z obowiązującymi przepisami, - koszt nadzoru specjalistycznego pełnionego przez właścicieli instalacji na powierzchni ziemi i urządzeń podziemnych, - koszty zapewnienia wymaganych ubezpieczeń, - koszty utrzymania ciągłości dostawy mediów, - koszty urządzenia i utrzymania zaplecza Wykonawcy.

Stwierdził również, że SST w kolejnych punktach szczegółowo określa, co składać się powinno na podstawę płatności w ramach danej pozycji do wykonania, tj. określa cenę danej jednostki obmiarowej, poprzez odniesienie do w/w warunków ogólnych oraz wskazanie dodatkowych wymogów, specyficznych dla danej jednostki. Odnosząc zarzuty do treści ofert wskazanych wykonawców stwierdził, co następuje:

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp podniósł, że oferenci SKANSKA S.A. oraz Konsorcjum FART w poszczególnych elementach ofert, podali wielokrotnie ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe pozycji kosztorysowych, które w sposób oczywisty nie uwzględniają wszystkich czynności, wymagań i badań składających się na jej wykonanie, określonych dla danej roboty w SST i dokumentacji projektowej, jak również nie obejmują m.in. robocizny wraz z towarzyszącymi kosztami, wartości zużytych materiałów, wartości sprzętu, kosztów pośrednich itp. Na dowód przedstawił odpowiednio w załącznikach nr 1 i 2 Wykaz tych cen jednostkowych lub kwot ryczałtowych pozycji kosztorysowych oraz uzasadnienie, iż ceny te lub kwoty nie uwzględniają wszystkich czynności, wymagań i badań składających się na jej wykonanie, określone dla danej roboty w SST i dokumentacji projektowej, jak również nie obejmują m.in. robocizny wraz z towarzyszącymi kosztami, wartość zużytych materiałów, wartości sprzętu, kosztów pośrednich itp. Często są to kwoty jednostkowe w wysokości 1 grosza, 10 groszy (0,1 zł), 40 gr (0,40 zł), co dowodzi uchybienia SIWZ w sposób oczywisty, ale w powołanych załącznikach wskazano także przypadki, gdy kwoty jednostkowe są wyższe od symbolicznych 1 lub 10 gr, jednakże – zdaniem wykonawcy - w sposób na tyle drastyczny odbiegają od średnich stawek rynkowych, że nie sposób jest uznać, że przyjęto je według wymagań wskazanych w SIWZ. W przypadku SKANSKA S.A., przykładowo:

1) wycena jednostkowa w pozycji nr 65 „Formowanie i zagęszczanie nasypów o wys. 3.0-10.0 m spycharkami w gruncie kat. III-IV - dowóz gruntu niewysadzinowego o CBR= min. 40%, U= min.5 - obwodnica, DW 755 ul. Ostowiecka, Parking” kosztorys „Branża Drogowa”,

wynosi 4,14 zł, przy realnie wycenionych wycenach innych oferentów od 18 zł do 22,41 zł, co przekłada się na różnicę w tej pozycji kosztorysowej pomiędzy 244.260 zł a 1.062.000 zł - 1.322.190 zł,

2) wycena jednostkowa w pozycji nr 28 „Usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) o grubości do 15 cm za pomocą spycharek. Docelowa grubość humusu to 50cm. Usunięcie ziemi urodzajnej z obszaru obejmującego projektowaną obwodnicę wraz z drogami serwisowymi, parking, drogi powiatowe (ul. Opatowska, Jastkowska), drogą wewnętrzną drogą gminą, DW 75 = 3,33” kosztorys „Branża Drogowa”, wynosi 2,25 zł, przy realnie wycenionych wycenach innych oferentów od 5,22 zł do 7,65 zł, co przekłada się na różnicę w tej pozycji kosztorysowej pomiędzy 294.750 zł a 683.820 zł - 1.002.150 zł,

3) wycena jednostkowa w pozycji nr 6.2; 7.2; 11.2; „Warstwa z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie + destrukcja grubości 25 cm” kosztorys „Roboty drogowe”, wynosi 0,67 zł, przy realnie wycenionych wycenach innych oferentów od 3,84 zł do 10 zł, co przekłada się na różnicę w tej pozycji kosztorysowej pomiędzy 23.422,53 zł a 134.242,56 zł - 349.590 zł. W przypadku Konsorcjum FART przykładowo:

1) wycena jednostkowa w pozycji 480 „Wyprzedzające badania archeologiczne stanowisk ratowniczych w granicach inwestycji wraz ze sporządzeniem sprawozdania” jest ok. 8-10 razy niższa niż wycena pozostałych porównywanych oferentów (91,89 zł wobec 798,26 - 910,47 zł, co za chwilę przekłada się na różnicę w tej pozycji kosztorysowej pomiędzy 60.004,17 zł a 521.263,78 zł - 594.536,91 zł.

2) wycena jednostkowa w pozycji nr 19.3; „Warstwy podsypkowe, podsypka cementowo-piaskowa grubości 10 cm” kosztorys „Roboty drogowe” wynosi 0,10 zł, przy realnie ocenionych wycenach pozostałych porównywanych oferentów 9,04 zł - 13,65 zł, co przekłada się na różnicę w tej pozycji kosztorysowej pomiędzy 1.316,70 zł a 119.029,68 zł - 179.729,55 zł,

3) wycena jednostkowa w pozycji nr 382; 385; 387; 389; 392 „Ława betonowa pod krawężniki” kosztorys „Branża Drogowa”, wynosi 0,40 zł, przy realnie ocenianych wycenach pozostałych porównywanych oferentów 83,65 zł - 130,44 zł, co przekłada się na różnicę w tej pozycji kosztorysowej pomiędzy 150,02 zł a 31.370,52 zł a 48.918,92 zł.

W Załącznikach Nr 1 i 2 wskazano zarazem na końcu podsumowanie ogólnej dla analizowanych przypadków różnicy wynikającej z zaniżenia wycen przez SKANSKA S.A. oraz Konsorcjum FART w stosunku do pozostałych oferentów, które to wielkości mają charakter znaczący. Odwołujący podkreślił, że Załączniki Nr 1 i Nr 2 nie zawierają wszystkich przypadków nienależytej wyceny jednostkowej, gdyż z uwagi na termin odwołania brak było możliwości rzetelnego uzasadnienia - poprzez odniesienie się, co stawek rynkowych - każdego przypadku uchybienia. Zdaniem Odwołującego, dokonanie w taki sposób wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu poprzez podanie kwot pozornych, symbolicznych (1 gr,

10 gr) lub kwot wyższych, jednak w oczywisty sposób rażąco odbiegających od średnich stawek rynkowych, nie odpowiada treści SIWZ, a to z tego względu, że SST stanowi część SIWZ (zgodnie m.in. z art. 31 ust. 1 w zw. z art. 35 Pzp). Skoro Zamawiający zarówno bezpośrednio w treści SIWZ, jak również następnie w kolejnych punktach SST dokładnie i precyzyjnie określił wymagania dotyczące poszczególnych pozycji kosztorysowych, to ich wycena według stawek 1 gr, 10 gr lub wprawdzie wyższych, jednak rażąco zaniżonych jest oczywiście niepoprawna i powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Jest bowiem oczywiste, że kwoty te nie uwzględniają wszystkich czynności, kosztów i koniecznych nakładów przedstawionych w Podstawach płatności - w zasadzie wyceny te nie uwzględniają żadnych czynności, kosztów i koniecznych nakładów. Wyceny te mają charakter pozorny i jedynie pozorna jest zgodność treści oferty z treścią SIWZ, gdyż jakkolwiek oferenci nie pominęli pozycji kosztorysowych, to jednak wbrew treści SIWZ nie wycenili ich w sposób realny. Ceny te mają charakter symboliczny dla uzyskania formalnej zgodności z treścią SIWZ, nie są to jednak ceny pozwalające na wykonanie wycenianych pozycji kosztorysowych. Ceny rynkowe za wykonanie robót wskazanych w załącznikach Nr 1 i Nr 2 są kilka-kilkadziesiąt razy wyższe. Powoduje to w konsekwencji, że ostateczna cena - stanowiąca sumę wycen jednostkowych - również jest nierealna i jest w nieuzasadniony sposób zaniżona. Powołał się na poglądy doktryny i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, podkreślając, że kosztorysy ofertowe stanowią w niniejszym wypadku - przy uwzględnieniu prymatu kryterium ceny - najbardziej istotny element badanej oferty. W rezultacie, obliczenia cen jednostkowych w sposób sprzeczny z punktem 9 SIWZ oraz Punktem 9 SST (D-M- 00-00-00) powinny prowadzić do uznania tych ofert za niezgodne z treścią SIWZ, a więc prowadzić do ich odrzucenia. Naruszenie określonych w SIWZ zasad wyceny oferty doprowadziło bowiem do sytuacji, w której oferty podmiotów dopuszczających się uchybień są nieporównywalne z pozostałymi oraz świadczy wprost o nieuwzględnieniu w nich poszczególnych, opisanych powyżej elementów cenotwórczych. Zamawiający powinien zatem - stosując się do przyjętych warunków przetargu - odrzucić oferty tych oferentów, którzy przygotowali je w sposób sprzeczny z SIWZ - m.in. właśnie poprzez dokonanie wyceny jednostkowych pozycji w kosztorysie według stawek pozornych, symbolicznych czy rażąco odbiegających od średnich stawek rynkowych, czyli poprzez podanie cen jednostkowych, które są nierealne i nie pozwalają na realizację tych pozycji w normalnych warunkach rynkowych. Reasumując stwierdził, że z uwagi na powyższe okoliczności te oferty, jako niezgodne z treścią specyfikacji podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, podał, że w jego ocenie oferty SKANSKA S.A. oraz Konsorcjum FART wypełniają znamiona czynów

nieuczciwej konkurencji. Wskazał na art. 3 ust. 1 uznk zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dobre obyczaje, na które wskazuje przepis, to działania, które mogą prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, co jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy. Jego zdaniem, czynem nieuczciwej konkurencji, jakiego w niniejszym wypadku dopuściły się SKANSKA S.A. oraz Konsorcjum FART jest manipulowanie ceną ostateczną, z uwagi na rażące zaniżanie części wycen elementów jednostkowych polegające na wskazaniu pozornej i nierealnej ceny jednostkowej, a w konsekwencji - zniżenie ceny ofertowej, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Takie działanie zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert. Działanie SKANSKA S.A. oraz Konsorcjum FART utrudnia pozostałym oferentom dostęp do rynku, pomimo zaoferowania wykonania robót zgodnie z wymogami SIWZ. Działania takie ograniczają rynkowe reguły uczciwego konkurowania. Niewątpliwym staje się więc zarzut działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Podniósł ponadto, że powyższe okoliczności są potwierdzeniem dla drugiej z przesłanek z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zasadnicza przesłanka w postaci zaoferowania przez SKANSKA S.A. oraz Konsorcjum FART sprzedaży usługi poniżej kosztów świadczenia wykazane powyżej polegała na zaoferowaniu wykonania określonych usług za pozorną i symboliczną cenę, w żaden sposób nie pokrywającą kosztów świadczenia. Stwierdził, że konstrukcja całego art. 15 ust. 1 uznk świadczy o tym, że poszczególne wymienione w nim zachowania uznawane są same przez się za utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku - w szczególności za tego rodzaju utrudnienie ustawodawca uznał samo zjawisko tzw. dumpingu. Nawet w braku takiej jasnej wypowiedzi legislatora byłoby oczywistym, iż w sytuacji silnej konkurencji na rynku robót drogowych, (co nie wymaga nawet udowodnienia, gdyż jest zjawiskiem powszechnie znanym) rażące zaniżanie cen jednostkowych w celu ustalenia ostatecznej oferty cenowej zmierza do utrudnienia innym przedsiębiorcom do rynku. W tym kontekście uzasadnione staje się twierdzenie o ziszczeniu się ostatniego elementu hipotezy art. 15 ust 1 pkt 1 uznk w postaci celu eliminacji innych przedsiębiorców. Domniemanie faktyczne przemawia za uznaniem, iż stosowanie w warunkach ostrej konkurencji tzw. dumpingu zmierza do osłabienia tej konkurencji i wyeliminowania w bliższej lub dalszej perspektywie części konkurentów, poprzez doprowadzenie ich do znacznego

zmniejszenia przychodów, a w konsekwencji do niewypłacalności lub konieczności przebranżowienia.

Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie SKANSKA S.A. podał, że Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył 77.852.034,35 zł brutto. Większość ofert nie odbiegała od tej ceny w sposób istotny. Zatem za rażąco niską należy uznać ofertę SKANSKA S.A., opiewającą na 55.299.174,42 zł brutto, co stanowiło 71% kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i mniej niż 50 % wartość zamówienia według kosztorysu inwestorskiego (który wynosił 128.508.228,59 zł brutto). W niniejszym postępowaniu druga z kolejnych ofert opiewała na 64.446.927,25 zł brutto, czyli oferta SKANSKA S.A. była niższa o 14,2 %. Zarazem oferta ta była niższa od średniej arytmetycznej ofert pozostałych oferentów o 18,94 %. Podał ponadto, że oferta SKANSKA S.A. wpisuje się w politykę cenową tego oferenta, który od pewnego czasu - wykorzystując pozycję jednego z najsilniejszych przedsiębiorców polskiego rynku. Załączniki nr 3 i 4 ilustrują poziom cen oferowanych przez SKANSKA S.A. w postępowaniach na terenie województwa świętokrzyskiego i sąsiednich, w latach 2015 i 2016, które wykazują łącznie kilkadziesiąt przypadków złożenia oferty z ceną znacząco niższą od średniej oferty pozostałych oferentów. W roku 2015, w aż 16 postępowaniach z 27 SKANSKA S.A. złożyła ofertę niższą niż 70 % kwoty wynikającej z przyjętego przez zamawiającego kosztorysu inwestorskiego. Średnio różnica ofert SKANSKA S.A. w stosunku do przeciętnej ceny pozostałych oferentów wyniosła 15,05 %. Z kolei w roku 2016, w 8 postępowaniach z 17 SKANSKA S.A. złożyła ofertę niższą niż 70 % kwoty wynikającej z przyjętego przez zamawiającego kosztorysu inwestorskiego. Średnio różnica ofert SKANSKA S.A. w stosunku do przeciętnej ceny pozostałych oferentów wyniosła 19,46 %. Jego zdaniem, za twierdzeniem o rażąco niskiej cenie przemawia pośrednio wykazane w załączniku Nr 1 do niniejszego odwołania wielokrotne rażące zaniżenie poszczególnych wycen jednostkowych.

Odnośnie zarzutu nierównego traktowania oferentów podniósł, że Zamawiający z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert SKANSKA S.A. oraz Konsorcjum FART dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Wskazał, że Zamawiający wskazał precyzyjne zasady wyceny cen jednostkowych, po czym kompletnie zlekceważył liczne przypadki uchybienia SIWZ w tym zakresie przez SKANSKA S.A. oraz Konsorcjum FART. W tej sytuacji opisane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca, który składa ofertę lekceważącą postanowienia SIWZ uzyskuje zamówienie publiczne, nie uzyskuje go zaś oferent, który działając zgodnie z dobrymi obyczajami składa ofertę odpowiadającą treści SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Budimex S.A. z Warszawy, wnosząc o uwzględnienie odwołania, a po stronie Zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o. z Kielc oraz wykonawca Skanska S.A. z Warszawy, noszący o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, podnosząc w szczególności:

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nie podzielił stanowiska odwołującego odnośnie niezgodności oferty SKANSKA S.A. z treścią SIWZ. W ocenie zamawiającego oferta wybrana, jako najkorzystniejsza spełniała wszystkie wymogi przewidziane w jej treści. Kosztorysy ofertowe zostały sporządzone na stosownych formularzach i uwzględniały wszystkie pozycje przedmiarowe. Oferta obejmowała całość zamówienia i została sporządzona z należytą starannością, co ostatecznie potwierdziły wyjaśnienia oferenta w zakresie wykazania sposobu wyliczenia tak skalkulowanej ceny oferty. Odwołujący doszukując się uchybień w kosztorysach swoich konkurentów zupełnie pomija specyfikę przedmiotowego zamówienia publicznego. Z treści SIWZ jednoznacznie wynika, że prawidłowo złożone oferty powinny dotyczyć realizacji całości przedsięwzięcia budowlanego opisanego za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej. W związku z powyższym, w ocenie zamawiającego, oferta mogłaby zostać uznana za niezgodną z SIWZ wyłącznie w przypadkach, gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu. W ocenie zamawiającego domniemane uchybienia przy ustaleniu jednostkowych cen poszczególnych pozycji kosztorysowych są irrelewantne z punktu widzenia zgodności całej oferty z zapisami SIWZ i z pewnością nie powinny skutkować odrzuceniem oferty. Powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2011 r., KIO 1125/11, stwierdził, że (...) Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada temu opisanemu w specyfikacji, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (...). Zamawiający w okolicznościach niniejszej sprawy nie widzi żadnych podstaw do uznania, że jego interesy zostały w jakikolwiek sposób naruszone zatem przedmiotowe zarzuty są oczywiście bezzasadne.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp

Odwołujący formułując kolejne zarzuty wskazuje, że sposób ukształtowania ceny w ofertach wykonawcy SKANSKA oraz Konsorcjum FART stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji polegający na niedozwolonej manipulacji ceną ostateczną poprzez rażąco zaniżenie części cen jednostkowych oraz utrudnienie dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia i wytworzenia. W ocenie zamawiającego powyższe zarzuty świadczą o instrumentalnym traktowaniu przepisów o ochronie konkurencji w kompletnym oderwaniu od specyfiki prowadzenia działalności gospodarczej w branży budowlanej. Odwołujący po raz kolejny zupełnie pomija przedmiot zamówienia i skupia się na kosztorysowych wyliczeniach poszczególnych pozycji, które wobec złożoności zamawianej inwestycji budowlanej w bardzo ograniczonym zakresie wpływają na ostateczną cenę oferty. Zatem po raz kolejny należy podkreślić, że zamawiający oceniając ofertę w kontekście przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy też przesłanki rażąco niskiej ceny każdorazowo musi brać pod uwagę całość zadania objętego przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazuje na szereg pozycji w kosztorysie przygotowanym przez SKANSKA S.A., które w jego mniemaniu są znacznie zaniżone i utrudniają dostęp do rynku pozostałym uczestnikom postępowania. Przy czym swoje twierdzenia opiera wyłącznie na własnych subiektywnych wyliczeniach niepopartych żadnymi miarodajnymi dowodami. W ocenie zamawiającego kalkulacje zaprezentowane przez odwołującego nie mogą przesądzać o uznaniu, że wskazane oferty naruszają zasady uczciwej konkurencji i powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W zasadzie argumentacja zaprezentowana w odwołaniu sprowadza się do twierdzenia, że skoro oferta złożona przez SKANSKA S.A. tak znacząco odbiega od ofert innych uczestników to oczywistym jest, że została sztucznie zaniżona i stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Powyższe stanowisko z oczywistym względów jest zbyt daleko idącym uproszczeniem i stoi w sprzeczności z ugruntowanym orzecznictwem KIO. Wskazał na wynikające z tego orzecznictwa poglądy m.in. (...) w postępowaniu, które dotyczy zamówienia na roboty budowlane, czyli osiągnięcia określonego z góry rezultatu, skalkulowanie pewnych pozycji na znacznie niższym poziomie niż średnio w innych ofertach, nie ma znaczenia, skoro w odniesieniu do całej ceny oferty nie można powiedzieć, że wydaje się rażąco niska w stosunku do przedsięwzięcia budowlanego, które ma za nią zostać zrealizowane. Ponadto (...) Niezgodne z istotą zamówienia na roboty budowlane jest traktowanie poszczególnych cen jednostkowych w oderwaniu od całości, jakby poszczególne prace stanowiły niezależne elementy przedmiotu zamówienia, gdyż składają się one na uszeregowane w kolejności technologicznej wykonania zestawienie przewidywanych prac koniecznych dla zrealizowania obiektu lub obiektów budowlanych. Ponadto, (...) „Aby można było zarzucić wykonawcy dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji poza stwierdzeniem zaniżenia jednej z cen jednostkowych oraz manipulacji

stawkami należałoby udowodnić, że sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działających w określonej branży. Powyższe orzeczenia stanowią przykład zdroworozsądkowego podejścia do zagadnienia rażąco niskiej ceny oraz czynów nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zamawiający w pełni akceptuje i stosuje. Specyfika postępowania przetargowego w praktyce zawsze prowadzi do konkurencji w zakresie oferowanej ceny, a zatem niejako z założenia oferenci chcący uzyskać zamówienie powinni kalkulować ceny na możliwie niskim poziomie. Wykonawca samodzielnie decyduje o metodach wyliczenia ostatecznej ceny oraz uzasadnieniu poszczególnych jej elementów wpływających na jej wysokość. Ocena złożenia oferty z niską ceną pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji wymaga przeanalizowania przesłanek utrudniania dostępu do rynku z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Wskazany przepis stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Do stwierdzenia stosowania wskazanego czynu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niezbędne staje się wykazanie: sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaży poniżej kosztów zakupu w wyniku czego dochodzi do utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do zamówienia publicznego, co ma na celu (zmierza do) eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Wskazane powyżej przesłanki muszą wystąpić kumulatywnie. Samo złożenie oferty z niską ceną lub też ceną poniżej kosztów wytworzenia nie dowodzi stosowania czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Niezbędne bowiem staje się wykazanie, iż złożenie oferty z ceną niską lub ceną nierealną miało na celu (zmierzało do) utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom. W ocenie zamawiającego Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił ww. okoliczności świadczących o celowym złożeniu oferty z zaniżoną ceną mającej doprowadzić do wykluczenia odwołującego lub ograniczenia jego pozycji na rynku. Z pewnością takiego dowodu nie stanowi zestawienie ofert składanych przez SKANSKA S.A. w latach 2015-2016. Przeciwnie świadczy to o ugruntowanej pozycji tego wykonawcy, który dzięki zwiększeniu konkurencyjności jest w stanie realizować zamówienia o kilkanaście procent taniej niż konkurencja i dzięki temu ma szanse na zdobycie kolejnych zamówień. Przedmiotowe zestawienie wprost zaprzecza twierdzeniu, że zaoferowane roboty budowlane zostały wycenione poniżej ich rzeczywistych kosztów. W przeciwnym razie należałoby przyjąć, że SKANSKA S.A. przynajmniej od dwóch lat traci na realizowanych kontraktach dziesiątki milionów złotych. W związku z powyższym zamawiający nie może się zgodzić z argumentacją odwołującego, który błędnie utożsamia

normalną rywalizację przedsiębiorców w celu uzyskania lepszej pozycji na rynku z czynami nieuczciwej konkurencji.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust, 1 pkt 4 Pzp

Zamawiający równie krytycznie ocenił zarzut dotyczący zaniechania czynności polegającej na odrzuceniu oferty SKANSKA S.A. z uwagi na rażąco niską cenę. W ocenie zamawiającego należy jednoznacznie opowiedzieć się za brakiem podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w sytuacji gdy ww. oferent złożył kompleksowe wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny i możliwości rzetelnego wykonania zamówienia w oparciu o posiadane przez wykonawcę środki techniczne i ugruntowaną pozycję na rynku zapewniającą ponadprzeciętną konkurencyjność. Zamawiający korzystając ze swoich uprawnień wezwał w trybie art. 90 ust. Pzp spółkę SKANSKA S.A. do wyjaśnienia czy jego oferta została skalkulowana poprawnie i czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. W odpowiedzi SKANSKA S.A. złożyła obszernie wyjaśnienia, w których racjonalnie wyjaśniła poziom zaoferowanej ceny oraz wykazała oszczędności w kalkulacji ceny oferty umożliwiające takie a nie inne jej oszacowanie. Ocena treści wyjaśnień wskazuje, że wykonawca bardzo dokładnie opisał metody wykonania zamówienia pozwalające na znaczne oszczędności a także wskazał na szereg rozwiązań technicznych i organizacyjnych, które pozwalają na ukształtowanie cen na relatywnie niskim poziomie przy zachowaniu niezbędnego zysku. Mając na uwadze ugruntowaną pozycję SKANSKA S.A. oraz rzetelną współpracę w ramach innych postępowań przetargowych zamawiający ostatecznie uznał, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i daje pełną gwarancję rzetelnego wykonania inwestycji objętej zamówieniem. Podkreślił, że zamawiający badając przesłankę zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp powinien, co do zasady odnosić się do ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a nie poszczególnych jego części czy pozycji kosztorysu, które wybiórczo wskazuje odwołujący się. Zatem wszelkie wyliczenia odwołującego mające wykazać brak realnej wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w żadnych wypadku nie dowodzą, że oferta złożona przez SKANSKA S.A. zawierała rażąco niską cenę. Na marginesie wskazał, że argumentacja odwołującego jest dosyć niespójna a przytoczone przez odwołującego wyroki KIO w przeważającej większości dotyczą zupełnie innych zagadnień i zapadły na bazie zupełnie odmiennych stanów faktycznych. Przykładowo wskazał na orzeczenia, dotyczące manipulacjami stawkami VAT przy usługach sprzątania (KIO 1934/12) oraz dostawy bonów żywieniowych (KIO 117/09). W ocenie Zamawiającego stanowisko przyjęte przez Odwołującego pomija ugruntowane orzecznictwo, dotyczące rażąco niskiej ceny, z którego jednoznacznie wynika, że sama dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską. Tymczasem w ocenie Odwołującego już

samo zestawienie oferty wykonawcy SKANSKA z jego wyliczeniami poszczególnych pozycji kosztorysowych powinno być wystarczające do stwierdzenia, że uznana za najorzystniejszą oferta zawierała rażąco niską cenę. Oczywiście subiektywne odczucie jednego z konkurentów nie może stanowić miarodajnej przesłanki do uznania, że oferta zawierała rażąco niską cenę. Zatem wobec nieprzedłożenia przez wykonawcę innych dowodów na poparcie stanowisko, zdaniem zamawiającego, odwołanie należy uznać za bezzasadne i powinno zostać oddalone.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała, że podnoszone w nim zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Skanska i Konsorcjum FART na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, oparto na twierdzeniu, że ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe pozycji kosztorysowych nie uwzględniają wszystkich czynności, wymagań i badań składających się na jej wykonanie, określonych dla danej roboty w SST i dokumentacji projektowej, jak również nie obejmują m.in. robocizny wraz z towarzyszącymi kosztami, wartości zużytych materiałów, wartości sprzętu, kosztów pośrednich itp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, co do niezgodności oferty SKANSKA S.A. i oferty Konsorcjum FART z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kosztorysy ofertowe – tak jak wskazywał Zamawiający oraz Przystępujący po jego stronie wykonawcy [Skanska i Konsorcjum FART]- zostały sporządzone na stosownych formularzach i uwzględniały wszystkie wymagane dokumentacją pozycje przedmiarowe, która to okoliczność została przyznana w odwołaniu. Izba także prezentuje pogląd, że oferta mogłaby zostać uznana za niezgodną ze specyfikacją wyłącznie w przypadkach, gdy z jej treści wynikałoby, że nie obejmuje zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób, czy termin wykonania tych prac, nie odpowiada wymaganemu w specyfikacji. Także zdaniem Izby, dla oceny kwestionowanych ofert, domniemane uchybienia przy ustaleniu jednostkowych cen poszczególnych pozycji kosztorysowych nie mogą powodować odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia – jak już wskazywano - nie odpowiada temu opisanemu w specyfikacji, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Takie okoliczności nie

zostały w niniejszej sprawie wykazane. Ponadto Przystępujący - wykonawca Skanska w składanych na żądanie wyjaśnieniach w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, przedstawił przyjęty sposób wyceny, który Zamawiający ocenił, jako racjonalny i uzasadniony technologicznie. Izba podzieliła pogląd tego wykonawcy, że SIWZ w szczególności jej punkt 9, na który powołano się w odwołaniu nie precyzuje, jakie koszty mają być ujęte w danej cenie jednostkowej. Punkt ten dotyczy płatności na etapie realizacji robót, a nie wyceny na etapie sporządzania oferty. Tym samym, chociażby z tego powodu, nie sposób dopatrzeć się niezgodności ofert wykonawcy Skanska i Konsorcjum FART ze specyfikacją, tym bardziej, że w tej wycenie – jak podkreślono - uwzględniono wszystkie pozycje przedmiarowe, podano cenę jednostkową dla każdej pozycji i łączna cena oferty obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia.

Drugi z zarzutów, zaniechania odrzucenia ofert wykonawcy Skanska i Konsorcjum FART na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa znk] oparto na założeniu, że czyn nieuczciwej konkurencji w niniejszej sprawie przejawia się w niedozwolonej manipulacji ceną ostateczną, poprzez rażące zaniżanie części cen jednostkowych lub kwot ryczałtowych pozycji kosztorysowych, co powoduje podanie pozornej i nierealnej ceny jednostkowej lub kwoty ryczałtowej pozycji kosztorysowych. W konsekwencji zaniżenie ceny ofertowej, zmierza do uzyskania w sposób nieuprawniony przedmiotowego zamówienia, co utrudnienie innym przedsiębiorcom dostęp rynku, a ponadto założenie sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia lub wytworzenia ma na celu eliminację innych przedsiębiorców z rynku.

Izba uznając tak sformułowany zarzut za niezasadny, podzieliła stanowisko Zamawiającego, że wykonawca nie wykazał, aby kalkulacja cen jednostkowych w tym postępowaniu zmierzała do wyeliminowania konkurencyjnych wykonawców z zamówień publicznych na rynku robót budowlanych. Oceniając oferty w kontekście przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji każdorazowo należy mieć na uwadze całość zadania objętego przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazał na szereg pozycji w kosztorysach wykonawców, które jego zdaniem znacznie zaniżone, utrudniają dostęp do rynku pozostałym uczestnikom postępowania. Przy czym te twierdzenia zostały oparte na subiektywnych wyliczeniach niepopartych żadnymi miarodajnymi dowodami. Izba zwraca uwagę, że wykonawca SKANSKA w postępowaniu dowodowym przed Izba przedstawił zestawienie pozycji, dla których ceny w jego ofercie były istotnie niższe w stosunku do ceny dla tych samych pozycji w ofercie Odwołującego. Tym samym Izba krytycznie oceniła kalkulacje zaprezentowane przez Odwołującego, uznając, że nie mogą one przesądzać o uznaniu, że

wskazane oferty naruszają zasady uczciwej konkurencji i powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Izba podzieliła wyrażany w orzecznictwie KIO pogląd, że w postępowaniu na roboty budowlane, którego celem jest osiągnięcie określonego rezultatu, skalkulowanie, niektórych pozycji na niższym, nawet znacząco niższym poziomie niż w innych ofertach, nie ma znaczenia, skoro w odniesieniu do całkowitej ceny oferty nie można wykazać, że jest ona zaniżona [także rażąco niska] w stosunku do ceny całkowitej przedsięwzięcia budowlanego, za którą to przedsięwzięcie ma zostać zrealizowane. Powyższa argumentacja odnosi się w szczególności do zarzutów podnoszonych do oferty Konsorcjum FART, której cena nie jest w odwołaniu kwestionowana, jako cena rażąco niska. Niewątpliwie specyfika postępowania o zamówienie publiczne w praktyce zawsze prowadzi do konkurencji przede wszystkim w zakresie oferowanej ceny, a zatem niejako z założenia oferenci chcący uzyskać zamówienie mają prawo kalkulować ceny na najniższym możliwie ekonomicznie poziomie. Odwołujący, w ocenie Izby nie udowodnił – tak jak to podnosił Zamawiający - okoliczności świadczących o celowym złożeniu oferty z zaniżoną ceną mających doprowadzić do wykluczenia Odwołującego z rynku zamówień budowlanych lub ograniczenia jego pozycji na rynku. Z pewnością takiego dowodu nie stanowi, powołane przez Odwołującego, zestawienie ofert składanych przez wykonawcę SKANSKA S.A. w latach 2015-2016. Przedmiotowe zestawienie może być raczej odczytane, jako dowód przeciwko twierdzeniu Odwołującego, że zaoferowane roboty budowlane zostały wycenione poniżej ich rzeczywistych kosztów. W innym przypadku należałoby przyjąć, że SKANSKA S.A. – jak to wskazywał Zamawiający - przynajmniej od dwóch lat ponosi straty rzędu dziesiątków milionów złotych [traci na realizowanych kontraktach], co w niniejszej sprawie w żaden sposób nie zostało uprawdopodobnione, a przede wszystkim świadczyłoby o niedopuszczalnym działaniu na szkodę spółki, co podlega karze. Reasumując Izba dodatkowo podnosi, że za błędne należy uznać utożsamianie rywalizacji przedsiębiorców w celu uzyskania lepszej pozycji na rynku z czynami nieuczciwej konkurencji.

Ostatni z zarzutów braku zastosowania art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, skierowany do oferty wykonawcy Skanska, także nie podlega uwzględnieniu, chociażby dlatego, że wykonawca ten na żądanie Zamawiającego na podstawie art. 90ust.1 ustawy Pzp złożył wyjaśnienia, co do podstaw kalkulacji ceny, które to wyjaśnienia nie są kwestionowane w odwołaniu. W tych wyjaśnieniach, jak podnosił Zamawiający, w zakresie sposobu kalkulacji ceny i możliwości rzetelnego wykonania zamówienia w oparciu o posiadane środki techniczne i ugruntowaną pozycję na rynku zapewniającą konkurencyjność, wykonawca opisał metody wykonania zamówienia, pozwalające na znaczne oszczędności, a także wskazał na szereg rozwiązań technicznych i organizacyjnych, które pozwalają na ukształtowanie cen na relatywnie niskim poziomie przy zachowaniu niezbędnego zysku.

Zamawiający ostatecznie uznał, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej wysokość daje pełną gwarancję rzetelnego wykonania inwestycji objętej zamówieniem. Reasumując Izba dodatkowo stwierdza, że niewątpliwie należy opowiedzieć się za brakiem podstaw do zastosowania art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp w sytuacji – tak jak w tej sprawie - złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, które nie były podważone w odwołaniu.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec powyższych ustaleń nie podlega także uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia w postępowaniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których stanowi art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na to, że zarzuty skierowane do wybranej oferty wykonawcy Skanska, jako najkorzystniejszej nie zostały uznane przez Izbę za zasadne.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz uwzględniając przepisy 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).

.....