

Sygn. akt: KIO 1855/16

WYROK

z dnia 18 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2016 r. przez wykonawcę: **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A, 80-778 Gdańsk,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

- wezwanie Konsorcjum: Trakcja PRKil S.A., Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 6.1.3 oraz 7.2.4 SIWZ),

- wezwanie Konsorcjum: Trakcja PRKil S.A., Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie do złożenia dodatkowych szczegółowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A, 80-778 Gdańsk**, i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A, 80-778 Gdańsk**, na rzecz wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu 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 Gdańsku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 222 na odcinku Gdańsk - Starogard Gdański”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 lutego 2016 roku pod numerem 2016/S 029-046259.

Wykonawca, Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej - oferty Konsorcjum w składzie: Trakcja PRKil S.A., Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie, zwanego dalej „Konsorcjum Trakcja”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2015 roku, poz. 2164) ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w brzmieniu obowiązującym w dacie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, tj.:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Trakcja z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą pomimo złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnym do wykonania zamówienia,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Trakcja wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnym do wykonania zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trakcja, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę,
- 5) art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez błędne uznanie, że wyjaśnienia Konsorcjum Trakcja w zakresie elementów mających wpływ na cenę oferty zostały sporządzone w sposób rzetelny i że Konsorcjum wykazało, iż cena jego oferty nie ma znamion ceny rażąco niskiej,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003.153.1503 t.j.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trakcja, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, że ww. oferta zawiera

usługi oferowane poniżej kosztów ich świadczenia, a także zawiera ceny jednostkowe na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od realiów rynkowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w rezultacie:
- 2) wykluczenia Konsorcjum Trakcja z postępowania i uznania tej oferty za odrzuconą, względnie:
- 3) odrzucenie oferty Konsorcjum Trakcja,
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

Zarzut złożenia przez Konsorcjum Trakcja w treści oferty nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią pkt. 6.1 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy niepodlegający wykluczeniu z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp i spełniający warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp dotyczące między innymi dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Stosownie do treści pkt. 6.1.3 SIWZ, wykonawca miał wykazać, że w trakcie realizacji zamówienia dysponować będzie osobami legitymującymi się doświadczeniem i kwalifikacjami zawodowymi określonymi w tabeli. Kierownik budowy powinien posiadać doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy przy realizacji 1 przedsięwzięcia polegającego na budowie lub przebudowie drogi publicznej klasy nie niższej niż G, w tym co najmniej jednego kontraktu o wartości robót nie mniejszej niż 30 000 000,00 PLN netto lub posiadać doświadczenie na stanowisku Kierownika robót branży drogowej przy realizacji 1 przedsięwzięcia polegającego na budowie lub przebudowie drogi publicznej klasy nie niższej niż G, w tym co najmniej jednego kontraktu o wartości robót nie mniejszej niż 50 000 000,00 PLN netto. Kierownik robót drogowych powinien posiadać doświadczenie na stanowisku Kierownika robót branży drogowej lub Kierownika budowy lub Inspektora nadzoru branży drogowej przy realizacji 1 przedsięwzięcia polegającego na budowie lub przebudowie drogi publicznej klasy nie niższej niż Z+, w tym co najmniej jednego kontraktu o wartości robót branży drogowej nie mniejszej niż 25 000 000,00 PLN netto.

Zamawiający nie dopuścił możliwości przedstawienia tej samej osoby do pełnienia kilku funkcji (więcej niż jednej) z wymienionych w tabeli, a wskazane w ofercie doświadczenie powinno obejmować tylko te zadania, które określają wymagania Zamawiającego.

Zgodnie z treścią pkt. 7.2.4 SIWZ, dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawcy powinni byli przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia („Potencjał kadrowy”), na formularzu zgodnym z treścią załącznika

nr 6 do Rozdziału II, wraz z informacjami na temat zakresu wykonywanych przez nie czynności, uprawnień, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, wymaganymi dla oceny spełniania warunku, o którym mowa w pkt 6.1.3 Instrukcji dla Wykonawców.

W trakcie wyjaśnień dotyczących treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, na pytanie nr 23 o treści: „W nawiązaniu do postanowienia pkt. 6.1.3 SIWZ prosimy o wyjaśnienie i potwierdzenie, że osoby wskazane do pełnienia funkcji kierownika budowy i kierownika robót winny posiadać wskazane w tym postanowieniu SIWZ doświadczenie przez cały okres trwania przedsięwzięcia opisanego w warunku. Obecne brzmienie tego postanowienia SIWZ pozwala uznać, iż wykonawca może wykazać dysponowanie osobą, która pełniła funkcję kierownika budowy/robót jedynie przez krótki okres czasu, co nie wydaje się być uzasadnione biorąc pod uwagę skalę zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego”, Zamawiający w dniu 17.03.2016r. wyjaśnił, że: „Zamawiający potwierdza, iż osoby wskazane do pełnienia funkcji kierownika budowy i kierownika robót winny posiadać wskazane w pkt 6.1.3 SIWZ doświadczenie przez cały okres trwania przedsięwzięcia opisanego w warunku”.

Z treści oferty złożonej przez Konsorcjum Trakcja wynika, że na potwierdzenie spełnienia ww. warunku w zakresie potencjału kadrowego, przedłożono wypełniony załącznik nr 6 do Rozdziału II SIWZ, w którym - jako kierownika budowy - wskazano p. M.A.. Równocześnie Konsorcjum Trakcja złożyło oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykazując doświadczenie p. M.A., Konsorcjum Trakcja podało, iż posiada on doświadczenie jako kierownik robót branży drogowej zdobyte w ramach zadania: „Budowa obwodnicy m. Szubina”, a ponadto, że posiada doświadczenie na stanowisku kierownika robót branży drogowej przy realizacji 1 przedsięwzięcia polegającego na budowie drogi publicznej klasy nie niższej niż Z o wartości robót powyżej 40.000.000,00 zł PLN netto, a wartość całego kontraktu wyniosła 50.900.000,00 zł netto.

Z analizy umowy Skanska S.A. z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z dnia 06.10.2004 r., jak również z referencji z dnia 21.02.2007 r. wystawionych dla Skanska przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy wynika, iż roboty na tym zadaniu rozpoczęto dnia 03.11.2004 r. Z informacji GDDKiA Oddział w Bydgoszczy z dnia 06.09.2016 r. udzielonej w ramach dostępu do informacji publicznej wynika, że p. M.A. w ramach kontraktu „Budowa obwodnicy m. Szubina” był kierownikiem robót drogowych w rozumieniu prawa budowlanego w okresie od 27.12.2004 r. do 30.06.2006 r. Ponadto, p. M.A. został zatrudniony w Skanska S.A. po dniu rozpoczęcia robót na przedmiotowej inwestycji, to jest w dniu 08.11.2004 r. Roboty drogowe, za które odpowiedzialny na tym kontrakcie miał być p. M.A., rozpoczęły się znacznie wcześniej.

Mając na względzie powyższe, nie można uznać, że p. M.A. był kierownikiem robót drogowych na zadaniu „Budowa obwodnicy m. Szubina” od początku do końca realizacji tego przedsięwzięcia budowlanego, a zatem Konsorcjum Trakcja nie spełnia w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że kontrakt ten jest jedynym przedsięwzięciem wskazanym w ofercie Konsorcjum na potwierdzenie spełnienia warunku sformułowanego w punkcie 6.1.3 SIWZ, wymaganego od Kierownika budowy.

W ocenie Odwołującego, wskazanie w ofercie, iż osobą posiadającą wymagane w SIWZ doświadczenie zawodowe w zakresie warunku dotyczącego kierownika robót branży drogowej jest p. M.A. przy jednoczesnym oświadczeniu, iż oferta Konsorcjum Trakcja spełnia warunki udziału w postępowaniu, stanowi złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przetargowego.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, które dotyczy nieprawdziwych informacji w ofercie i które analizuje przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w kontekście postanowień tzw. „dyrektywy klasycznej”, dla wykluczenia wykonawcy na konieczne jest stwierdzenie, iż:

- 1) wykonawca złożył nieprawdziwe informacje;
- 2) stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania,
- 3) wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

W zakresie nieprawdziwych informacji dyrektywa klasyczna odwołuje się do winy wykonawcy, jednakże nie sposób przyjąć, że wina zawężona jest tu wyłącznie do winy umyślnej (w zamiarze bezpośrednim czy ewentualnym). Przeciwnie, pojęcie to obejmuje każdą postać winy, w tym również niedbalstwo wykonawcy, jak słusznie wskazała Izba w wyroku KIO 1/16.

Kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń składanych wraz z ofertą w postępowaniu przetargowym niewątpliwie należy analizować mając na względzie treść art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 Pzp. Konsorcjum Trakcja nie dochowało wymaganej od niego jako profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego staranności w działaniu i co najmniej na skutek niedbalstwa złożyło nieprawdziwą informację w zakresie potencjału kadrowego wymaganego przez Zamawiającego. Wykonawca ten uczestniczył w pięciu postępowaniach przetargowych ogłoszonych w tym roku przez Zamawiającego, w których warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego został sformułowany i wyjaśniony analogicznie, jak w tym postępowaniu. Zatem nie może być mowy o błędnej interpretacji SIWZ i odpowiedzi przez wykonawcę.

Skoro p. M.A. został zatrudniony w Skanska po rozpoczęciu robót na wskazanym kontrakcie, a dodatkowo zaczął pełnić funkcję kierownika budowy niemal dwa miesiące po rozpoczęciu robót, to nie można powiedzieć, że informacja w ofercie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu jest informacją prawdziwą, co miało bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W ocenie Odwołującego, podpisując składane oferty p. M.A. powinien weryfikować prawdziwość składanych w nich oświadczeń tym bardziej, iż jedno z nich dotyczyło jego samego. Pan M.A. wiedział, w jakim okresie pełnił funkcję kierownika robót branży drogowej na tym kontrakcie i powinien ocenić, że doświadczenie zdobyte w ramach „Budowy obwodnicy m. Szubina” nie spełnia postawionego w niniejszym postępowaniu warunku. Pomimo tego p. M.A. podpisał tak sformułowaną ofertę.

Jednocześnie, ustawa Pzp nie przewiduje możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i obowiązku wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych.

Zarzut złożenia przez Konsorcjum Trakcja oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz niezasadnego przyjęcia przez Zamawiającego wyjaśnień Konsorcjum w zakresie ceny oferty za rzetelne i udowodnione.

Za wykonanie przedmiotu zamówienia Zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Z uwagi na powyższe, zgodnie z pkt. 18 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny oferty, Zamawiający wymagał, aby cena oferty została wyliczona w oparciu o Kosztorysy ofertowe na formularzach Kosztorysów Ofertowych. Kosztorysy ofertowe, składane wraz z ofertą należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w nich pozycji. Wykonawca miał określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Formularzach kosztorysów ofertowych.

W postępowaniu oferty złożyło 11 wykonawców. Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 99.328.179,52 zł netto. Cena oferty najkorzystniejszej wyniosła 57.937.962,73 zł netto i była o 41,67% niższa od szacunkowej wartości zamówienia i o 29,42% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Pismem z dnia 05.09.2016 r. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający zwrócił do Konsorcjum Trakcja o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ze względu na utajnienie złożonej informacji w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołujący nie mógł się zapoznać z tymi wyjaśnieniami. W ocenie Odwołującego, następujące okoliczności uzasadniają postawione w odwołaniu zarzuty.

Analiza kosztorysu ofertowego Konsorcjum Trakcja pozwala przyjąć, iż wykonawca zaoferował w niektórych pozycjach kosztorysu ofertowego ceny tak niskie, że nie da się obronić twierdzenia, że cena tej oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy, w oparciu o rynkowe stawki i zawiera całość kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, w ww. ofercie dokonano nieuzasadnionej inżynierii cenowej, pod którą kryje się zamiar niewykonania części przedmiotu zamówienia lub wykonania niezgodnie z założeniami przyjętymi w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący przedstawił wyciąg z kosztorysu ofertowego Konsorcjum Trakcja wskazujący wybrane pozycje kosztorysu, które budzą wątpliwości co do rzetelności ich skalkulowania na każdym z odcinków przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, co następuje:

A. Podbudowa z mieszanki niezwiązanej C90/3 frakcji 0/31.5mm gr. 20cm

Konsorcjum Trakcja skalkulowało cenę za warstwę podbudowy z mieszanki niezwiązanej C90/3 frakcji 0/31,5mm gr. 20 cm w całym kosztorysie ofertowym w ten sam sposób, wyceniając ją na poziomie 4,40 PLN/m², co w przeliczeniu na m³ daje wartość 22,00 PLN/m³.

Cenę ww. pozycji kosztorysowych należy uznać za rażąco niską ze względu na fakt, iż nie pokrywa ona nawet ceny materiału wsadowego, jaki należy kupić do wykonania tejże warstwy. W konsekwencji, całkowitą cenę oferty Konsorcjum również należy uznać za rażąco niską.

Analiza cen materiałów dostępnych na rynku wskazuje, iż cena jednostkowa tony materiału spełniającego parametry określone przez Zamawiającego oscyluje w okolicy 44,00-46,00 PLN/t. Odwołujący załączył oferty uzyskane z rynku na etapie oferowania w zakresie ceny mieszanki niezwiązanej 0/31,5 o stopniu przekruszenia C90/3. Przyjmując za miarodajną najniższą ofertę dla materiału wsadowego niezbędnego do wykonania analizowanej pozycji kosztorysowej, na poziomie 44,00 PLN/t (loco port w Gdańsku) oraz gęstość wbudowanej mieszanki równą 2,30 t/m³ uzyskuje się następującą wartość materiału w przeliczeniu na m³: $44,0 \text{ PLN/t} \times 2,30 \text{ t/m}^3 = 101,20 \text{ PLN/m}^3$.

Zgodnie z kosztorysem ofertowym grubość warstwy to 20cm, z czego otrzymujemy wynikowo cenę za m² samego materiału dla warstwy podbudowy niezwiązanej C90/3 gr.20cm: $101,20 \text{ PLN/m}^3 \times 0,20\text{m} = 20,24 \text{ PLN/m}^2$

Jak wynika z powyższego, sam materiał wsadowy do wykonania warstwy podbudowy z mieszanki niezwiązanej C90/3 frakcji 0/31,5mm kosztuje ponad 4-krotnie więcej niż cena jednostkowa zaproponowana przez Konsorcjum. Ponadto cena jednostkowa oprócz samego materiału powinna zawierać zgodnie z SST D-04.Ó4.02 pkt 9.2 między innymi koszt także innych wymaganych czynności (prace pomiarowe i roboty przygotowawcze, oznakowanie prowadzonych robót, itd.) związane bezpośrednio z wykonaniem podbudowy z mieszanki niezwiązanej.

Średni koszt rozłożenia i zagęszczenia warstwy podbudowy z mieszanki niezwiązanej to około 3,50 PLN/m². Odwołujący załączył wyciąg z umów podwykonawczych na wykonanie ww. asortymentu robót dla tego Zamawiającego o takim samym stopniu skomplikowania. Oczyszczenie i skropienie wg SST D.04.03.01 to koszt, który można skalkulować na wartość około 2,50 PLN/m². Odwołujący przedstawił kalkulację własną bazującą na aktualnej cenie materiału z SEKOCENBUD III kwartał 2016 oraz cenie robocizny i sprzętu kalkulowanej przy założeniu wykonania w siłach własnych.

Wartość łączna tej pozycji, nie wliczając pozostałych ww. składowych kosztów, powinna wynosić minimum 26,24 PLN/m². Porównanie jej do ceny zaoferowanej w tym zakresie przez Konsorcjum (4,40 PLN/m²) jednoznacznie wskazuje na nierzetelną wycenę tej pozycji przez Konsorcjum Trakcja, co przenosi się na nierzetelną kalkulację całej ceny oferty.

Na podstawie powyższej analizy można stwierdzić, że łączne niedoszacowanie oferty w zakresie tej pozycji wynosi 5.330.700,65 PLN netto.

Z analizy kosztorysów ofertowych Konsorcjum Trakcja składanych w innych prowadzonych przez Zamawiającego przetargach wynika, że cena jednostkowa zaoferowana przez Konsorcjum za ten asortyment robót, wynosiła odpowiednio:

- DW 214 Łeba - Białogarda - 30,80 PLN/m²,
- DW 188 Człuchów - Debrzno - 23,54 PLN/m²,
- DW 222 Gdańsk - Starogard Gdański - 4,40 PLN/m².

Odwołujący załączył również oferty na mieszankę niezwiązaną C90/3 z postępowań pod nazwą „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 214 na odcinku Łeba - Białogarda wraz z budową obwodnicy w m. Wicko” oraz „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 188 na odcinku Człuchów - Debrzno” oraz ofertę w zakresie kosztów transportu.

Powyższe wyliczenie pokazuje i uzasadnia zdaniem Odwołującego zarzut, iż wskazana cena jednostkowa została skalkulowana w sposób oderwany do rzeczywistych kosztów wykonania, co przesądza za uznaniem za słuszny zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 Pzp. Nierynkowa kalkulacja ceny jednostkowej tego asortymentu robót przekłada się na całą cenę oferty w sposób oczywisty, albowiem niedoszacowanie tej pozycji kosztorysu w odniesieniu do cen rynkowych wynosi ponad 5.000.000 złotych. Potwierdza powyższe także porównanie ceny jednostkowej wykonania mieszanki niezwiązanej C90/3 frakcji 0/31,5mm gr. 20cm zaoferowanej przez wykonawców zajmujących pozycje 2-8. Średnia cena jednostkowa wyliczona z tych ofert wynosi: 20,62 PLN/m², a zatem cena w ofercie Konsorcjum Trakcja, tj. 4,40 PLN/m² stanowi jedynie 21,3%.

B. Podbudowa z mieszanki niezwiązanej C50/30 frakcji 0/31,5mm gr. zmienna

Konsorcjum Trakcja skalkulowało cenę za warstwę podbudowy z mieszanki niezwiązanej C50/30 frakcji 0/31,5mm gr. zmiennej w całym kosztorysie ofertowym, w ten sam sposób, niezależnie od grubości warstwy. Roboty te zostały wycenione odpowiednio:

- gr. 15cm - 3,00 PLN/m²,
- gr. 20cm - 4,00 PLN/m²,
- gr. 25cm - 5,00 PLN/m²,
- gr. 40cm - 8,00 PLN/m²,

co każdorazowo w przeliczeniu na m³ daje wartość 20,00 PLN/m³.

Warstwy z mieszanki niezwiązanej C50/30 frakcji 0/31,5mm zostały zaprojektowane zarówno jako ulepszone podłoże zgodnie z SST D.02.03.01.e, jak również jako podbudowa z kruszywa niezwiązanego, zgodnie z SST D.04.04.02. Analizując zapisy poszczególnych SST należy zauważyć, że parametry materiału C50/30 określono w ten sposób niezależnie od warstwy, w której się znajduje. Jest to co do zasady ten sam materiał. Analiza cen materiałów dostępnych na rynku wskazuje, iż cena jednostkowa tony materiału spełniającego ww. parametry oscyluje w okolicy 41,00-43,00 PLN/t. Odwołujący załączył oferty uzyskane przez Skanska na etapie przygotowania oferty. Przyjmując za miarodajną najniższą ofertę dla materiału niezbędnego dla wykonania ww. pozycji kosztorysu za cenę 41,00 PLN/t (loco Mirowo) oraz gęstość wbudowanej mieszanki równą 2,30 t/m³ uzyskujemy następującą wartość materiału w przeliczeniu na m³: 41,00 PLN/t x 2,30 t/m³ = 94,30 PLN/m³. Cena za m² samego materiału dla warstwy podbudowy niezwiązanej C50/30 dla każdej z występujących grubości w kosztorysie ofertowym stanowi zatem następującą wartość:

- gr. 15cm: 94,30 PLN/m³ x 0,15m = 14,15 PLN/m²
- gr. 20cm: 94,30 PLN/m³ x 0,20m = 18,86 PLN/m²
- gr. 25cm: 94,30 PLN/m³ x 0,25m = 23,58 PLN/m²
- gr. 40cm: 94,30 PLN/m³ x 0,40m = 37,72 PLN/m²

Jak wynika z powyższego, sam materiał wsadowy do wykonania warstwy ulepszonego podłoża oraz podbudowy z mieszanki niezwiązanej C50/30 frakcji 0/31,5mm kosztuje ponad 4-krotnie więcej niż cena jednostkowa zaproponowana przez Konsorcjum Trakcja. Ponadto, cena jednostkowa oprócz samego materiału powinna zawierać, zgodnie z przywołanymi wcześniej SST, między innymi koszty dodatkowych niezbędnych czynności związanych bezpośrednio z wykonaniem ulepszonego podłoża lub podbudowy z mieszanki niezwiązanej. Średni koszt rozłożenia i zagęszczenia warstwy ulepszonego podłoża lub podbudowy z mieszanki niezwiązanej C50/30 to około 3,50 PLN/m².

Wartość łączna tych pozycji, nie wliczając nawet pozostałych, wyżej wymienionych składowych, powinna wynosić minimum:

- dla gr. 15cm: $14,15 + 3,50 = 17,65$ PLN/m²
- dla gr. 20cm: $18,86 + 3,50 = 22,36$ PLN/m²
- dla gr. 25cm: $23,58 + 3,50 = 27,08$ PLN/m²
- dla gr. 40cm: $37,72 + 3,50 = 41,22$ PLN/m²

Porównując ją do ceny zaoferowanej przez Konsorcjum daje to następujące różnice do ceny rynkowej w zależności od grubości:

- dla gr. 15cm: $17,65 - 3,00 = 14,65$ PLN/m²
- dla gr. 20cm: $22,36 - 4,00 = 18,36$ PLN/m²
- dla gr. 25cm: $27,08 - 5,00 = 22,08$ PLN/m²
- dla gr. 40cm: $41,22 - 8,00 = 33,22$ PLN/m²

co jednoznacznie wskazuje na nierzetelną wycenę tej pozycji przez Konsorcjum Trakcja, która to cena ma znamiona ceny rażąco niskiej.

Na podstawie powyższej analizy można stwierdzić, że łączne niedoszacowanie oferty w zakresie tej pozycji wynosi 8.040.019,86 PLN netto, co odpowiada sumie powierzchni do wykonania na odcinkach A-E pomnożonej przez różnicę pomiędzy minimalną ceną materiału a wartością pozycji w kosztorysie ofertowym dla każdej z pozycji.

Odwołujący przedstawił porównanie ww. cen jednostkowych z kosztorysów ofertowych Konsorcjum Trakcja składanych w równoległe prowadzonych przetargach na taki sam przedmiot zamówienia oraz załączył oferty na mieszankę niezwiązaną C50/30 z budowy DW188, z których wynika, że cena materiału loco budowa przy założeniu transportu mieszanki w cenie 0,23 PLN/tkm na budowę wynosi:

- DW188 Człuchów - Debrzno - 52,00 PLN/t loco budowa
- DW222 Gdańsk - Starogard Gdański – 41 PLN/t loco Mirowo + średnio 13km x 0,23PLN/tkm = 44,00 PLN/t loco budowa,

przy czym oferta na mieszankę niezwiązaną C50/30 na DW 188 nie uwzględnia wynegocjowanego na potrzeby kontraktu rabatu.

Z powyższego porównania wynika, iż cena materiału wsadowego do wykonania mieszanki niezwiązanej C50/30 zaoferowana przez Konsorcjum Trakcja różni się od ceny na zadanie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 188 na odcinku Człuchów - Debrzno” o około 8,00 PLN/t, co przekłada się odpowiednio na ceny jednostkowe warstw gr 15cm i 20cm.

Biorąc pod uwagę fakt, iż ww. postępowanie obejmuje przebudowę drogi wojewódzkiej takiej samej klasy o zbliżonych parametrach technicznych oraz takim samym stopniu skomplikowania robót do wykonania, cena jednostkowa tego asortymentu robót powinna różnić się jedynie kosztem materiału z dostawą na budowę.

Nierynkowa kalkulacja ceny jednostkowej tego asortymentu robót przekłada się na całą cenę oferty w sposób oczywisty, albowiem niedoszacowanie tej pozycji kosztorysu w odniesieniu do cen rynkowych wynosi ponad 8.000.000 złotych.

c. Podbudowa z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym - mieszanka związana cementem C3/4 o gr. 18 cm

Konsorcjum Trakcja skalkulowało cenę za warstwę podbudowy z mieszanki związanej cementem C3/4 o gr. 18 cm w całym kosztorysie ofertowym, w ten sam sposób, wyceniając ją na poziomie 5,80 PLN/m², co w przeliczeniu na m³ daje wartość 32,22 PLN/m³. Cenę ww. pozycji kosztorysowych, a w konsekwencji całą cenę oferty należy uznać za rażąco niską ze względu na fakt, iż nie pokrywa ona nawet ceny materiału wsadowego, jaki należy kupić do wykonania tejże warstwy.

Analiza cen materiałów dostępnych na rynku wskazuje, iż cena jednostkowa tony cementu spełniającego ww. parametry (CEM II 32,5) oscyluje w okolicy 235,00-260,00 PLN/t. Odwołujący załączył oferty uzyskane z rynku na etapie oferowania w zakresie ceny cementu. Przyjmując za miarodajną najniższą ofertę pochodzącą od Lafarge Kruszywa i Beton Sp. z o.o., na poziomie 235,00 PLN/t (loco budowa), gęstość wbudowanej mieszanki równą 2,10 t/m³ oraz procentowy udział cementu w mieszance związanej cementem C3/4 około 8%, uzyskujemy wartość cementu w przeliczeniu na m³: $235,00 \text{ PLN/t} \times 2,1 \text{ t/m}^3 \times 8\% = 39,48 \text{ PLN/m}^3$

Zgodnie z kosztorysem ofertowym grubość warstwy to 18cm, z czego otrzymujemy wynikowo cenę za m² samego cementu dla warstwy podbudowy z mieszanki związanej cementem C3/4 gr. 18cm: $39,48 \text{ PLN/m}^3 \times 0,18 \text{ m} = 7,11 \text{ PLN/m}^2$.

Jak wynika z powyższego, sam cement do wykonania warstwy podbudowy z mieszanki związanej C3/4 kosztuje więcej, niż cena jednostkowa całej pozycji zaoferowana przez Konsorcjum. Ponadto, cena jednostkowa oprócz samego materiału powinna zawierać zgodnie z przywołaną wcześniej SST także koszty dodatkowych czynności, związanych bezpośrednio z wykonaniem warstwy związanej cementem. Średni koszt rozłożenia i zagęszczenia warstwy związanej cementem, jak już to wykazano w przypadku analizy dla pozycji oznaczonej lit. A i B odwołania to około 3,50 PLN/m².

Wartość łączna tej pozycji, nie wliczając nawet pozostałych składowych, powinna wynosić minimum 10,61 PLN/m² (7,11+3,50). Porównując ją do wartości zaoferowanej w tym zakresie przez Konsorcjum (5,80 PLN/m²) daje to różnicę na poziomie 4,81 PLN/m², co jednoznacznie wskazuje na nierzetelną wycenę tej pozycji, a co za tym idzie - całej ceny oferty.

Jeszcze większe wątpliwości może wzbudzać fakt, iż ta sama warstwa konstrukcyjna, tylko mniejszej grubości (15cm) wyliczona w kosztorysie ofertowym, tj. na odcinku B poz. 36KO, na odcinku C poz.31KO, na odcinku D poz. 41KO, na odcinku D poz. 40KO ma wartość większą (6,43 PLN/m²) niż wartość przedmiotowej warstwy gr. 18cm (5,80 PLN/m²), co świadczy o tym, że co najmniej cena warstwy o grubości 18cm została skalkulowana w sposób nieprawidłowy, a w konsekwencji - całą cenę oferty.

Z powyższej analizy wynika, że łączne niedoszacowanie oferty w zakresie tej pozycji wynosi 778.830,39 złotych netto, co odpowiada sumie powierzchni do wykonania na odcinkach A-D (161 919,00 m²) pomnożonej przez różnicę pomiędzy minimalną ceną cementu a wartością pozycji w kosztorysie ofertowym dla tej pozycji (10,61 - 5,80 = 4,81 PLN/m²).

Odwołujący przedstawił analizę kosztorysów ofertowych Konsorcjum Trakcja składanych w równoległe prowadzonych przetargach na taki sam przedmiot zamówienia oraz załączył oferty na cement do produkcji mieszanki związanej C3/4 z postępowania pod nazwą „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 188 na odcinku Człuchów - Debrzno”, z którego wynika, że cena cementu loco budowa wynosi:

- DW188 Człuchów - Debrzno - 229,00 PLN/t loco budowa
 - DW222 Gdańsk - Starogard Gdański - 235,00 PLN/t loco budowa
- Jednocześnie dla porównania Odwołujący wskazał, że cena tony cementu wg Sekocenbud (III kw. 2016) wynosi 331,98 PLN/t.

Z powyższego porównania wynika, iż cena materiału wsadowego do wykonania mieszanki związanej C3/4 zaoferowana przez Konsorcjum Trakcja różni się od ceny na zadanie Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 188 na odcinku Człuchów – Debrzno o około 6,00 PLN/t, co przekłada się odpowiednio na cenę jednostkową warstwy gr. 18cm: 6,00 PLN/t x 2,1t/m³ x 8% = 1,01 PLN/m². Nierynkowa kalkulacja ceny jednostkowej tego asortymentu robót przekłada się na całą cenę oferty, albowiem niedoszacowanie tej pozycji kosztorysu w odniesieniu do cen rynkowych wynosi ponad 700.000 złotych.

Porównując cenę jednostkową wykonania mieszanki związanej cementem C3/4 gr. 18cm zaoferowaną przez wykonawców zajmujących pozycje 2-8 również jednoznacznie można stwierdzić, że cena Konsorcjum Trakcja za ten asortyment robót, a co za tym idzie cała cena oferty, jest ceną rażąco niską. Średnia cena jednostkowa wyliczona spośród ofert zajmujących pozycje 2-8 wynosi: 14,56 PLN/m². Cena przedmiotowej pozycji w ofercie Konsorcjum Trakcja, tj. 5,80 PLN/m² i stanowi jedynie 39,8% wartości ze średniej pozostałych ofert.

Sposób kalkulacji ceny jednostkowej w pozycjach KO wskazuje na zamiar niewykonania lub znacznego ograniczenia tych asortymentów robót na etapie realizacji kontraktu. Wszystkie ww. ceny jednostkowe są bowiem skalkulowane znacznie poniżej kosztów ich wykonania, a w konsekwencji należy stwierdzić, że cena oferty nie obejmuje wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, nie przypadkowo rażąco nisko zostały wycenione te pozycje KO, gdyż są one ze sobą technologicznie powiązane - nierealna wycena robót rozbiórkowych w pozycjach 8KO na odcinku A, 8KO na odcinku B, 8KO na odcinku C oraz 9KO na odcinku D świadczy o zamiarze niewykonania tego asortymentu robót, a co za tym

idzie niewykonania dolnych warstw konstrukcji nawierzchni, tj. warstw ulepszonego podłoża oraz podbudów z mieszanek związanych i niezwiązanych (w zakresie jak określone w tabeli na wstępie niniejszego odwołania) zgodnie z dokumentacją projektową, lecz realizacji innego rozwiązania technicznego nieobjętego projektem.

Różnica pomiędzy ceną oferty Konsorcjum Trakcja a cenami kolejnych ofert jest ogromna, a wartość zaniżonych w stosunku do cen rynkowych pozycji kosztorysowych powoduje, że oferta Konsorcjum Trakcja - gdyby została właściwie przygotowana - byłaby łącznie o około 14.000.000,00 PLN wyższa, co spowodowałoby, że nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Sztuczne i nie znajdujące odzwierciedlenia w realiach rynkowych ukształtowanie cen jednostkowych dla wskazanych w odwołaniu asortymentów robót spowodowało obniżenie ceny oferty, umożliwiając pozyskanie zamówienia.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że pozostałe koszty wykonania asortymentów robót opisanych w odwołaniu nie mogą znajdować się w żadnej innej pozycji kosztorysu. Pozostałe asortymenty robót, które są powiązane w sposób funkcjonalny z omawianymi pozycjami kosztorysu, nie zostały wycenione w sposób znacznie odbiegający od realiów rynkowych. Jednocześnie koszty te nie mogą być skalkulowane w kosztach ogólnych oferty, albowiem te zostały określone na jedynie 250.000 złotych.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż wyjaśnienie merytoryczne Konsorcjum Trakcja w zakresie elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę ma zaledwie 2,5 strony. Trudno zatem przyjąć, iż Konsorcjum w sposób właściwy i rzetelny wykazało, iż zaoferowana cena oferty nie ma znamion ceny rażąco niskiej. Zamawiający nie powinien przyjmować tak skrótowych wyjaśnień. Obowiązkiem wykonawcy było przedstawienie w sposób maksymalnie szczegółowy, w jaki sposób skalkulował cenę oferty i jakie okoliczności wpłynęły na to, że została ona zaoferowana na tak korzystnym poziomie.

W ocenie Odwołującego, niektóre z pozycji kosztorysowych oferty Konsorcjum Trakcja winny wzbudzić szczególne zainteresowanie Zamawiającego w kontekście badania, czy cena tej oferty nie jest ceną rażąco niską. Z uwagi na przyjęty w przedmiotowym postępowaniu sposób obliczania ceny oferty, jak również ustalone zgodnie z umową na potrzeby wykonania zamówienia wynagrodzenie kosztorysowe, uprawniony jest w ocenie Odwołującego zarzut, że nierzeczywista, nierynkowa i niemająca uzasadnienia biznesowego kalkulacja cen jednostkowych ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny całości oferty Odwołującego, jako obarczonej rażąco niską ceną i zarzutem czynu nieuczciwej konkurencji. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pojęcie rażąco niskiej ceny uzasadniającej odrzucenie oferty coraz częściej wiązane jest z pojęciem rażąco niskiej ceny jednostkowej przede wszystkim w przypadku przyjęcia w zakresie sposobu rozliczenia zamówienia wynagrodzenia kosztorysowego, tak jak w tym przypadku.

Wynika to dodatkowo z faktu, że w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego cena oferty ma charakter szacunkowy, ostateczna cena jest bowiem wynikiem ilości wykonanych rzeczywiście robót i wiążących, stałych cen jednostkowych.

Analiza wartości poszczególnych pozycji Kosztorysu ofertowego jest także istotna z punktu widzenia podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Oferta Konsorcjum wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji opisanego zarówno w art. 3 ust. 1, jak i w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Opisane wyżej działania Konsorcjum Trakcja wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. We wskazanych pozycjach kosztorysu ofertowego zaproponowane ceny za wykonanie poszczególnych jednostek prac (asortymentów robót) są niewystarczające na pokrycie ceny samego tylko materiału koniecznego do ich wykonania. Manipulowanie ceną jednostkową powoduje zaś, że wartość ostatecznie ustalonego wynagrodzenia nie odpowiada wartości wykonanych prac. Nierzeczywiste, zaniżone koszty wykonania poszczególnych prac, które nie przekładają się na ich wartość w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego powodują, że wykonawca kształtuje cenę jedynie w celu uzyskania zamówienia, a nie w odniesieniu do zakresu robót jakie powinny być wycenione.

Na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp, Odwołujący zastrzegł załączniki określone w grupie II załączników (załączniki merytoryczne) jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 6 października 2016 r. wykonawca Trakcja PRKiL S.A., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 11 października 2016 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może być podnoszony samodzielnie lecz w związku z naruszeniem innych przepisów ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego, zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Trakcja z postępowania i zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jest niezasadny, gdyż złożone przez Konsorcjum Trakcja oświadczenie nie zawiera informacji nieprawdziwych. Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zostało sporządzone stosownie do treści pkt 6.1.3 SIWZ. Zamawiający oświadczył, iż nie zaprzecza, że w świetle postanowień SIWZ, w tym odpowiedzi na pytanie nr 23, kryterium dotyczące doświadczenia kierownika budowy nie zostało spełnione przez Konsorcjum Trakcja, co wynika z dokumentacji, takiej jak świadectwo pracy oraz polecenie rozpoczęcia robót. Jednakże nie ma podstaw do stwierdzenia że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje. Oświadczenie

o spełnianiu warunku w zakresie potencjału osobowego zostało sporządzone i załączone do oferty w ujęciu takim, jak zostało zawarte w SIWZ. W oświadczeniu wykonawca nie wskazał, że doświadczenie p. M.A. obejmuje realizację całości zadania, tj. od daty rozpoczęcia robót do daty ich zakończenia. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że Konsorcjum Trakcja złożyło kwestionowane oświadczenie w sposób celowy, zamierzony i w pełni zawiniony.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, iż oferta Konsorcjum Trakcja zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że oszacował wartość zamówienia na kwotę 99 328 179,52 PLN (netto). Jednak wycena ta często różni się od cen ofert złożonych w postępowaniu, co jest widoczne także w tym przypadku. Dlatego też Zamawiający powinien również opierać się na średniej cen złożonych ofert. Oferta Konsorcjum Trakcja stanowi 70,48% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert i 81% ceny oferty Odwołującego.

W związku z tym że cena oferty Konsorcjum Trakcja wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, ww. wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Złożone wyjaśnienia Zamawiający uznał za wiarygodne. Zamawiający wziął także pod uwagę możliwość przeszacowania zamówienia, o czym świadczy poziom cen wszystkich ofert – średnia arytmetyczna tych cen. Twierdzenia Odwołującego, iż cena tej oferty jest rażąco niska nie zostały udowodnione. Odwołujący porównuje ceny jednostkowe zawarte w złożonej przez Konsorcjum Trakcja ofercie do ceny z ofert złożonych w innych postępowaniach, co nie stanowi dowodu na wskazaną okoliczność.

Ponadto, kategorie rażąco niskiej ceny należy odnosić do ceny oferty za cały przedmiot zamówienia, a nie do poszczególnych jej składników. Przeprowadzona w odwołaniu kalkulacja odnosząca się do cen jednostkowych podbudowy z mieszanki niezwiązanej C90/3 frakcji 0/31,5 mm gr 20cm, oparta na aktualnej cenie materiału z SEKOCENBUD III kwartał 2016 r. oraz cenie robocizny i sprzętu, kalkulowanej przy założeniu wykonania o siłach własnych, wynosi 26,24 zł. Odpowiednia cena jednostkowa w ofercie Odwołującego wynosi 15 zł/m², co stanowi 57,16% ceny skalkulowanej w odwołaniu. Powyższe potwierdza, że przedstawiona w odwołaniu kalkulacja nie stanowi rzetelnego odniesienia do ceny oferty Konsorcjum Trakcja. Zamawiający wskazał na także inne pozycje kosztorysu ofertowego Odwołującego, w których Odwołujący popełnił tego samego typu nieprawidłowości, które zostały przez Odwołującego przemilczane.

Zamawiający wskazał również, że nawet stwierdzenie rażąco niskiej ceny w ofercie nie powoduje automatycznie, że mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Odwołujący nie udowodnił, że złożona przez Konsorcjum Trakcja oferta obejmuje świadczenie poniżej kosztów wytworzenia. Nie wskazał też żadnych merytorycznych argumentów na poparcie swoich twierdzeń.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłoszone przez wykonawcę Trakcja PRKil S.A. zostało uznane przez Izbę za nieskuteczne. Przystąpienie zgłosił wykonawca Trakcja PRKil S.A., który nie jest samodzielnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ofertę w postępowaniu złożyło Konsorcjum Trakcja składające się z dwóch członków konsorcjum. Przystąpienie zgłoszone przez Trakcja PRKil S.A. nie zawiera żadnej informacji czy choćby wzmianki o tym, że podmiot ten, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego, występuje w charakterze pełnomocnika/lidera ww. konsorcjum. Dodatkowo, nie załączono do przystąpienia pełnomocnictwa konsorcjalnego dla lidera. Przystąpienie nie spełnia zatem przesłanek, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Ponadto, pełnomocnicy Spółki Trakcja PRKil S.A. zostali umocowani wyłącznie do reprezentacji ww. Spółki, która w treści udzielonych pełnomocnictw została wskazana jako „Mocodawca”, a nie jako pełnomocnik ww. konsorcjum.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Trakcja z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 oraz uznania oferty Konsorcjum za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Izba ustaliła, że Zamawiający określił w SIWZ (pkt 6.1.3) warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym osobą pełniącą funkcję kierownika budowy. Zamawiający wymagał, aby osoba desygnowana do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadała doświadczenie na stanowisku Kierownika budowy przy realizacji 1 przedsięwzięcia polegającego na budowie lub przebudowie drogi publicznej klasy nie niższej niż G, w tym co najmniej jednego kontraktu o wartości robót nie mniejszej niż 30 000 000,00 PLN netto lub posiadać doświadczenie na stanowisku Kierownika robót branży drogowej przy realizacji

1 przedsięwzięcia polegającego na budowie lub przebudowie drogi publicznej klasy nie niższej niż G, w tym co najmniej jednego kontraktu o wartości robót nie mniejszej niż 50 000 000,00 PLN netto.

Nie był sporny pomiędzy stronami fakt, że powyższy warunek należy interpretować zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi z dnia 17 marca 2016 r. na pytanie nr 23 jednego z wykonawców, tj. że „osoby wskazane do pełnienia funkcji kierownika budowy i kierownika robót winny posiadać wskazane w pkt 6.1.3 SIWZ doświadczenie przez cały okres trwania przedsięwzięcia opisanego w warunku”.

Zgodnie z treścią pkt. 7.2.4 SIWZ, w celu wykazania spełniania ww. warunku należało przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia („Potencjał kadrowy”), na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 6 do Rozdziału II, wraz z informacjami na temat zakresu wykonywanych przez nie czynności, uprawnień, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych dla wykonania zamówienia wymaganymi dla oceny spełniania warunku, o którym mowa w pkt 6.1.3 SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców).

Konsorcjum Trakcja załączyło do złożonej oferty, na potwierdzenie spełnienia ww. warunku w zakresie potencjału kadrowego, oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (str. 10 oferty) oraz wykaz osób (str. 37 oferty), w formie wypełnionego załącznika nr 6 do Rozdziału II SIWZ, w którym wskazano, jako kierownika budowy, p. M.A..

Wykazując doświadczenie p. M.A., Konsorcjum Trakcja podało, że osoba ta pełniła funkcję kierownika robót branży drogowej na podstawie umowy o pracę w zadaniu „Budowa obwodnicy m. Szubina”. Wskazano, że ww. osoba „posiada doświadczenie na stanowisku Kierownika robót branży drogowej przy realizacji jednego przedsięwzięcia polegającego na budowie drogi publicznej klasy nie niższej niż Z, o wartości robót powyżej 40 000 000,00 PLN netto”. Wskazano jednocześnie wartość ww. zamówienia w wysokości 50 900 000,00 PLN netto i klasę drogi – S.

Wykonawcą zadania nazwanego w ofercie Konsorcjum Trakcja jako „Budowa obwodnicy m. Szubina”, w rzeczywistości Kontraktu Nr 609 „Budowa obwodnicy Szubina w ciągu drogi krajowej Nr 5 Bydgoszcz - Poznań od km 64+100 do km 69+835” na podstawie umowy z dnia 6 października 2004 roku był Odwołujący - Skanska S.A. Z treści umowy, jak i referencji wystawionych przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy wynika, iż roboty na tym zadaniu rozpoczęto w dniu 3 listopada 2004 r.

Z informacji udzielonej przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy z dnia 6 września 2016 r. wynika, że p. M.A. w ramach ww. kontraktu był kierownikiem robót drogowych w rozumieniu prawa budowlanego w okresie od 27.12.2004 r. do 30.06.2006 r. P. M.A. został zatrudniony na stanowisku kierownika budowy na podstawie umowy o pracę z dnia 8 listopada 2004 r.

Z przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie Dziennika budowy prowadzonego dla powyższej inwestycji wynika, że pierwszy wpis dokonany w tym Dzienniku budowy przez p. M.A. został dokonany w dniu 27 grudnia 2004 r. Pan M.A., składając zeznania w charakterze świadka na rozprawie potwierdził okoliczność, że do tego dnia pełnił funkcję „majstra”, a formalnie mógł pełnić obowiązki kierownika robót z możliwością wpisania się do Dziennika budowy, wobec braku zgłoszenia zastrzeżeń przez Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego, tj. od dnia 27 grudnia 2004 r. tj. już po rozpoczęciu robót drogowych. Dziennik budowy Tom I Roboty drogowe - został wydany w dniu 26 października 2004 r. Pierwszy wpis w ww. Dzienniku budowy w zakresie robót drogowych został dokonany w dniu 29 października 2004 r.

Mając na względzie powyższe, nie można uznać, że p. M.A. był kierownikiem robót drogowych na zadaniu „Budowa obwodnicy m. Szubina” od początku realizacji tego przedsięwzięcia budowlanego, a zatem należy uznać, że Konsorcjum Trakcja nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Taką ocenę wyraził także sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, co oznacza de facto przyznanie zasadności zarzutu niewykazania spełnienia przez Konsorcjum Trakcja warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnym do wykonania zamówienia.

W ocenie Izby, w ustalonym stanie faktycznym nie potwierdził się jednak zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 i art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Trakcja z postępowania i zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą ze względu na złożenie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie, że osobą posiadającą wymagane doświadczenie zawodowe, wymagane od kierownika robót branży drogowej jest p. M.A. przy jednoczesnym oświadczeniu, iż Konsorcjum Trakcja spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp powinna być dokonywana w kontekście brzmienia art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem, z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. Przepis ten wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego.

Hipoteza przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego,

o którym mowa w przepisie dyrektywy, odpowiada przesłanka wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania określona w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przepis art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu jednak od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wyrażane jest także stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

W ocenie Izby, niewątpliwie wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania wykonawcy winy. Wina może mieć postać winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego) lub nieumyślnej (lekkomyślności lub niedbalstwa). Zatem, aby wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, należy stwierdzić, że dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, co stanowiło poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a ponadto, że wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Izba podziela pogląd, iż kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń składanych wraz z ofertą w postępowaniu przetargowym niewątpliwie należy analizować mając na względzie treść art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 Pzp.

Biorąc pod uwagę dany stan faktyczny, Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożone przez Konsorcjum Trakcja nie zawiera nieprawdziwych informacji. Okoliczność przeciwna, tj. że ww.

wykonawca w ogóle nie spełnia warunków udziału w postępowaniu nie została bowiem przez Odwołującego udowodniona.

W odniesieniu natomiast do treści zawartej w złożonym przez Konsorcjum Trakcja wykazie osób, Odwołujący nie wskazał wprost informacji, tam zawartej, która byłaby niezgodną z rzeczywistym stanem rzeczy. Fakt, że p. M.A. posiada doświadczenie w wykonywaniu funkcji kierownika robót drogowych w zadaniu „Budowa obwodnicy m. Szubina” nie jest nieprawdziwy. Doświadczenie to nie odpowiada jednak w pełni wymaganiom Zamawiającego, określonym w przedmiotowym postępowaniu co do wykonywania obowiązków kierownika ww. robót od początku do końca realizacji danej inwestycji. Faktem jest, że Konsorcjum Trakcja nie podało w wykazie powyższej informacji, a zatem nie można przyjąć, że wykonawca w całości potwierdził spełnianie warunku wymaganego przez Zamawiającego. W tej sytuacji Zamawiający był zobowiązany zażądać od wykonawcy uzupełnienia tego dokumentu (wykazu osób) w zakresie, w jakim złożone oświadczenie nie zawiera wymaganej informacji potwierdzającej spełnianie warunku. Nieprawidłowe działanie Zamawiającego w powyższym zakresie nie może skutkować negatywnie dla wykonawcy. Należy też wskazać, że Odwołujący nie przeprowadził dowodu na okoliczność, że wykonawca pominął ww. informacje dotyczące okresu wykonywania przez p. M.A. obowiązków kierownika robót branży drogowej na wskazanej inwestycji, mając świadomość pełnego zakresu wymagań w zakresie postawionego warunku.

Wobec braku podstaw do stwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym, że Konsorcjum Trakcja złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek wezwać Konsorcjum Trakcja do uzupełnienia wykazu osób („Potencjał kadrowy”) w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem ww. Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym.

Reasumując powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający w omówionym powyżej zakresie nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, czym naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp. Wobec niewykazania przez Konsorcjum Trakcja spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający ma obowiązek wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia wymaganych dokumentów, stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp.

Zarzut złożenia przez Konsorcjum Trakcja oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz niezasadnego przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Trakcja w zakresie ceny oferty za rzetelne i udowodnione, tj. naruszenia art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp.

W zakresie regulacji zawartych w SIWZ dotyczących ceny oferty, Zamawiający postanowił, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia nastąpi w formie kosztorysowej, co zostało wyrażone jednoznacznie we wzorze umowy stanowiącej załącznik do SIWZ. Zgodnie z pkt. 18 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny oferty. Zamawiający wymagał, aby cena oferty została wyliczona w oparciu o Kosztorysy ofertowe na przygotowanych formularzach Kosztorysów ofertowych. Kosztorysy ofertowe, składane wraz z ofertą należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w nich pozycji. Wykonawca miał określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Formularzach kosztorysów ofertowych.

W postępowaniu wpłynęło do Zamawiającego 11 ofert. Wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 99.328.179,52 zł netto + VAT. Cena oferty Konsorcjum Trakcja opiewa na wartość 57.937.962,73 zł netto i jest o 41,67% niższa od wartości zamówienia oraz o 29,42% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Powyższe porównanie uzasadnia w sposób niebudzący wątpliwości, że Zamawiający był zobowiązany do wezwania Konsorcjum Trakcja do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Pismem z dnia 5 września 2016 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 Zamawiający wezwał Konsorcjum Trakcja do złożenia wyjaśnień, w tym - dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wezwanie ma charakter blankietowy, ogólny, pozostawiający wykonawcy w całości decyzję odnośnie zakresu i formy przedstawienia wymaganych informacji.

Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia (pismo z dnia 9 września 2016 r.) zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Trakcja na wezwanie skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, ma charakter ogólny, co może jednak wynikać z treści wezwania – mającego także charakter bardzo ogólny. Wykonawca wskazał w sposób wybiórczy okoliczności, które miały wpływ na kalkulację ceny oferty, przy tym przedstawił umowy o pracę, oferty, w tym zawierające kosztorysy wykonania części robót, na poparcie swoich wyjaśnień. Zauważyć jednak należy, że część z przedstawionych ofert zawiera ograniczenie czasowe w zakresie ich obowiązywania, wobec czego mogły one utracić już swoją aktualność. W powyższym zakresie Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Trakcja do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Ponadto należy zauważyć, że chociaż co do zasady pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się do całości przedmiotu zamówienia, to w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp może dotyczyć poszczególnych cen jednostkowych, jako elementów, które będą służyć do ustalenia ostatecznej ceny. Zamawiający powinien

zbadać ceny kosztorysowe wyraźnie niższe od cen rynkowych, aby wyeliminować możliwość zaoferowania cen nierealnych, które mogą wpływać negatywnie na ostateczną realizację przedmiotu zamówienia.

Słusznie zauważył Odwołujący, że Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Trakcja do wyjaśnienia wyraźnie wskazanych pozycji kosztorysowych, poprzestając na ogólnym wezwaniu do wyjaśnienia elementów mających wpływ na cenę oferty. Także w ocenie Izby niektóre z pozycji kosztorysowych, w tym pozycje zakwestionowane w odwołaniu, winny wzbudzić szczególne zainteresowanie Zamawiającego w kontekście badania, czy cena tej oferty nie jest ceną rażąco niską.

W przypadku przyjęcia w zakresie sposobu rozliczenia zamówienia wynagrodzenia kosztorysowego, tak jak w tym przypadku, oraz w odniesieniu do oferty, która budzi wątpliwości, czy zaoferowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej (wyczerpuje przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1 Pzp), Zamawiający ma obowiązek zbadania (żądania od wykonawcy wyjaśnień), w szczególności co do elementów oferty wycenionych na poziomie wyraźnie niższym od cen przedstawionych w kosztorysie inwestorskim lub w szczególności w innych ofertach złożonych w postępowaniu. Wynagrodzenie kosztorysowe jest bowiem pochodną cen jednostkowych stanowiących podstawę do jego ustalenia, a tym samym pochodną (wynikiem) zaniżonych cen jednostkowych zawartych w kosztorysie może być rażąco niska cena całej oferty.

W ocenie Izby, niezbędne jest w powyższym zakresie umożliwienie wykonawcy wyjaśnienia zaoferowanej ceny, w tym poszczególnych cen jednostkowych. Biorąc pod uwagę okoliczności wskazywane przez Odwołującego w odniesieniu do kalkulacji cen jednostkowych:

- podbudowy z mieszanki niezwiązanej C90/3 frakcji 0/31.5mm gr. 20cm,
- podbudowy z mieszanki niezwiązanej C50/30 frakcji 0/31,5mm gr. Zmienna,
- podbudowy z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym - mieszanka związana cementem C3/4 o gr. 18 cm,

zawartych w kosztorysie ofertowym Konsorcjum Trakcja, powyższe ceny jednostkowe powinny podlegać szczegółowemu wyjaśnieniu. Powyższe ceny jednostkowe mogą mieć bowiem istotny wpływ na realność całej ceny oferty.

W ocenie Izby, Odwołujący wykazał znaczną różnicę pomiędzy cenami jednostkowymi oferty Konsorcjum Trakcja, a cenami zawartymi w kolejnych ofertach. Według analizy Odwołującego, może ona powodować, że oferta Konsorcjum Trakcja została zaniżona o kwotę łącznie około 14.000.000,00 PLN.

Okoliczności powyższe zostały jednak wykazane w oparciu o pozyskane przez Odwołującego oferty, w porównaniu do cen oferowanych przez Konsorcjum Trakcja w podobnych przetargach oraz w porównaniu do cen przyjętych w ofertach pozostałych

wykonawców, a także cennika Sekocenbud. Należy wziąć zatem pod uwagę, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, które odnosiłyby się bezpośrednio do warunków dostępnych Konsorcjum Trakcja. Odwołujący nie wykazał, że Konsorcjum Trakcja, jako wykonawca działający w konkretnych dostępnych dla niego indywidualnych warunkach prowadzonej działalności, nie ma możliwości zaoferowania cen na danym poziomie. Z tego względu, dla oceny, czy cena oferty Konsorcjum Trakcja jest ceną rażąco niską, konieczne jest uzyskanie przez Zamawiającego od tego wykonawcy dodatkowych szczegółowych wyjaśnień dotyczących realnych i konkretnych podstaw do kalkulacji powyższych cen jednostkowych. Przedstawione przez Odwołującego analizy wskazanych w odwołaniu pozycji kosztorysu ofertowego Konsorcjum Trakcja, nie stanowią wystarczającego dowodu na potwierdzenie, że cena oferty ze względu na te pozycje jest nierealna i nieodpowiadająca możliwościom zrealizowania zamówienia w sposób prawidłowy, zgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący nie wykazał również zasadności twierdzenia odnośnie zamiaru Konsorcjum Trakcja w zakresie niewykonania części przedmiotu zamówienia lub wykonania niezgodnie z założeniami przyjętymi w opisie przedmiotu zamówienia. Twierdzenia w tym zakresie Izba uznała za gołosłowne.

W związku z powyższym, Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności wezwania Konsorcjum Trakcja do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp we wskazanym powyżej zakresie.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003.153.1503 j.t.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trakcja, z uwagi na to, że oferta zawiera usługi oferowane poniżej kosztów ich świadczenia, a także zawiera ustalenie cen jednostkowych na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od realiów rynkowych, a tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący twierdził, że oferta Konsorcjum Trakcja wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji opisanego zarówno w art. 3 ust. 1, jak i w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z dyspozycją przywołanego art. 3 ust. 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r. nr 1503 poz. 153 ze zm.) (dalej: uznk), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei, zgodnie z art. 15 ust 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług

poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, wskazując, że w określonych pozycjach kosztorysu ofertowego zaproponowane ceny za wykonanie poszczególnych jednostek prac (asortymentów robót) są niewystarczające na pokrycie ceny samego tylko materiału koniecznego do ich wykonania. Odwołujący podnosił zarzut manipulowania ceną jednostkową w ofercie Konsorcjum Trakcja, nie wyjaśniając jednocześnie, na czym to manipulowanie miało polegać. Odwołujący nie wykazał również, że nastąpiło „przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia”, a wręcz przeciwnie twierdził, że ze względu na wysokość cen jednostkowych jest to raczej niemożliwe. Izba uznała powyższy zarzut za nieudowodniony przez Odwołującego, gdyż nie zostało wykazane przez Odwołującego zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk koniecznych do stwierdzenia, że złożenie oferty przez Konsorcjum Trakcja stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców potwierdził się, gdyż dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Konsorcjum Trakcja zarówno w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę, jak i w zakresie oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Trakcja na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, narusza wskazane powyżej przepisy ustawy Pzp, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

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

.....