

Sygn. akt: KIO 376/19

**WYROK**  
**z dnia 19 marca 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **19 marca 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 marca 2019 r.** przez wykonawcę **M.J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: M.J. - DROGLAB ul. Stefana Okrzei 64/3, 25-526 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **Laboratorium Budowlane Sp. z o.o., ul. Drzonków - Cisowa 7, 66-004 Zielona Góra** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 26.02.2019 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wezwanie do wyjaśnień wraz z dowodami, w trybie art. 90 ust.1 Prawa zamówień publicznych, Przystępującego: Laboratorium Budowlane Sp. z o.o., ul. Drzonków - Cisowa 7, 66-004 Zielona Góra, w kontekście istotnych części składowych ceny oferty, w zakresie zaoferowanych cen jednostkowych w zestawieniu cenowym, tj.: rodzaj badań - w ramach wykonywania badań kontrolnych mieszanek mineralno-bitumicznych. Opracowanie wyników oraz sformułowanie wniosków - poz. 15.8 (odporność na deformacje trwałe), 15.9 (sztywność dla mieszanek o wysokim module sztywności), 15.10 (odporność na zmęczenie dla mieszanek o wysokim module sztywności); w ramach pobierania**

odwierzchni bitumicznych oraz badania grubości warstw, jakości sklejenia warstw, składu mieszanki mineralnej, rodzaju oraz zawartości lepiszcza, wskaźnika zagęszczenia, zawartości wolnych przestrzeni oraz stopnia wypełnienia wolnych przestrzeni lepiszczem. Opracowanie wyników badań oraz sformułowanie wniosków - poz. 16.10 (odporność na działanie wody) i 16.11 (odporność na deformacje trwałe). Jednocześnie, w zakresie wskazanych pozycji Przystępujący winien przedstawić zestawienie składników cenotwórczych z czytelnym i jednoznacznym wyliczeniem wymaganych kosztów dla danej pozycji, w tym zwłaszcza roboczogodziny pracownika, kosztów pobrania i transportu próbkę, opracowania i przekazania sprawozdania, ze wskazaniem ewentualnych rabatów, upustów lub innego rodzaju okoliczności, które są przynależne tylko Przystępującemu (w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych Przystępującemu, oryginalności projektu Przystępującego, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę /Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650; pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; czy też powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy). Winien przedstawić w jaki sposób okoliczności przynależne Przystępującemu pozwoliły na zaoferowanie tak korzystnych cen jednostkowych we wskazanych pozycjach, jaki był ich wpływ w tym zakresie na zaoferowaną cenę, dotyczy to wszystkich wskazanych wyżej pozycji. Konieczne jest przedstawienie dowodów tam gdzie jest to możliwe, a w sytuacji braku takiej możliwości uzasadnienia dlaczego taki stan rzeczy ma miejsce. W wypadku przedstawienia w ramach wyjaśnień informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa należy nie tylko zastrzec, ale także wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **M.J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: M.J. - DROGLAB ul. Stefana Okrzei 64/3, 25-526 Kielce** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław** na rzecz **M.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: M.J. - DROGLAB ul. Stefana Okrzei 64/3, 25-526 Kielce** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług laboratoryjnych w zakresie budownictwa drogowo - mostowego na drogach i obiektach inżynierskich Dolnego Śląska zarządzanych przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu”, znak referencyjny: NI.2720.2.2019, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 506218 - N - 2019, data zamieszczenia 23.01. 2019 r., przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 26.02.2019 r. (e-mailem) pismem z 30.11.2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Laboratorium Budowlane Sp. z o.o., ul. Drzonków - Cisowa 7, 66-004 Zielona Góra zwany dalej: „*Laboratorium Budowlane Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - M.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: M.J. – DROGLAB, ul. Stefana Okrzei 64/3, 25-526 Kielce zwane dalej: „*M.J. – DROGLAB*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 04.03.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) M.J. – DROGLAB wniosła odwołanie na w/w czynność i zaniechań z 26.02.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 04.03.2019 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Laboratorium Budowlane Sp. z o. o. podczas gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu co w konsekwencji doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji,
2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Laboratorium Budowlane Sp. z o. o. podczas gdy oferta wykonawcy winna zostać odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę stanowiącą jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji lub treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dokonanie wyboru wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy,

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. oraz uznania jego oferty za odrzuconą, podczas gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

5. art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. pomimo wprowadzenia w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu,

6. art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę a w konsekwencji powyższych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albowiem zaoferowana cena istotnych części składowych (konkretnych rodzajów badań) jest ceną poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców,

7. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp po poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. z uwagi na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” albowiem zaoferowane badania których cena została rażąco zaniżona mogą świadczyć o tym, że wykonawca Laboratorium Drogowego zaoferował badania innej (zaniżonej) jakości niż oczekiwał tego Zamawiający, ewentualnie z ostrożności procesowej:

8. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie, zaniechanie wezwania Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, a w szczególności jej istotnych części składowych, podczas gdy zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe prima facie budzą wątpliwości, w szczególności w zestawieniu tych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu jak również z obowiązującymi cenami rynkowymi,

9. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie,

10. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołująca wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

3.wykluczenia Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. z postępowania z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub

4. odrzucenia oferty złożonej przez Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. z uwagi na rażąco niską cenę; naruszenie uczciwej konkurencji; niezgodność treści oferty z SIWZ, względnie:

5. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wezwanie Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. do wyjaśnienia ceny złożonej oferty oraz jej istotnych elementów składowych lub

6. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwanie Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub

7. w trybie art. 26 ust. 4 wezwanie Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów związanych z wykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej. Ponadto wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania przetargowego a w szczególności: ofert złożonych przez wszystkich uczestników postępowania, zestawień cenowych, dokumentów i oświadczeń złożonych przez Laboratorium Drogowe na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pisma Odwołującej do Zamawiającego z 06.02.2019 r. Wnosił także o dopuszczenie dowodów przedkładanych bezpośrednio na rozprawie na poparcie okoliczności tam przytoczonych.

I. Zgodnie z Roz. 4 SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu w pkt. 4.2.3. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w ppkt 4.2.3.4 Zamawiający wskazał, że: Warunek ten zostanie spełniony, gdy wykonawca wykaże dysponowanie wyposażeniem sprzętowym w ilości minimum 1 sztuka każdej jednostki sprzętowej, zgodnie z zał. nr 3 do SIWZ oraz wykaże podstawę do dysponowania tymi zasobami. Zgodnie z Roz. VI SIWZ wraz z ofertą należało załączyć oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - zał. nr 3 do SIWZ, a następnie na wezwanie Zamawiającego wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, zobowiązany jest do złożenia wykazu narzędzi, wyposażenie zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. złożyło wstępne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a następnie na wezwanie zamawiającego wykaz narzędzi. Z pozyskanych przez Odwołującą informacji wynika, że Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. nie jest w posiadaniu wszystkich urządzeń. Zamawiający zaniechał przeprowadzenia w tym zakresie chociażby wezwania do złożenia wyjaśnień przez Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, pomimo, że miał podstawy do zaistnienia wątpliwości w tym zakresie. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 4 Pzp *„Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art 25 ust 1 pzp”*. Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. oświadczyła, że jest właścicielem narzędzi, podczas gdy w chwili składania tego oświadczenia wraz z ofertą jak również w chwili składania oświadczenia w postaci wykazu

narzędzi (zał. nr 3) takiego urządzenia nie posiadała. W efekcie uznać należy, że Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu - warunki techniczne celem wygrania zamówienia publicznego. Działanie wprowadzające w błąd miało charakter umyślny, z góry zamierzony, albowiem nie sposób przyjąć, że wykonawca omyłkowo wpisał, że jest właścicielem specjalistycznego urządzenia, którego faktycznie nie posiada. Zasady doświadczenia życiowego oraz logiki wykazują, że podmiot będący profesjonalistą na runku tego typu usług, systematycznie startując w przetargach publicznych, winien kierować się zasadą najwyższej staranności w rozumieniu art. 355 k.c. przy sporządzaniu dokumentacji, co prowadzi do wniosku, że nie mógł on omyłkowo wskazać, że jest właścicielem narzędzia którego faktycznie nie posiada w swoich zasobach. Wskazać należy, że informacja o posiadaniu tego typu urządzenia ma charakter istotny albowiem brak urządzenia skutkowałby automatycznie brakiem spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji wykluczeniem z przetargu. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp *„wyklucza się z postępowania wykonawcę, który .. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji” lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”*, zaś zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp *„wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”*. W konsekwencji zaistnienia jednej z wyżej opisanych przesłanek, zamawiający nie może wzywać do uzupełnienia jakichkolwiek oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem KIO m. in. w wyroku KIO z 02.02.2018 r., sygn. akt: KIO 113/18.

II. Zestawienie ofert złożonych przez wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu już niejako na pierwszy rzut oka budzi uzasadnione wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. Zbiorcze zestawienie ofert wygląda następująco (ceny brutto):

- Laboratorium Budowlane Sp. z o. o. - 490 770,00 zł
- DROGLAB - 756 050,25 zł
- TPA Sp. z o. o. - 841 996,50 zł

Różnica ceny oferty Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. w stosunku do DROGLAB wynosi 35 %. Różnica ceny oferty Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. w stosunku do TPA Sp. z o. o. wynosi - 42 %. Cena oferty Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich ofert jest niższa o 29,5%. Ponadto należy wziąć pod uwagę części

składowe ofert pozostałych wykonawców które w sposób diametralny różnią się od cen zaoferowanych przez Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. (poniżej zestawienie w tabeli).

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że poniższe pozycje (rodzaje wykonywanych badań) stanowią istotny składnik ceny, ponieważ:

- dla oferty DROGLAB stanowi to ok. 33 % ceny całej oferty

- dla TPA Sp. z o. o. stanowi to ok. 35% ceny całej oferty

Ponadto przewidywana ilość wymienionych badań znacząco różni się (jest większa) od ilości innych przewidzianych w zestawieniu badań. Zaoferowane ceny w zakresie rodzajów badań określonych w tabeli poniżej znacznie odbiegają od aktualnych cen rynkowych. Zgodnie z wyrokiem KIO z 22.05.2018 r., sygn. akt: KIO 887/18 Izba wskazała (teza): Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Wskazał na wyrok KIO z 10.04.2018 r., sygn. akt KIO 580/18. Przywołał także tezy wyroku KIO z 10.05.2016 r., sygn. akt: KIO 616/16.

Zgodnie z treścią ROZ. 12 SIWZ Zamawiający wprost wskazał, że:

12.1 Cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o zestawienie cenowe, którego wzór stanowi załącznik do SIWZ.

12.2 Zestawienie cenowe należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Zestawieniu.

12.3 Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Zestawieniu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian we wzorze Zestawienia cenowego.

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia Zamawiający podnosi:

- w pkt. 3 OPZ

Kwota jednostkowa netto wyliczonej ceny musi zawierać wszystkie składniki cenotwórcze, w szczególności: koszty dojazdu do i z miejsca wykonania badania lub pobrania próbek, przeprowadzenie badania in situ lub w laboratorium Wykonawcy, wykonanie sprawozdania oraz inne niezbędne czynności, konieczne do prawidłowego wykonania zlecenia.

- w pkt. 5 OPZ

Podane ilości badań laboratoryjnych przyjęte w formularzu cenowym są szacunkowe i zostały wskazane w celu obliczenia oferty



Rodzaje badań (przedstawionych poniżej w tabeli) zostały ściśle wyodrębnione przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał informacji co do ich wysokości, uznając to za znaczące. Skalkulował również szacunkową ilość sztuk na potrzeby wyceny oferty. Należy uznać, że są to istotne składniki cenotwórcze, które zostały skalkulowane przez Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. na wysoce niskim poziomie i powinny zostać zweryfikowane, bowiem istnieje znaczące prawdopodobieństwo, że cena całkowita oferty Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. tak odbiega od innych ofert właśnie ze względu na kwotę w zakresie wyceny niżej wymienionych w tabeli badań. W konsekwencji powoduje wątpliwości co do realności całkowitej ceny ofertowej Laboratorium Drogowe Sp. z o. o.

TABELA

|                      |                 |                    | Laboratorium Budowlane<br>Zielona Góra |                    | Laboratorium<br>DROGLAB |                    | TPA                   |                    |
|----------------------|-----------------|--------------------|--|--------------------|-------------------------|--------------------|-----------------------|--------------------|
| Rodzaj badania       | Jednostka miary | Przewidywana ilość | Cena jednostkowa [zł]                  | Wartość w zł (4x6) | Cena jednostkowa [zł]   | Wartość w zł (4x6) | Cena jednostkowa [zł] | Wartość w zł (4x6) |
| 15.8                 | szt.            | 80                 | 150,00                                 | 12 000,00          | 300,00                  | 24 000,00          | 500                   | 40000              |
| 15.9                 | szt.            | 80                 | 100,00                                 | 8 000,00           | 700,00                  | 56 000,00          | 300                   | 24000              |
| 15.10                | szt.            | 80                 | 250,00                                 | 20 000,00          | 900,00                  | 72 000,00          | 1000                  | 80000              |
| RAZEM:               |                 |                    |  | 40 000,00          |                         | 152 000,00         |                       | 144000             |
| 16.10                | szt.            | 200                | 100,00                                 | 20 000,00          | 230,00                  | 46 000,00          | 250                   | 50000              |
| 16.11                | szt.            | 200                | 120,00                                 | 24 000,00          | 270,00                  | 54 000,00          | 500                   | 100000             |
| RAZEM:               |                 |                    |  | 44 000,00          |                         | 100 000,00         |                       | 150000             |
| WARTOŚĆ BADAŃ NETTO: |                 |                    |  | 84 000,00          |                         | 252 000,00         |                       | 294 000,00         |

Na podstawie przedłożonego przez Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. zestawienia cenowego wątpliwym jest, że w tej cenie zostały w sposób prawidłowy wycenione wszystkie wskazane powyżej rodzaje robót. Ponadto pismo z 06.02.2019 r. złożone przez Odwołującą winno stanowić dodatkowo powód, żeby powziąć wątpliwości co do realności ceny Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. Odwołujący w przedmiotowym piśmie w sposób kompleksowy i wnikliwy przedstawiła zachodzące rażące różnice w zestawieniu cen za poszczególne badania. Różnica cen za poszczególne badania (opisane w tabeli) waha się

w przedziale od 100 % do 700 %. Przytoczył wyrok KIO z 25.04.2018 r., sygn. akt: KIO 711/18: „*Mianem rażąco niskiej ceny określa się cenę nierealną, odbiegającą od warunków rynkowych, cenę, której wysokość nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego*”

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zatem prawidłowe zastosowanie przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie właściwej subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do jego dyspozycji, musiałoby po jego stronie wywołać uzasadnione wątpliwości co do tego czy cena zaoferowana przez Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. może być rażąco niska. Zauważyć również należy, że pomimo, że w art. 90 ust. 1 Pzp ustawodawca zawarł normę określającą fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w przeciwieństwie do art. 90 ust. 1a Pzp, to w przypadku zajścia okoliczności, o których mowa w hipotezie przepisu - zaistnienie okoliczności powodujących, że cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska i wzbudza wątpliwość (które zostały w sposób wyczerpujący opisane), czy możliwym będzie wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania i przepisami prawa - przeradza się to w obowiązek zamawiającego, którego zaniechanie może spowodować negatywne dla niego skutki. Wskazał na wyrok KIO z 27.02.2017 r., sygn. akt: 293/17.

Ponadto oferta Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. jest niezgodna z treścią SIWZ albowiem istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że ceny tak zaniżonych badań wynikają li tylko z faktu, że wykonawca oferuje badania niższej jakości niż oczekuje tego Zamawiający.

Zamawiający w odpowiedzi na zapytania do SIWZ na etapie przed składaniem ofert wprost wskazywał jakiej jakości badań objętych zapytaniem oczekuje. Na marginesie Odwołujący jednak wyraźnie podnosi, że nawet przy niskiej jakości badań, wykonanie ich za zaoferowaną cenę przez Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. nie jest możliwe.

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykładnia celowościowa i funkcjonalna tego przepisu pozwala na przyjęcie, że odwołujący w oparciu o w/w przepis prawa może również stawiać zarzuty zaniechania wykluczenia z postępowania oraz zaniechania odrzucenia ofert. Podał uchwałę SN z 17.11.2017 r., sygn. akt: III CZP 58/17 oraz wyrok SN z 23.05.2018 r., sygn. akt: IV CSK 448/17. Takie stanowisko znajduje również poparcie w najnowszym orzecznictwie KIO, np. w wyroku KIO z 17.01.2018 r., sygn. akt: 33/18.

Zamawiający w dniu 04.03.2019 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 06.03.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Laboratorium Budowlane Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o odrzucenie lub oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Stwierdził w ramach zgłoszonego przystąpienia, że o ile Odwołujący wskazał na istnienie interesu w uzyskaniu danego zamówienia to nie wykazał w żaden sposób, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przywołał wyrok KIO z 09.07.2010 r.: *„brak wykazania szkody, jako przesłanki bezwzględnie i koniunkcyjnie związanej z interesem w uzyskaniu zamówienia, jest brakiem legitymacji do wniesienia odwołania”*. Stwierdził, że w takiej sytuacji zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie powinno zostać odrzucone. Dodatkowo wskazał, że oferta Odwołującej została złożona na kwotę znacznie przewyższającą kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. W tej sytuacji, nawet hipotetyczne odrzucenie oferty złożonej przez Laboratorium Budowlane sp. z o.o. nie doprowadziłoby do uzyskania zamówienia przez Odwołującą. W związku z tym, stwierdził, że Odwołująca nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania określonej w art. 179 Pzp.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Inaczej mówiąc wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

W zakresie kwestii braku interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego z uwagi na brak środków na jego ofertę. Izba podnosi za orzeczeniem KIO z 19.01.2017 r., sygn. akt: KIO 28/17: *"Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby, fakt, że cena oferty Odwołującego przekracza środki, jakie przewidział Zamawiający na sfinansowanie zamówienia nie stanowi przesłanki negatywnej uprawnienia wykonawcy do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Do momentu stwierdzenia, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza środki Zamawiającego, które zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie może być rozważane unieważnienia postępowania."* (str. 14 uzasadnienia). Dodatkowo wskazując na § 1 ust. 3 i 4 wzoru umowy.

Jednocześnie, z uwagi na brak poparcia na posiedzeniu ze strony Zamawiającego wniosku o odrzucenie odwołania zawartego w zgłoszonym przystąpieniu przez Przystępującego, jego wniosek w tym zakresie nie będzie rozpatrywany, stanowisko Przystępującego bowiem nie może być sprzeczne ze stanowiskiem strony do której przystąpił (art. 185 ust. 5 Pzp).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w zakresie postanowień SIWZ, a zwłaszcza zał. nr 8 (wykaz narzędzi) i 9 do SIWZ (wzór umowy), Opisu Przedmiotu Zamówienia (zwany dalej OPZ) wraz z zał. nr 1 do OPZ, odpowiedzi na pytania (pisma z 24.01.2019 r. oraz 29.01.2019 r.), pisma Odwołującego z 06.02.2019 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26.02.2019 r.

Odnosnie – a) opinii z marca 2019 r., oraz b) opinii technicznej z 04.03.2019 r. złożonych na rozprawie przez Odwołującego. Izba przypomina za judykaturą, że mają one charakter opinii prywatnych, które jednakże nie mogą stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 22.01. 2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsze opinie prywatne stanowią stanowisko strony, w tym wypadku Odwołującego, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) wydruk ze strony internetowej Przystępującego;
- 2) pismo z 18.03.2019 r.;
- 3) wydruk ze strony Politechniki Lubelskiej z wydziału Budownictwa i Architektury – Laboratorium Budownictwa / wydruk czarno-biały – wydruk w kolorze do celów poglądowych/;
- 4) jednostkowe oferty cenowe na określone badania (z 28.02.2019 r., 30.01.2019 r.; 15.03.2019 r.);
- 5) wydruk korespondencji e-mailowej między Przystępującym a Niezależnym Laboratorium Drogowo-Budowlanym TBB wraz z wydrukiem informacji odnośnie osoby udzielającej odpowiedzi ze strony Przystępującego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego:

1. Kopia oferty Przystępującego oraz Zobowiązania podwykonawcy Zachodniopomorskiego Laboratorium Drogowego w Koszalinie;
2. Kopia wezwania z 18.02.2019 r. przez Zamawiającego Przystępującego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp;
3. Kopia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych złożony przez Przystępującego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego przez Przystępującego:

1. Dokumenty zakupu i zestawienia w sprawie zakupu m. in. urządzenia do wykonywania badań PSV (a/ Ogłoszenie o czwartym przetargu publicznym pisemnym, na sprzedaż sprzętu pochodzącego z Laboratorium Drogowego Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we

Wrocławiu, b/ Załącznik nr 1 do Ogłoszenia - ewidencja urządzeń, c/ Arkusz wyceny środka technicznego, d/ Umowa sprzedaży z dnia 06.11.2018 r., d. Nota obciążeniowa nr 53/2018);

2. Przykładowa dokumentacja zamawiającego w ramach realizacji umowy nr NI.2720.11.2018.

(a/ Zlecenie na wykonanie badań laboratoryjnych nr 03/08/2018 z dnia 09.08.2018 r., b/ Sprawozdania z badań wytrzymałości na ścislenie gruntu stabilizowanego cementem wg PN-S-96012:1997 nr 18-10-13-01-SCR28-DSDIK z dwóch miejsc pomiarowych (km 23+200 SL oraz 24+000 SP), c/ Załącznik nr 03 do faktury vat nr FV 04/09/18 dotyczącego nr drogi 439, d/ Protokół odbioru nr 03/08/2018 wystawiony przez zamawiającego.),

3. Oferta cenowa firmy Laboratorium Inżynierii Lądowej LABOTEST sp. z o.o. z dnia 04.02.2019 r.,

4. Formularz cenowy w ramach przetargu pn. „Wykonanie obsługi laboratoryjnej dla przebudowy, rozbudowy i remontów prowadzonych na drogach wojewódzkich na terenie województwa mazowieckiego nr postępowania 055/19 prowadzonego przez Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie w roku 2019,

(a/ Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przetargu nieograniczonego nr 055/19 pn. „Wykonanie obsługi laboratoryjnej dla przebudowy, rozbudowy i remontów prowadzonych na drogach wojewódzkich na terenie województwa mazowieckiego” - strona tytułowa, b/Część IV SIWZ do przetargu nr 055/19 „Kosztorys ofertowy”).

5. Faktury za wynajem pomieszczeń laboratoryjnych we Wrocławiu (faktura VAT nr WB/25/2019 z 01.01.2019 r., faktura VAT nr WB/73/2019 z 01.02.2019 r., faktura VAT nr WB/122/2019 z 01.03.2019).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, pismo procesowe Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie wskazanym poniżej.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Laboratorium Budowlane Sp. z o. o. podczas gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu co w konsekwencji doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji,

2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Laboratorium Budowlane Sp. z o. o. podczas gdy oferta wykonawcy winna zostać odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę stanowiącą jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji lub treść oferty nie odpowiada treści SIWZ,

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dokonanie wyboru wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy,

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. oraz uznania jego oferty za odrzuconą, podczas gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

5. art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. pomimo wprowadzenia w błąd przy przedstawieniu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu,

6. art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. z uwagi na fakt, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę a w konsekwencji powyższych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albowiem zaoferowana cena istotnych części składowych (konkretnych rodzajów badań) jest ceną poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców,

7. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp po poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. z uwagi na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ albowiem zaoferowane badania których cena została rażąco zaniżona mogą świadczyć o tym, że wykonawca Laboratorium Drogowego zaoferował badania innej (zaniżonej) jakości niż oczekiwał tego Zamawiający,

ewentualnie z ostrożności procesowej:

8. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie, zaniechanie wezwania Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, a w szczególności jej istotnych części składowych, podczas gdy zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe prima facie budzą wątpliwości, w szczególności w zestawieniu tych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu jak również z obowiązującymi cenami rynkowymi,

9. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie,

10. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Laboratorium Drogowe Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołująca wnosił o nakazanie

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego oraz pisma procesowego Przystępującego. W szczególności dotyczy to zakwestionowanych przez Odwołującego pozycji zestawienia cenowego złożonego przez Przystępującego wraz z ofertą. Izba także przywołuje treść pisma z 06.02.2019 r. w zakresie odnoszącym się do zaferowanych przez Przystępującego cen jednostkowych w poz. 15. 8, 15.9, 15.10, 16.10. i 16.11. /dotyczących określonych rodzajów badań/, zwłaszcza ich wartości jednostkowych i ich znacznych różnic (obniżenia) w stosunku do postępowania z 2018 r. Jednocześnie Izba nie dokonywała szczegółowych ustaleń odnośnie zarzutów dotyczących warunku udziału w postępowaniu w pkt. 4.2.3. SIWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w ppkt 4.2.3.4 SIWZ z uwagi na okoliczności przywołane poniżej w ramach dokonanego w tym zakresie oddalenia.

Izba przywołuje dodatkowo w pierwszej kolejności - Rozdz. 12 SIWZ: „12. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTY

12.1. *Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o ZESTAWIENIE CENOWE, którego wzór stanowi załącznik do SIWZ.*

12.2. *Zestawienie cenowe, o którym mowa w pkt 12.1. SIWZ należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Zestawieniu.*

12.3. *Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Zestawieniu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać żadnych zmian we wzorze Zestawienia cenowego.*

12.4. *Wykonawca winien przedstawić w ofercie cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszelkie niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia, wymagane opłaty bez względu na okoliczności i źródła ich powstania oraz opusty, których Wykonawca zamierza udzielić.*

12.5. *Zamawiający poprawi ofertę zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.*

12.6. *Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług.*

12.7. *Cena ofertowa powinna uwzględniać wszystkie elementy składające się na wykonanie przedmiotu zamówienia.*



12.8. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

12.8.1. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

12.9. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na Wykonawcy.

12.10. Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

12.11. Jeżeli zostanie złożona oferta, której wybór prowadzić będzie do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

12.12. Wykonawca, składając ofertę, zobowiązany jest poinformować (pisemnie) Zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

12.13. Tam, gdzie w SIWZ, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację prac w zgodzie z opisem przedmiotu zamówienia / STWiORB / uzgodnieniami / wydanym pozwoleniem na budowę oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w SIWZ.

12.14. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia.

12.15. Wartości w poszczególnych pozycjach Zestawienia cenowego oraz cena oferty powinny być wyrażone w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.”. Następnie konieczne jest wskazanie na Opis Przedmiotu Zamówienia str. 1 i 2:  
„(...) Rodzaj i zakres badań przedstawiony jest w załączniku nr 1.

Wymagania w stosunku do przedmiotu zamówienia:

1) Wykonanie badań laboratoryjnych zgodnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego w celu kontroli jakości wykonanych robót na drogach wojewódzkich i obiektach inżynierskich (budowanych, przebudowywanych, remontowanych i istniejących) województwa dolnośląskiego, a także badania diagnostyczne będące podstawą do planowania przebudów i remontów.

2) Obszar wykonywanych badań obejmuje województwo dolnośląskie.

3) Kwota jednostkowa netto wyliczonej ceny musi zawierać wszystkie składniki cenotwórcze, w szczególności: koszty dojazdu do i z miejsca wykonania badania lub pobrania próbek, przeprowadzenie badania in situ lub w laboratorium Wykonawcy, wykonanie sprawozdania oraz inne niezbędne czynności, konieczne do prawidłowego wykonania zlecenia.

4) Zamawiającemu przysługuje prawo kontroli laboratorium Wykonawcy oraz prawo obecności w trakcie pobierania próbek lub podczas wykonywania badań laboratoryjnych.

5) Podane ilości badań laboratoryjnych przyjęte w formularzu cenowym są szacunkowe i zostały wskazane w celu obliczenia oferty. Mogą one ulec zmianie, a zmniejszenie ilości nie będzie uprawniało Wykonawcy do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Jednocześnie Zamawiający dopuszcza możliwość zwiększenia ilości badań danego rodzaju przy zachowaniu cen jednostkowych podanych w zestawieniu cenowym, np. kosztem innych badań, które nie zostaną przeprowadzone w ilości wskazanej w załączniku nr 1 pod

warunkiem, że nie zostanie przekroczona kwota wynagrodzenia określona w §1 ust. 3 umowy

6) Wykonane przez Wykonawcę sprawozdania, opinie i wnioski uwzględniać będą wymagania przedstawione w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, wymagania techniczne Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad WT-1 2014, WT-2 2014, WT-4 2010 oraz stan najnowszej wiedzy w dziedzinie budownictwa drogowo-mostowego,

7) Niezależnie od postanowień wymagań technicznych WT-1 2014, w zakresie składu chemicznego kruszyw stosowanych do produkcji mieszanek mineralno-bitumicznych należy stosować zasady uwzględniające zawartość SiC1., przedstawione w tabeli: (....)

Jest to specjalne wymaganie Zamawiającego, związane z zasadami dobierania mieszanek mineralno-asfaltowych do nawierzchni drogi, opisanymi w rozdziale 6 wymagań technicznych WT-2 2014.

8) Wykonawca powinien cechować się niezależnością w stosunku do podmiotów wykonujących prace w zakresie budownictwa drogowo-mostowego na drogach i obiektach inżynierskich Dolnego Śląska, zarządzanych przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu.

9) Świadczenie usług laboratoryjnych przewiduje się na okres: od daty podpisania umowy do dnia 05.12.2019. (....)".

W ramach zał. nr 1 do OPZ podano rodzaje badań, jednostki miary, przewidywaną ilość, ilość dni od zlecenia badań do przekazania opracowanych wyników. Niniejsze dotyczy także poz. 15. 8, 15.9, 15.10, 16.10. i 16.11. Stanowi to element zestawienia cenowego który miał przygotować każdy z Wykonawców na każdy z rodzajów badań.

W ramach wzoru umowy Zamawiający zawarł w § 1 w ust. 3 postanowienie: „Maksymalna wartość planowanych do zrealizowania usług będących przedmiotem niniejszej umowy zwana „wartością umowy” wynosi (jest to kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia): (....)”, zaś w ust. 4: „Wartość umowy, o której mowa w ust. 3 ma charakter wynagrodzenia maksymalnego za usługi będące przedmiotem niniejszej umowy. Wynagrodzenie ostateczne ustala się na podstawie faktycznie wykonanych badań wg cen określonych w Zestawieniu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do umowy.”. Z kolei w § 7 rozliczenie umowy w ust. 1 do 7 zostało określone przez Zamawiającego: „1. Podstawę ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy za wykonane usługi, tj. za wykonane poszczególne badania, stanowią stawki jednostkowe określone w Zestawieniu cenowym Wykonawcy.  
2. Ilości i rodzaj wykonanych usług, tj. przeprowadzonych badań, wskazane będą w protokołach odbioru.

3. Kwota wynagrodzenia za wykonane usługi odpowiadać będzie iloczynowi cen jednostkowych i ilości wykonanych badań.

4. Na koniec danego miesiąca kalendarzowego Wykonawca, w oparciu o podpisane przez obie strony protokoły odbioru, wystawi fakturę VAT za faktycznie wykonane w danym miesiącu usługi, tj. przeprowadzone i odebrane badania.

5. Za wykonane usługi w miesiącu grudniu Wykonawca wystawi i dostarczy do siedziby Zamawiającego fakturę VAT najpóźniej do dnia 14 grudnia 2019 r.

6. Wynagrodzenie za usługi płatne będzie przelewem w terminie do 30 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego

prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z dowodami zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom na rachunek bankowy Wykonawcy nr (...)

7. Wszelkie koszty związane z wykonaniem umowy pokrywa Wykonawca we własnym zakresie. Wykonawca oświadcza, że zostały one skalkulowane przez niego w stawkach jednostkowych, na podstawie których ustalane jest jego wynagrodzenie.”.

Zamawiający udzielił również odpowiedzi na następujące pytania (pismami z 24 i 29.01.2019 r.):

„Pytanie nr 1

Proszę o wskazanie jaką metodą ma być wykonane badanie sztywności dla mieszanek o wysokim module sztywności, czy ma być to metoda IT-CY czy 4PB-PR?

Odpowiedź:

Zamawiający wskazuje, że badanie sztywności należy wykonywać metodą czteropunktowego zginania belki prostopadłościennej.

Pytanie nr 2

W załączniku do oferty: „Zestawienie cenowe” podana jest lista badań przewidziana do wykonania w ramach przedmiotowego zadania. Proszę o doprecyzowanie, według jakich norm badawczych (wraz z datowaniem normy) należy wykonywać poszczególne badania. Podanie samej nazwy badania nie precyzuje jednoznacznie metody badawczej przewidzianej do jego wykonania. Dotyczy wszystkich pozycji załącznika.

Odpowiedź:

Badania należy wykonywać w oparciu o normy PN-EN oraz niearchiwalne PN. Wykazy norm zawierają np. Wytyczne WT-2 2014, Poradnik: Styk, B. "Technologia warstw asfaltowych" WKŁ Warszawa 2004.

Pytanie nr 3

W załączniku do oferty: „Zestawienie cenowe” w pozycji 15.9 oraz 15.10 przewidują państwo wykonanie 80 sztuk badania sztywności i odporności na zmęczenie. Przy tak dużej ilości planowanych badań dla mieszanek WMS, proszę o doprecyzowanie na jakiego typu próbkach będą wykonywane badania. Czy należy przyjąć badania na próbkach wyciętych

*z nawierzchni (badania mieszanek już ułożonych), czy będą to próbki luźnej mieszanki pobranej z wytwórni (mieszanki w trakcie układania), czy może będą to badania na mieszankach, które będą podlegać procedurze zatwierdzenia (potrzebne będzie wykonanie zarobu laboratoryjnego).*

*Odpowiedź:*

*Próbki do badań należy wykonywać z luźnej mieszanki mineralno-asfaltowej pobieranej z zasobnika rozkładarki w trakcie układania warstwy.*

*Pytanie nr 4*

*Zamawiający w zestawieniu cenowym w pozycjach 10.2; 17.1; 17.2; 17.3; 18.1; 19.1; 19.2; 19.3 przywołuje jednostkę km. Czy niniejsza jednostka (km) dotyczy zbadania jednego kilometra drogi (dwóch pasów ruchu), czy dotyczy zbadania jednego kilometra pasa ruchu?*

*Odpowiedź:*

*Zbadanie "jednego kilometra drogi" oznacza badanie wykonane na "obydwóch pasach ruchu jednego kilometra drogi".*

Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego, czwartego, dziewiątego i dziesiątego, Izba uznała niniejsze zarzuty za podlegające oddaleniu.

W zakresie zarzutów dotyczących warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykazu narzędzi, Izba oddaliła sformułowane zarzuty uznając je za gołosłowne.

Należy zauważyć, że Izba biorąc pod uwagę art. 192 ust. 7 Pzp, jest związana zakresem zarzutów zwartych w odwołaniu. W samym odwołaniu, jak zasadnie stwierdził na rozprawie Przystępujący, Odwołujący nie kwestionował wprost braku dysponowania konkretnym narzędziem, tj. urządzeniem z przedstawionego wykazu. Zrobił to de facto dopiero na rozprawie. Jednocześnie, Izba podnosi, że w odwołaniu co prawda znajduje się odesłanie do pisma Odwołującego z 06.02.2019 r., ale jedynie w kontekście ceny rażąco niskiej, nie warunku udziału. W samym zaś odwołaniu Odwołujący w sposób ogólny kwestionuje cały wykaz narzędzi, lecz bez konkretnych przykładów, do tego gołosłownie używając wieloznacznych stwierdzeń: „Z pozyskanych przez Odwołującego informacji wynika, że (...) nie jest w posiadaniu wszystkich urządzeń”. „(...) oświadczyła, że jest właścicielem narzędzi, podczas gdy w chwili składania tego oświadczenia wraz z ofertą jak również w chwili składania oświadczenia w postaci wykazu narzędzi (...) takiego urządzenia nie posiadała”. Z kolei na rozprawie zmienił zupełnie zarzuty dotyczące całego wykazu, na

jedynie donoszący się do dwóch pozycji narzędzi z wykazu. Do tego tylko jedna z pozycji była tą wzmiankowaną w piśmie z 06.02.2019 r. Izba w kontekście art. 190 ust. 7 Pzp uznała, że nie mamy do czynienia jedynie z prostym doprecyzowaniem zarzutu, ale jego kompletnym przebudowaniem, czyli jego diametralną zmianą. Sam Przystępujący w swoim stanowisku pisemnym odniósł się co prawda do wzmiankowanych narzędzi z pisma z 06.02.2019 r., jednakże uczynił to ewidentnie z ostrożności procesowej, do tego o jednym z kwestionowanych narzędzi dowiedział się dopiero na rozprawie. Także dopiero na rozprawie poznał istotę zarzutów Odwołującego dotyczących zakwestionowanych wprost na rozprawie narzędzi, gdyż poziom ogólności zarzutów w odwołaniu nie tylko nie wskazywał wprost z nazwy urządzenia, tj. żadnych narzędzi, ale również faktycznej przyczyn kwestionowania wykazanych narzędzi. Odwołujący także w tym zakresie upublicznił wobec Przystępującego dopiero na rozprawie charakter przyczyn będących u podstaw kwestionowania ich rzeczywistego dysponowania przez Przystępującego w dniu złożenia oświadczenia, a następnie samego wykazu narzędzi.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu piątego, Izba uznała niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie uznając, że wobec oddalenia wcześniejszych zarzutów dotyczących wykazu narzędzi, istnieje konieczność oddalenia również w tym zakresie. Dopiero bowiem na rozprawie okazał się o jakie narzędzia wykazu, czyli urządzenia chodzi (nie wszystkie narzędzia wykazu, lecz jedynie dwie pozycje, do tego tylko jedna była wzmiankowaną w piśmie z 06.02.2019 r.) i z jakich przyczyn są one kwestionowane.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego i szóstego, Izba uznała niniejsze zarzuty za podlegające oddaleniu. Jednocześnie uwzględniając zarzut ósmy, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Izba nakazała wezwanie do wyjaśnień zgodnie z treścią sentencji. Jednocześnie konieczne jest podniesie na wstępie, że ceny jednostkowe mogą być przedmiotem badania w zakresie ceny rażąco niskiej, co rozstrzygnęła ostatecznie jedna z nowelizacji: „(...) dopiero ostatnia nowelizacja wprowadziła wprost, że „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe” możliwość badania – istotnych części składowych zaoferowanej ceny w kontekście ceny rażąco niskiej. (...)” (za wyrokiem KIO z 24.08.2016 r., sygn. akt: KIO 1463/16).

Jak z powyższego wynika, konieczne jest ustalenie, czy takie ceny są istotną częścią składową ceny ofertowej. W ocenie Izby mamy do czynienia z taką sytuacją, co potwierdziły okoliczności sprawy, a zwłaszcza różnice cenowe między ofertą Przystępującego w tym

zakresie w 2018 r. a ofertą w 2019 r. Zostało to przedstawione szczegółowo w piśmie z 06.02.2019 r.

Należy również podkreślić, że mimo, że nie zaistniały okoliczności obligatoryjne do wezwania wynikające z art. 90 ust.1a Pzp, to w ocenie Izby ceny jednostkowe w zakwestionowanych pozycjach wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Każdorazowo Zamawiający może w takich okolicznościach jeśli poweźmie wątpliwości tego rodzaju wystosować takie wezwanie także jeśli różnice są poniżej 30 %, dotyczy to także istotnych części składowych ceny, czyli cen jednostkowych. Izba w tym zakresie, wzięła pod uwagę daleko idące wątpliwości Odwołującego oraz stanowisko Przystępującego z rozprawy. Analiza okoliczności, stanowisk i dowodów złożonych na rozprawie daje podstawy do takiego wezwania. Strony wskazywały na możliwość zaoferowania różnych cen za poszczególne rodzaje badań przez istniejące na rynku laboratoria. Argumentacja Przystępującego z rozprawy i pisma procesowego zawierała z kolei quasi wyjaśnienia z zakresu ceny rażąco niskiej. W innym miejscu na rozprawie Przystępujący podnosił, że pewnych okoliczności nie upublicznił z uwagi na dobro swojej firmy i tajemnice przedsiębiorstwa. Jednocześnie, Odwołujący w swoim odwołaniu odwołał się do pisma z 06.02.2019 r., jako elementu argumentacji będącego częścią odwołania w zakresie ceny rażąco niskiej. Wszystkie te wątpliwości i zmiany w wyceny w zakwestionowanych pozycjach u Przystępującego, mimo że jak wskazywał na rozprawie Zamawiający, jedyną różniącą względem postępowania z 2018 r. są zmiany przewidywanej ilości, winny skutkować kompleksowymi wyjaśnieniami ze strony Przystępującego przy uwzględnieniu wytycznych kierunkowych zawartych w sentencji.

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, na konieczności załączenia dowodów do nakazanych wyjaśnień. Izba podkreśla za wyrokiem KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16: „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może

*i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność.*

Niewątpliwie takim dowodem jest także kalkulacja w zakresie, ale tylko i wyłącznie w którym odnosi się do kosztów leżących po stronie Wykonawcy. Podobnie w wyroku KIO z 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO 315/18: „(...) *Izba przypomina za orzecznictwem, że tego rodzaju kalkulacja, jak złożona - ma charakter dowodu wewnętrznego, który ma charakter wystarczający, gdy na cenę składają się przed wszystkim elementy, o których wartości decyduje głównie Wykonawca (za wyrokiem KIO z 17.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1410/15, czy też wyrok KIO 05.05.2016 r., sygn. akt: KIO 598/16)(...)*”

Przedstawione zestawienie składników cenotwórczych winno zawierać czytelne i jednoznaczne wyliczenie wymaganych kosztów dla danej pozycji, czyli wyodrębnione składniki cenotwórcze, w tym zwłaszcza roboczogodziny pracownika, kosztów pobrania i transportu próbkę, opracowania i przekazania sprawozdania, ze wskazaniem ewentualnych rabatów, upustów lub innego rodzaju okoliczności, które są przynależne tylko Przystępującemu

Nadto, Izba przypomina za wyrokiem KIO z 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 140/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15: „(...) *Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)*”. Przy czym, należy pamiętać na umiar i rozsądek wskazując za wyrokiem KIO z 19.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2586/17: „*Wezwanie takie byłoby możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które Zamawiający nie zapytał.*”. Dodatkowo, wskazując, że w wypadku zaistnienia braku przedłożenia - oczekiwanego wyliczenia ceny, kalkulacji. Jak wskazała KIO w wyroku z 25.04.2014 r., sygn. akt: KIO 725/14: „(...) *prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy.*”

W wypadku przedstawienia w ramach wyjaśnień informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa należy nie tylko zastrzec, ale także wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. W tym zakresie Izba podaje za orzecznictwem, że takie wykazanie nie może mieć charakteru hasłowego, ale odnosić się do wszystkich przesłanek definicji zawartych w dawnym art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, aktualnie w art.11 ust. 2 tej ustawy po ubiegłorocznej nowelizacji.



Z tych przyczyn, jak i wobec braku możliwości automatycznego odrzucenia oferty Wykonawcy w trybie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp bez wcześniejszego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Izba uznała jak na wstępie.

W ocenie Izby brak jest także podstaw, przynajmniej na obecnym etapie, do uznania zaoferowanych cen istotnych części składowych (konkretnych rodzajów badań) jako czynu nieuczciwej konkurencji, tzn. ich zaoferowania poniżej kosztów świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców. Zastrzegając, że nie zawsze ma miejsce prosta korelacja między ceną rażąco niską a czynem nieuczciwej konkurencji na co wielokrotnie wskazywało orzecznictwo.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu siódmego, Izba uznała niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym wypadku, uznając że po pierwsze jest to zarzut przedwczesny, póki nie zostanie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ust.1 Pzp, po drugie zastrzegając że Izba uznała zasadność argumentacji Zamawiającego i Przystępującego z rozprawy, w zakresie wyceny cen jednostkowych, tj. kosztu jednej sztuki próbki, a nie całego badania. W tym ostatnim wypadku, Izba oparła się na analizie postanowień wzoru umowy dotyczących sposobu rozliczenia określonego w § 7. Dodatkowo, Izba wskazuje, że brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania twierdzeń Odwołującego, iż Przystępujący oferuje Zamawiającemu badania w zakresie pięciu zakwestionowanych pozycji (15.8., 15.9, 15.10, 16.10 i 16.11) – niższej jakości. Wywody w tym zakresie Odwołującego z odwołania są zbyt daleko idące i stanowią „czyste spekulacje”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu ósmego, Izba jako konsekwencje uwzględniał także zarzut trzeci.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj.

w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....