

Sygn. akt: KIO 1215/16

**WYROK**

**z dnia 21 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2016 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich, Al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra**

przy udziale wykonawcy **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eurovia Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Eurovia Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** na rzecz **Województwa Lubuskiego – Zarządu Dróg Wojewódzkich, Al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra** kwotę **3 728 zł 52 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia osiem złotych pięćdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę obwodnicy miejscowości Rzepin w ciągu dróg wojewódzkich nr 134 i 139 (dojazd do węzła A2). Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 poz. 2164), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2016/S 072-125355.

W dniu 6 lipca 2016 r. wykonawca Eurovia Polska S.A. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. niezgodnej z przepisami Pzp czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona;
2. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. odrzucenia oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
3. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. odrzucenia oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem 12 podpunkt 1 SIWZ cena oferty miała zostać wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu cenowym, który stanowił załącznik do oferty. Stosownie do treści postanowienia § 8 ust. 2 umowy kosztorys ofertowy (formularz cenowy) należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej. Natomiast zgodnie z treścią punktu 12 podpunkt 5 SIWZ cena jednostkowa powinna być obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Dodatkowo, jak zauważył odwołujący, zgodnie z treścią punktu 12 podpunktu 4 SIWZ, w cenie jednostkowej netto wykonawca powinien być uwzględnić wszystkie koszty wymienione w podstawie płatności określone w odpowiedniej ST, przypisanej danej pozycji oraz ST Wymagania Ogólne, a cena jednostkowa powinna stanowić sumę wszystkich planowanych do poniesienia kosztów tej pozycji. Ponadto, jak wskazał odwołujący, powyższy zapis ustanawiał zakaz przenoszenia elementów składowych ceny jednostkowej do innych pozycji elementów rozliczeniowych, a zatem cena oferty była wynikiem iloczynu cen jednostkowych i ilości jednostek obmiarowych. Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że ceny jednostkowe powinny być skalkulowane w sposób rzetelny i opierać się na rynkowych przesłankach.

W ocenie odwołującego, kilka z kluczowych pozycji kosztorysu ofertowego firmy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. zostało wycenionych w całkowitym oderwaniu od ich realnej wartości. Szczególne zastrzeżenia odwołujący zgłosił wobec pozycji 64 (wykop oraz przekop wykonany na odkład) i 68 (zakup i dostawa gruntu do wbudowania w nasyp - z materiału z wykopu) Kosztorysu ofertowego (formularza cenowego). Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie cena jednostkowa określona w punkcie 68 kosztorysu ofertowego jest ceną wyjątkowo niską. Mając na uwadze jej wysokość zauważył, że STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. uznała, iż możliwe jest zakupienie i dostawa gruntu do wbudowania w nasyp za kwotę 2,04 zł za m<sup>3</sup>. Zdaniem odwołującego, powyższa cena jest nierynkowa oraz absurdalnie niska, na co wskazuje choćby porównanie cen jednostkowych ww. pozycji zawartych w ofertach innych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie:

- odwołujący - 23,01 zł za m<sup>3</sup>,
- konsorcjum firm Infrakom Kościan Sp. z o.o. Sp. K. i Infrakom Sp. z o.o. - 20,90 za m<sup>3</sup>,
- konsorcjum firm Exalo Drilling i Drogbud Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. - 27,01 zł za m<sup>3</sup>,

- Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego BUDOMEX S.A. - 18,40 zł m<sup>3</sup>,
- konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo drogowe KONTRAKT Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych S.A. - 20,00 zł za m<sup>3</sup>,
- BUDIMEX S.A. - 16,53 zł za m<sup>3</sup>,
- MUSING BUD Sp. z o.o. Sp. K. - 33,44 zł za m<sup>3</sup>.

Odwołujący zauważył również, iż nawet przy założeniu, że dany wykonawca posiada własną zwirownię w bliskiej okolicy od miejsca planowanej inwestycji, z której to czerpał będzie materiał na jej wykonanie, to i tak określona przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. cena w wysokości 2,04 zł za m<sup>3</sup> jest bardzo zaniżona i nie odpowiada realnie ponoszonym wydatkom związanym z pozyskaniem i dostawą materiału do wbudowania w nasyp. Odwołujący zwrócił uwagę, że oprócz kosztów związanych z pozyskaniem materiału bądź przez jego wydobycie, bądź przez jego zakup, wykonawca ponosił będzie koszty transportu materiału do miejsca planowanej inwestycji. Wedle wyliczeń odwołującego, cena za opisaną powyżej pozycję nie powinna być niższa aniżeli 19,60 za m<sup>3</sup>, tj. ponad 9 - krotnie wyższa aniżeli określiła ją STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. Na dowód powyższego odwołujący złożył ofertę podwykonawcy L.T..

Zdaniem odwołującego, niskie stawki jednostkowe ww. pozycji kosztorysowych świadczą, iż STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. nie uwzględniła w nich wszystkich czynników cenotwórczych, Tym samym, oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ. Niskie stawki ww. pozycji kosztorysowych mogą świadczyć, w ocenie odwołującego, iż STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. stosuje ceny, których wysokość jest niższa od kosztów koniecznych do poniesienia celem wykonania robót zgodnie ze wymaganiami zamawiającego. Tym samym jego działania mogą nosić znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Odwołujący zauważył, że w doktrynie przyjmuje się, iż art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma za zadanie chronić wolny dostęp do rynku przedsiębiorców, który stanowi immanentną cechę konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji). Zgodnie zaś z orzecznictwem sądów powszechnych, w sytuacji, gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1- 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w pkt 1-5 tego przepisu doszło do utrudniania innym przedsiębiorców dostępu do rynku (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. akt I ACa 1040/12 oraz wyrok SN, sygn. akt I CSK 147/12). Koniecznym jest zatem zaistnienie takiej sytuacji, w której wykonawca zamierza realizować zamówienie

poniżej kosztów własnych. Ponadto zachowanie wykonawcy musi być nakierowane na wyeliminowanie innych przedsiębiorców danych świadczeń. W przekonaniu odwołującego, zachowanie STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. wyrażające się w określeniu ceny zakupu i dostawy materiału poniżej kosztów własnych odpowiada opisanemu powyżej przykładowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto, w ocenie odwołującego, oferta przedłożona przez spółkę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. wypełnia również przesłankę czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z uzasadnieniem wyroku KIO z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1240/13 „Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do której odsyła ustawa Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy)”. W dalszej części Izba definiuje jak należy rozumieć pojęcie dobrych obyczajów i tak dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki i zasad współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie, obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów konsumentów.

Odwołujący stwierdził, mając powyższe na uwadze, że postępowanie wykonawcy polegające na oszacowaniu cen na bardzo niskim, wręcz symbolicznym poziomie, ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ten właśnie wykonawca uzyska zamówienie, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymują mniejszą liczbę punktów i zostają pozbawieni możliwości realizacji danego kontraktu. Powyższe, w ocenie odwołującego, stanowi naruszenie dobrych obyczajów kupieckich, a ponadto narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden z przedsiębiorców oferując rzetelne i rynkowe ceny nie może konkurować z wykonawcą, który zamierza zrealizować prace za symboliczną cenę. Mając powyższe na uwadze odwołujący uznał, że działanie STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podał ponadto, że wyżej opisane zachowanie STARBAG Infrastruktura

Południe Sp. z o.o. polegające na zaniżeniu części stawek nie jest regułą, bowiem zdecydowanie odmienne, tj. znacznie wysoko w stosunku do rzeczywistych kosztów, STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. wyceniała pozycję 64 kosztorysu ofertowego. Koszt ww. pozycji, tj. wykopy oraz przekop wykonywany na odkład stanowi kwotę 24,89 zł za m<sup>3</sup>. Dla porównania odwołujący wskazał, że w przypadku ofert pozostałych wykonawców pozycja ta została wyceniona na:

- odwołujący - 6,58 zł za m<sup>3</sup>,
- konsorcjum firm Infrakom Kościan Sp. z o.o. Sp. K. i Infrakom Sp. z o.o. - 6,15 zł za m<sup>3</sup>,
- konsorcjum firm Exalo Drilling i Drogbud Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. - 2,70 zł za m<sup>3</sup>,
- Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego BUDOMEX S.A - 11,04 zł za m<sup>3</sup>,
- konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo drogowe KONTRAKT Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych SA - 4,00 zł za m<sup>3</sup>,
- BUDIMEX S.A. - 5,02 zł za m<sup>3</sup>,
- MUSING BUD Sp. z o.o. Sp. K. - 4,84 zł za m<sup>3</sup>.

Odwołujący stanął na stanowisku, że ww. różnica ceny jednostkowej zaoferowanej przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. wynika prawdopodobnie z przeniesienia kosztów za zakup i dostawy gruntu do wbudowania w nasyp (pozycja kosztorysu ofertowego 68) do stawki za wykopy oraz przekopy wykonane na odkład (pozycja kosztorysu ofertowego 64). Powyższe działanie pozwoliło STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. zaoferować niższą cenę aniżeli pozostali wykonawcy, którzy w profesjonalny sposób z zachowaniem należytej staranności i wymaganej przyzwoitości skalkulowali ceny swoich ofert. Zachowanie takie, jak zaznaczył odwołujący, jest sprzeczne z postanowieniami określonymi w punkcie 12 SIWZ podpunkt 4 (opis sposobu obliczenia ceny) – postanowienie to zabrania przenoszenia elementów składowych cen jednostkowych do innych pozycji elementów pozycji rozliczeniowych. Ponadto odwołujący przypuszcza, że STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. ustaliła tę pozycję w kosztorysie (pozycja 64) ofertowym na tak wysokim poziomie, ponieważ zamierza wykorzystać fakt niedoszacowania przez zamawiającego jednostkowych ilości określonych w formularzu cenowym będącym załącznikiem do oferty. Odwołujący nadto wskazał, że przewidywać należy zaistnienie sytuacji, która doprowadzi, że finalne wynagrodzenie należne STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. będzie wyższe, aniżeli wynagrodzenie, które z wykonanie przedmiotowej inwestycji otrzymałby odwołujący.

Zdaniem odwołującego, opisana powyżej manipulacja stawkami kosztorysu

polegająca na zaniżaniu cen jednostkowych robót budowlanych, a zawyżaniu innych cen jednostkowych, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, działanie STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. polegające na manipulacji stawkami stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć oferty w postępowaniu. W ocenie odwołującego, działanie STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. narusza postanowienia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami. Odwołujący wskazał, że dobre obyczaje, o których mowa w ww. przepisie wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na konkurencyjnym rynku poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

Odwołujący podkreślił, że wycena poszczególnych pozycji kosztorysu powinna być realna - wskazują na to postanowienia SIWZ oraz ST. W ocenie odwołującego, brak uwzględnienia realnych kosztów potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., która dokonała tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanych pozycji. Takiego działania nie można, zdaniem odwołującego, uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Jak wskazał odwołujący, stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy oceniać za wypełnienie podstaw do uznania, że STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w toku postępowania zamawiający jest zobowiązany do dołożenia należytej staranności w celu zachowania uczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowy w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, w którym stwierdzono, że zamawiający obowiązany jest eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszające postanowienia z ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zdaniem odwołującego, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wykonał ciążących na nim obowiązków.



Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Nie potwierdziły się zarzuty niezgodności oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie wysokości stawki zaoferowanej w poz. 68 formularza cenowego. Izba wzięła pod uwagę złożone przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. na rozprawie oświadczenie, iż była podwykonawcą głównego wykonawcy autostrady A2 na odcinku Świecko – Nowy Tomyśl i posiada zaplecze budowy w miejscowości Rzepin. Wykonawca oświadczył również, że w odległości 2,5 km od miejsca, w którym ma być realizowana inwestycja stanowiąca przedmiot zamówienia zmagazynowany jest materiał, który zostanie wykorzystany przy realizacji tej inwestycji. Oświadczenie to zostało poparte ofertą, jaką otrzymała STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. na dostawę materiału objętego pozycją 68 formularza ofertowego. Treść tej oferty jednoznacznie potwierdza realność zaoferowanej przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. stawki. Oferta ta została zastrzeżona przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, stąd brak jest możliwości szczegółowego odniesienia się do jej treści. Jednocześnie, dowodu na okoliczność, iż stawka zaoferowana przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. jest zaniżona nie może stanowić oferta podwykonawcy złożona odwołującemu, jako że nie uwzględnia ona indywidualnych

czynników mających wpływ na wysokość stawki dostępnych STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.

Za nie udowodniony Izba uznała również zarzut niezgodności oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie wysokości stawki zaoferowanej w poz. 64 formularza cenowego. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż wysokość tej stawki wynika z przeniesienia kosztów na zakup i dostawy gruntu do wbudowania w nasyp (poz. 68 formularza ofertowego) do stawki za wykopy oraz przekopy wykonane na odkład (poz. 64 formularza ofertowego). Twierdzenie to nie może się ostać także wobec wykazania przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. realności stawki z poz. 68 formularza ofertowego. Odwołujący nie dowiódł również, że zamawiający niewłaściwie oszacował jednostkowe ilości przewidziane w przedmiotowej pozycji, co miałyby być wykorzystane przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. do manipulowania stawkami. Twierdzenie to nie zostało poparte przez odwołującego jakąkolwiek analizą czy dowodami. Izba zgodziła się z odwołującym, iż wycena poszczególnych pozycji powinna być rzeczywista. Izba uznała jednak, że o nierealności stawki nie może świadczyć li tylko okoliczność, iż STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. zaproponowała wyższą stawkę w pozycji 64 formularza ofertowego niż pozostali wykonawcy. Indywidualna kalkulacja oferowanej ceny jest prawem wykonawcy, które, o ile nie narusza przepisów prawa oraz reguł postępowania ustalonych przez zamawiającego, nie powinno podlegać ograniczeniu. O kalkulowaniu stawek według uwarunkowań dostępnych każdemu wykonawcy z osobna świadczą złożone przez odwołującego, STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., jak też zamawiającego zestawienia stawek oferowanych przez poszczególnych wykonawców w różnych postępowaniach.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.

W konsekwencji powyższego, nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....