

Sygn. akt: KIO 545/16
KIO 563/16

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 kwietnia 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 14 kwietnia 2016r. przez **wykonawcę Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5**

B. w dniu 15 kwietnia 2016r. przez **wykonawcę Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Gliwice – Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31**

przy udziale **wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 545/16 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Nad Bytomką 1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 545/16 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 563/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. oddala odwołanie **wykonawcy Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5**

1B. oddala odwołanie **wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajęczka 9**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5** i wykonawcę **Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajęczka 9** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5** i przez **wykonawcę Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajęczka 9** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **wykonawcy Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5** na rzecz zamawiającego **Miasto Gliwice – Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesione z tytułu zastępstwa prawnego

2.3. zasądza od **wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajęczka 9** na rzecz zamawiającego **Miasto Gliwice – Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesione z tytułu zastępstwa prawnego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 545/16

KIO 563/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Rozbudowa ul. Kujawskiej, ul. Akademickiej i ul. Panewnickiej w Gliwicach wraz z rozbudową skrzyżowań” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2016/S 017-025077 w dniu 26 stycznia 2016r.

W dniu 5 kwietnia 2016r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Nad Bytomką 1, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Szwedzka 5, a na trzecim wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9.

Sygn. akt KIO 545/16

W dniu 14 kwietnia 2016r. Eurovia Polska Spółka Akcyjna wniosła odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 kwietnia 2016r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 13 kwietnia 2016r. bezpośrednio.

Odwołujący wniósł odwołanie od zaniechania przez zamawiającego udostępnienia mu informacji, objętych bezskutecznym zastrzeżeniem „tajemnicy przedsiębiorstwa” w świetle przepisów art.8 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2014r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2015r. poz. 2164 – dalej ustawy) oraz wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 4, w związku z art. 90 ust.3 ustawy. Odwołujący w dniu 6 kwietnia 2016r. otrzymał od zamawiającego informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej, zaś w dniu 12 kwietnia 2016r. zamawiający odmówił odwołującemu wglądu w treść wyjaśnień wykonawcy wybranego złożonych w dniu 22 marca 2016r. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, objętych przez niego zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W dniu 12 kwietnia 2016 r. zamawiający udzielił pisemnej odpowiedzi na pisemny wniosek Odwołującego złożony w dniu 7 kwietnia 2016r. jednocześnie udostępniając kopię kilku niekompletnych stron wyjaśnień złożonych przez PRUiM w dniu 22 marca 2016r., które według zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz pismo wykonawcy wybranego z dnia 11 kwietnia 2016r., w którym ten wykonawca

wskazując, iż odpowiada na pismo dotyczące ujawnienia przedstawionych wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty, rozstrzyga, które fragmenty wyjaśnień może zamawiający ujawnić. W ocenie odwołującego z powyższego wynika, że zamawiający po dniu 7 kwietnia 2016 r. zwrócił się do wybranego wykonawcy o wskazanie, które informacje faktycznie stanowią tajemnice przedsiębiorstwa oraz o wykazanie tego faktu, mimo, że zdaniem odwołującego zgodnie z art.8 ust.3 ustawy, wykonawca wybrany takich czynności powinien być dokonać w dacie składania wyjaśnień co do ceny z dnia 22 marca 2016 r.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż gdyby czynności zamawiającego nie zostały podjęte z naruszeniem prawa, to miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. W kontekście kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu, po odrzuceniu oferty wybranego wykonawcy, najkorzystniejszą byłaby oferta odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

1. art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia złożonych przez PRUiM z Gliwic wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty pomimo, że podmiot ten nie wykazał, że dane tam zawarte stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa,

2. art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U z 2003 r., Nr 153, poz. 1503. z późn. zm.) w związku z art. 8 ust. 2 oraz ust.3 ustawy przez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez PRUiM w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia jednej z naczelných zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania,

3. art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PRUiM z Gliwic, pomimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Przedsiębiorstwa Remontu Ulic i Mostów z siedzibą w Gliwicach,

2. nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu pełnej treści wyjaśnień złożonych przez PRUiM dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, bezskutecznie zastrzeżonych w terminie złożenia wyjaśnień,

3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,

4. odrzucenia oferty PRUiM, jako oferty zawierającej cenę rażąco niską

5. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,

6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie ceny złożonych przez wykonawcę wybranego odwołujący wskazał, że od dnia 19 października 2014 r. ustawodawca, nowelizując art. 8 ust. 3 ustawy, nałożył na wykonawcę, zastrzegającego informacje zawarte w ofercie, jako stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa, dodatkowy obowiązek, tj. obowiązek wykazania, iż zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy. Ten nowy obowiązek winien być przy tym wykonany jednocześnie z dokonywanym zastrzeżeniem zachowania informacji w poufności, tak Izba w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 165/15, w wyroku KIO z dnia 3 marca 2015 r. sygn. akt KIO 291/15

Podsumowując odwołujący wskazał, że wywodzące się z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy prawo wykonawcy do objęcia zastrzeżeniem wskazanych informacji (części oferty), jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, przyjmuje się także, jako uprawnienie, do objęcia takim zastrzeżeniem informacji składanych po upływie terminu składania ofert. Jednocześnie bezspornym jest, iż również w takich przypadkach, wiążący dla wykonawcy jest obowiązek wykazania - dokonywany wraz (jednocześnie) z dokonywanym zastrzeżeniem - że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego wykonawca wybrany, choć dacie 22 marca 2016r. zastrzegł poufność wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak w tym terminie nie wykazał, iż zastrzegane przez niego informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreślił, że zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje, a w szczególności kalkulacja cenowa mają istotne znaczenie dla możliwości zweryfikowania, czy kalkulacja ta jest prawidłowa. Brak możliwości zapoznania się z treścią tych wyjaśnień znacznie utrudnia skuteczne skorzystanie z przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej.

To zaniechanie zamawiającego, zdaniem odwołującego może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.(art.192 ust.2 ustawy).

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty PRUiM na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3, jako oferty zawierającej cenę rażąco niską, to odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 11 ofert. Ceny ofertowe zawierały się w przedziale od 18.498.703,20 PLN do 27.560.496,26 PLN, przy budżecie zamawiającego 39.236.200,00 PLN. Wynika z tego, że cena najtańszej oferty jest niższa od środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia o ok. 52,85%, a cena najdroższej oferty o ok. 29,76%. Oznacza to, że ceny aż 10 z 11 złożonych ofert są niższe o ponad 30% od budżetu zamawiającego. Również średnia cena ze wszystkich złożonych ofert jest niższa o ponad 30% od środków wskazanych przez zamawiającego. W konsekwencji odwołujący przyjął, że zamawiający znacznie przeszacował wartość zamówienia. Stąd odwołujący oparł swój zarzut

przede wszystkim na cenach rynkowych tj. cenach zaoferowanych przez wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu.

O ile różnice pomiędzy poszczególnymi cenami - uszeregowanymi od ceny najniższej do ceny najwyższej - zawierają się w granicach kilkuset tysięcy złotych (wyjątek - różnica pomiędzy ceną POL- AQUA a ceną BALZOLA wynosząca ok. 1,3 mln PLN), to różnica pomiędzy najtańszą ofertą - PRUiM, a następną ceną wynosi blisko 4 mln PLN (dokładnie 3.844.662,79 PLN). Już sam ten fakt, w ocenie odwołującego, winien wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego, co do możliwości należytego wykonania zamówienia za tak niską cenę. Odwołujący wskazując na występujące w postępowaniu skupienie zaoferowanych cen dla potrzeby argumentacji przyjął „wartość mediany” (medianę) . Wartością medialną jest cena szóstej w kolejności oferty (pięć cen jest niższych, pięć cen jest wyższych), w uporządkowanym szeregu cen. Tą wartością jest cena zaoferowana przez Energopol Kraków w wysokości 24.779.642,15 PLN. Odwołujący podkreślił, że o ile rozrzut cen pozostałych 10 ofert w stosunku do wartości medialnej, zawiera się w przedziale ok. 10%, to cena PRUiM odbiega od tej ceny o ponad 25%. Zdaniem odwołującego okoliczność ta nie może być pominięta przy badaniu zasadności odwołania. Stanowiska odwołującego nie zmieniły także udostępnione mu fragmenty wyjaśnień z dnia 22 marca 2016r., gdyż poza ogólnikami (wykwalifikowana kadra, wydajny sprzęt, dysponowanie stabilnymi i dobrze zorganizowanymi brygadami roboczymi, skuteczną kadrą itp.) oraz kilkoma oświadczeniami i deklaracjami nie zawierają ani jednego elementu, który potwierdzałby rzetelność skalkulowanej ceny. Co do jakości dowodowej takich ogólnych wyjaśnień odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 26 marca 2015 r. sygn. akt: KIO 499/15. Ponadto odwołujący podniósł, że niektóre z udostępnionych wyjaśnień są zupełnie chybione jak argument o skróceniu czasookresu realizacji robót, w sytuacji gdy zaproponowany przez wykonawcę termin jest taki sam jak u 10 pozostałych wykonawców tj. 31 października 2016r. Również powołane posiadanie we współwłasności spółki SILESIA ASFALTY - producenta mas mineralno- bitumicznych nie przesądza o szczególnie korzystnych warunkach realizacji zamówienia dla wykonawcy wybranego, gdyż sam odwołujący jest drugim – większościowym udziałowcem. To tłumaczyć może tylko bardzo zbliżone ceny obydwu wykonawców w branży drogowej (poz.2 zbiorczego zestawienia kosztów) - PRUiM ok.6,5 mln PLN, EUROVIA - ok. 6,6 mln PLN. Element ten nie wyjaśnia jednak nadal przyczyn blisko 4 mln różnicy cen ofertowych tych wykonawców za wykonanie zamówienia.

Odwołujący z uwagi na brak dostępu do pełnych wyjaśnień wykonawcy wybranego z dnia 22 marca 2016r. oświadczył, że zmuszony jest ograniczyć do wiedzy ogólnie dostępnej każdemu profesjonalście funkcjonującemu na tym rynku zamówień, popartej uzyskanymi dowodami - ofertami producentów materiałów, jakie muszą zostać zastosowane przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z postanowieniami siwz Rozdz. 3 „Opis przedmiotu zamówienia” pkt III.4 (str.6/17 siwz), w zakresie „Branży wodociągowo - kanalizacyjnej” zamawiający wskazał, iż:

„4. Branża wodociągowo-kanalizacyjna

W ramach robót danej branży należało będzie wykonać:

- budowę/przebudowę kanalizacji deszczowej,
- przebudowę kanalizacji sanitarnej,
- przebudowę sieci wodociągowej
- przebudowę kolektora wód dołowych (uwaga: wykonanie robót z tego zakresu wymaga ścisłego przestrzegania reżimu technologicznego związanego ze specyfika funkcjonowania przebudowywanej sieci).

Szczegółowy opis robót z branży wodociągowo - kanalizacyjnej ujęty został w projekcie branżowym (Tom 7).”

Odwołujący wskazał na wykluczenie możliwości składania ofert wariantowych oraz wyraźne podkreślenie w treści siwz bezwzględnego wymogu wykonania kolektora wód dołowych przy „ścisłym przestrzeganiu reżimu technologicznego” - odpowiedź udzielona przez zamawiającego w zestawie nr 8 z dnia 16.02.2016 wykluczająca możliwość zastosowanie innych materiałów - pozwalają na dokładną i rzetelną ocenę realności ceny wykonania poz.12 zbiorczego zestawienia kosztów - „Branża wodociągowo- kanalizacyjna: kolektor wód dołowych”.

Wybrany wykonawca - PRUiM - zaoferował - zgodnie z treścią jego oferty - wykonanie tego zadania za kwotę 1.674.752,23 PLN.

Dokonane w trakcie przygotowywania oferty przez odwołującego rozeznanie rynku, potwierdzone zebranymi ofertami handlowymi oraz ofertami dedykowanymi Spółce EUROVIA POLSKA S.A. na potrzeby przedmiotowego postępowania, wykazują że koszty, jakie muszą obejmować wskazane poniżej pozycje kosztorysu ofertowego „Branża wodociągowo-kanalizacyjna: kolektor wód dołowych”:

- i. poz. 10 - „Montaż rur kanalizacyjnych z GRP SN10 DN2000/1000 - przekrój dzwonowy” ilość jednostek 485 mb.
- ii. poz. 11 - 15 „Montaż studni kanalizacyjnych..., Montaż przyłącza ..., Montaż redukcji panelu dzwonowego na profil kołowy..” wynoszą w zależności od producenta rur od 2.706.490,05 PLN do 4.108.310,19 PLN.

A więc, sumaryczne koszty - tylko tych 6 pozycji - są znacznie wyższe od całkowitego kosztu wykonania kanalizacji wód dołowych oferowanego przez wybranego wykonawcę, co zdaniem odwołującego potwierdza, iż jest to cena nierealna, za którą nie jest możliwe wykonanie tej części zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Porównując ceny jednostkowe pozycji 10 kosztorysu ofertowego w branży kanalizacyjnej: kolektor wód dołowych - „Montaż rur kanalizacyjnych z GRP SN10 DN2000/1000 - przekrój dzwonowy, w ocenie odwołującego uwidacznia się powód takiej sytuacji.

O ile w odniesieniu do pozostałych 10 wykonawców, cena jednostkowa [PLN/mb] zawiera się w kwocie od 4.000 PLN/mb do 6.774,19 PLN/mb PLN (średnia - 5.414,64 PLN/mb) - o tyle cena oferowana przez wybranego wykonawcę - PRUiM - wynosi zaledwie 2.260,85 PLN/mb, stanowiąc tylko ok. 41,8% średniej cen jednostkowych pozostałych 10 wykonawców.

Jest to cena, za którą w aktualnej sytuacji rynkowej nie jest możliwe nabycie rur kanalizacyjnych z GRP SN10 DN2000/1000 o przekroju dzwonowym, wykonanych w technologii bezwzględnie wymaganej przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę:

i. przyjęty przez zamawiającego sposób rozliczeń, wskazany postanowieniami siwz Rozdz.16 „Opis sposobu obliczenia ceny” (str.13/17) pkt 5:

„Ilości robót w poszczególnych pozycjach Kosztorysu ofertowego nie są ostateczne i zostały podane po to aby dać Wykonawcom wspólną podstawę do wyliczenia ceny oferty. Podstawa płatności będą rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót, obmierzone przez wykonawcę i sprawdzone przez przedstawiciela zamawiającego oraz ceny jednostkowe podane przez wykonawcę w Kosztorysie Ofertowym.”

ii. wymóg złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych (Rozdz.9 pkt 7 siwz);

iii. wykazaną nierealność kosztów wykonania zadania pn. „kanalizacja wód dołowych” za cenę zaoferowaną przez wybranego wykonawcę,

niezależnie od innych wad w kalkulacji ceny ofertowej PRUiM (nieдоступnych odwołującemu w następstwie naruszenia prawa przez zamawiającego), które także mogą potwierdzać fakt zaoferowania ceny rażąco niskiej, zaoferowanie wykonanie znaczącej, wyodrębnionej dokumentacyjnie i przedmiarowo części zamówienia za nierealną ceną (ceną rażąco niską) musi, zdaniem odwołującego, skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 ustawy.

Pogląd taki w ocenie odwołującego znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jako przykład przytoczył uzasadnienie wyroku z dnia 12 lutego 2016 r. sygn. akt: KIO 93/16, podobnie w wyroku z dnia 24 czerwca 2014 r. w połączonych sprawach sygn. akt: KIO 1181/14, KIO 1182/14, KIO 1183/14, KIO 1194/14, KIO 1195/14.

W dniu 13 kwietnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego drogą elektroniczną przystąpił wykonawca Skanska Spółka Akcyjna wnosząc o uwzględnienie

odwołania i wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyeliminowania wykonawcy wybranego, zaś sam zgłaszający złożył własne odwołanie, w którym kwestionuje zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego. W konsekwencji zgłaszający ma szansę na uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 czerwca 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 15 kwietnia 2016r.

W dniu 15 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego drogą elektroniczną przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna wniósł o odrzucenie odwołania w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy ewentualnie o oddalenie odwołania i wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a korzystny dla zamawiającego wynik postępowania odwoławczego, pozwoli zgłaszającemu na utrzymanie tej pozycji. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 kwietnia 2016r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Brak dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

Sygn. akt KIO 563/16

W dniu 15 kwietnia 2016r. odwołanie wniósł wykonawca Skanska Spółka Akcyjna. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 czerwca 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 15 kwietnia 2016r.

Odwołujący Skanska zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez wykonawcę PRUiM oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Eurovia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PRUiM, pomimo iż treść jego oferty jest niezgodna z treścią siwz;

3) art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PRUiM, mimo iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę;

4) art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PRUiM mimo, iż nie sposób uznać, aby wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdziły, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) art. 87 ust. 1 ustawy przez brak wezwania do wyjaśnienia treści oferty zarówno wykonawcy PRUiM, pomimo, iż z oferty tego wykonawcy w oczywisty sposób wynika, iż ceny wskazane w zakwestionowanych w niniejszym odwołaniu pozycjach, nie pokrywają kosztów zakupu materiałów tam przewidzianych, jak i wykonawcy Eurovia, pomimo, iż z oferty tego wykonawcy w oczywisty sposób wynika, iż ceny wskazane w zakwestionowanych w niniejszym odwołaniu pozycjach nie pokrywają kosztów zakupu materiałów tam przewidzianych i dalece różnią od siebie pomimo wyceny tego samego asortymentu;

6) art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503, ze zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty Eurov/a mimo, iż sposób skalkulowania przez tego wykonawcę oferty wskazuje na czyn nieuczciwej konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje i interes zamawiającego oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku;

7) art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia, pomimo iż treść jego oferty jest niezgodna z treścią siwz;

ewentualnie (z tzw. ostrożności procesowej)

8) przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia, mimo iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę

9) przepisu art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia mimo, iż nie sposób uznać, aby wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdziły, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy PRUiM jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym odwołaniu,
- 3) odrzucenia oferty PRUiM;
- 4) odrzucenia oferty Eurovia;
- 5) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem gdyby zamawiający działał zgodnie z prawem oferta PRUiM i Eurovia powinny zostać odrzucone, a zamawiający powinien wybrać ofertę

odwołującego, jako ofertę najkorzystniejszą. W przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący będzie miał możliwość wygrania przedmiotowego przetargu i zawarcia umowy z zamawiającym.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu złożono 11 ofert, w tym 5 ofert niepodlegających odrzuceniu. Jako najkorzystniejszą ofertę zamawiający wybrał ofertę wykonawcy PRUiM, oferta wykonawcy Eurovia uplasowała się na drugim miejscu, zaś oferta odwołującego na miejscu trzecim. Odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienie cen wszystkich złożonych ofert w wartościach brutto i netto.

W zakresie zarzutów dotyczących badania i oceny oferty PRUiM odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 16 marca 2016 r. skierował do PRUiM wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający w szczególności zwrócił się do wykonawcy o przedstawienie sposobu wyliczenia ceny w pozycjach TEWS nr 12. Branża wodociągowo - kanalizacyjna - kolektor wód dołowych; 17. Branża zieleni i dodatkowo wskazał, iż wyjaśnienia i przedstawione dowody powinny ujawniać najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo: zaangażowanie odpowiedniego sprzętu, oszczędność metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, koszty pracy (zamawiający pominął konieczność wykazania tak istotnego elementu jakim jest materiał). Złożone wyjaśnienia i dowody miały przekonać zamawiającego, a później też innych uczestników postępowania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Złożone przez PRUiM wyjaśnienia zostały zastrzeżone w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym odwołujący pozbawiony został możliwości dostępu do pełnej treści tegoż dokumentu, co powoduje, iż w niniejszym odwołaniu ogranicza się do wiedzy ogólnie dostępnej oferentom.

Zgodnie z art. 90 ustawy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, które pozwolą zamawiającemu na zbadanie czy cena oferty nie jest rażąco niska powinny zawierać dowody, dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314).

W ocenie odwołującego w ofercie PRUiM koszty znacząco odbiegają od pozostałych ofert, dotyczy to głównie TEWS nr 12. Branża wodociągowo-kanalizacyjna - kolektor wód dołowych w którym, poz. 10 - „Montaż rur kanalizacyjnych z GRP SN10 DN2000/1000 - przekrój dzwonowy”.

Zamawiający bardzo wyraźnie zarówno w siwz „Opis przedmiotu zamówienia” w zakresie „Branży wodociągowo-kanalizacyjnej” jak i zarówno w toku postępowania przetargowego w odpowiedziach na pytania oferentów wskazał, iż przebudowa kolektora wód dołowych do której to odnosi się między innymi a zarazem przede wszystkim co do wartości pozycja 10 - „Montaż rur kanalizacyjnych z GRP SN10 DN2000/1000 - przekroji dzwonowy” wymagał ścisłego przestrzegania reżimu technologicznego związanego ze specyfiką przebudowywanej sieci oraz, że ma być wycenione zgodnie z siwz. Oferenci zadając pytania nr 7 i 13 dotyczące ewentualnej zgody zamawiającego na zamiany rur GRP na rury z tego samego materiału o innym przekroju poprzecznym i średnicy lub na rury z innego materiału (PP, PE) poszukiwali potencjalnych oszczędności wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie przebudowy kolektora, a w przypadku braku zgody zamawiającego, tymi pytaniami chcieli uświadomić pozostałych oferentów w kwestii zakresu i wymagań wykonania przebudowy kolektora. Zamawiający odpowiedział odmownie na pytania nr 7 i 13. Zdaniem odwołującego, zaoferowana przez PRUiM cena bezsprzecznie wskazuje, że PRUiM nie uwzględnił tych odpowiedzi w swojej ofercie, tym samym złożył ofertę niezgodną z treścią siwz oraz zawierającą cenę rażąco niską.

Wybrany wykonawca PRUiM zaoferował wg złożonej oferty wykonanie przebudowy kolektora wód dołowych - „Branża wodociągowo-kanalizacyjna : kolektor wód dołowych” za kwotę 1.674.752,23 PLN w odniesieniu do odwołującego SKANSKA w kwocie 3.656.683,09 PLN

Zaproponowana cena przez PRUiM w przedmiarze „Branża wodociągowo-kanalizacyjna : kolektor wód dołowych” nie pokrywa nawet połowy kosztu podstawowego materiału tj. rur i studni które należy zastosować na ww. zadaniu. Koszty samej tylko rury GRP SN10 DN2000/1000 zgodnej z zapisami siwz którą należy zastosować na ww. zadaniu według odwołującego po zebraniu ofert od producentów jak i dostawców oscylują w zależności od producenta w kwocie od ok. 5000 zł/mb wzwyż, a co za tym idzie wartość samego materiału w postaci rur GRP SN10 DN2000/1000 to ok. 2.425.000,00 PLN.

Oprócz kosztu materiału wykonawcy zobowiązani byli także wycenić wykonanie przekopów kontrolnych, wykonanie wykopów, pełne umocnienie ścian wykopów, wykonanie podsypki piaskowej, wykonanie obsypki piaskowej, zasypanie wykopów, montaż rur i inne składowe ceny jednostkowej. Zaoferowana przez PRUiM cena w tej pozycji stanowi jedynie 41,75% średniej cen w ofertach pozostałych 10 Wykonawców, co w ocenie odwołującego powoduje, że jest to cena rażąco niska, a złożenie oferty stoi w sprzeczności z wymaganiami siwz.

Jako dowód odwołujący powołał oferty jakie otrzymał od trzech producentów i dostawców spełniające zapisy siwz. Dowód ten został opatrzony klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z pkt III swych wyjaśnień do zamawiającego z dnia 21 marca 2016 r., nr 205/MO/16 Odwołujący domniemywa, iż PRUiM nie przedłożyła zamawiającemu ofert materiałowych,

ale tylko kalkulacje lub też ofertę podwykonawczą z globalną ceną, która nie została poddana dogłębnej analizie ceny jej elementów składowych. Niemożliwe jest, w ocenie odwołującego, aby firma PRUIM w swojej ofercie cenowej dotyczącej „Branża wodociągowo-kanalizacyjna: kolektor wód dołowych” uwzględniła wymagania siwz jak i reżim wykonawczy podkreślany przez zamawiającego. Bez zmiany rur GRP SN10 DN2000/1000 na rury z innego materiału bądź zmiany średnicy lub zastosowanie innego rozwiązania technicznego, zdaniem odwołującego niemożliwe było ustalenie cen ze spornej pozycji na tym poziomie.

Odwołujący powołując się na orzecznictwo KIO (m.in. KIO 189/15, KIO 1680/14) wskazał, że wyjaśnienia powinny mieć charakter kompleksowy i rzeczowy, powinny być szczegółowe i wyczerpujące, tak aby zamawiający nie miał żadnych wątpliwości czy cena nie jest rażąco niska i uważa, że wyjaśnienia PRUIM takie nie są. Tym samym zamawiający winien był odrzucić ofertę PRUIM.

W zakresie zarzutów dotyczących badania i oceny oferty Eurovia.

Odwołujący powołał z ust. 16 pkt 7 siwz - Opis sposobu Obliczania Ceny - ceny umieszczone przy poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego winny obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót a w szczególności:

- koszty bezpośrednie - w tym koszty wszelkiej robocizny obejmujące płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac,
- koszty wszelkich materiałów i koszty dostarczenia tych materiałów na miejsce wbudowania,
- koszty zatrudnienia wszelkiego sprzętu budowlanego, oraz koszty sprowadzenia tego sprzętu na plac budowy, koszty jego montażu i demontażu po zakończeniu budowy,
- koszty ogólne budowy i koszty zarządu
- zysk
- wszelkie inne koszty np. nadzory branżowe, opłaty i należności związane z wykonywaniem robót, koszty opisane w siwz, koszty związane z odpowiedzialnością materialną, zobowiązaniami wynikającymi z treści rysunków, STWiORB, warunków umowy i przepisami dotyczącymi wykonywania robót budowlanych.

Z kolei ust. 16 pkt 11 siwz stanowi, iż w dowolnym momencie badania i oceny ofert a także po zawarciu umowy na zadanie zamawiającego, wykonawca ma obowiązek udzielenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia wysokości określonych cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym.

Z analizy wszystkich ofert złożonych w postępowaniu i prostego porównania cen pozycji wynika zdaniem odwołującego, iż Eurovia nie wyceniła zakresu prac oczekiwanych przez zamawiającego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

W swojej metodzie analizy złożonych ofert odwołujący przyjął zasadę porównywania ceny Eurovia Polska S.A:

1. do ceny dla danej analizowanej pozycji, niezależnie od tego przez kogo została ona zaoferowana - dzięki temu ustalono, czy Eurovia Polska S.A istotnie odbiega od pozostałych oferentów,

2. do średniej z wszystkich dziesięciu ofert z wyłączeniem oferty Eurovia Polska S.A - dzięki temu oceniono, czy cena Eurovia Polska S.A jest rynkowa i w jaki sposób odbiega od pozostałych ofert i wyliczonej wartości środkowej.

Analizując ofertę Eurovia Polska S.A odwołujący zauważył, że niektóre z jej poszczególnych cen składowych w kosztorysie ofertowym znacząco odbiegają od cen w pozostałych złożonych ofert. Chodzi tu głównie o takie pozycje kosztorysowe jak:

1) pozycja 13 TER Branża drogowa - „Podbudowy pomocnicze z mieszanki związanej cementem” (pozycje kosztorysowe 13.1; 13.2; 13.3), gdzie Eurovia zaoferowała kwotę 32 979,20 zł, która różni się o 1 232,65 % od średniej ceny wyliczonej na bazie cen wszystkich oferentów (439 498,46 zł).

Porównanie cen i różnice procentowe pomiędzy wykonawcami dla pozycji 13.1; 13.2; 13.3 odwołujący zaprezentował w tabeli nr 1.

Celem porównania złożonej ceny przez Eurovia na wykonanie Podbudowa pomocniczej z mieszanki związanej cementem C5/6 gr. 15 cm za cenę 1.10 zł/m² odwołujący posłużył się:

- średnią ceną robót drogowych zawartą w Sekocenbud kwartał 1/2016r., oraz przyjął realnie najniższe ceny materiałów koniecznych wykonania.

Zgodnie z publikacją Sekocenbud 1 Kwartał 2016 r. (str. 34. Poz. 249 - „Wykonanie podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem z uprzednim doziarnieniem, gr. w-wy 15 cm” - średnia cena wynosi 34.66 zł/m².

Odwołujący skalkulował te pozycje w sposób następujący :

• Koszt materiału:

Koszt kruszywa, zgodnie z ofertą (zał. nr 1)

a. dla poz. 13.1 i 13.2 „Podbudowa pomocnicza z mieszanki związanej cementem C5/6 gr. 15 cm” i „Podbudowa pomocnicza z mieszanki związanej cementem C3/4 gr. 15 cm” - wynosi: $30,00 \text{ zł/tonę} \times 2,0 \text{ t/m}^3 \times 0,15 \text{ m} \times 0,7^* = 6,30 \text{ zł/m}^2$. za mieszankę 0/31,5mm z kopalni oddalonej od placu budowy o 58 km

Nawet gdyby Eurovia posiadała nadzwyczaj korzystną ofertę cenową, to zgodnie z Sekocenbud dla I kwartału 2016 roku (poz. 976) średnia cena wynosi 57,75 zł/t. Wtedy koszt materiału wyglądałby następująco: $57,75 \text{ zł/t} \times 2,0 \text{ t/m}^3 \times 0,15 \times 0,7 = 12,13 \text{ zł/m}^2$.

(Zgodnie z STWiORB D. 04.05.01 kruszywem do wykonania podbudowy pomocniczej z mieszanki związanej cementem może być w 30% kruszywo z recyklingu a 70 % kruszywo spełniające w/w Specyfikacje)

Koszt cementu

a. dla poz. 13.1-13.2 zgodnie z receptą określono zastosowanie 80 kg cementu/m³ mieszanki czyli:

$0,08 \text{ t} \times 211,00 \text{ zł/t} \times 0,15 \text{ m} = 2,53 \text{ zł/m}^2$ (załącznik nr 2 – oferta Warta S.A.)

Nawet gdyby Eurovia posiadała nadzwyczaj korzystną ofertę cenową, to zgodnie z Sekocenbud dla I kwartału 2016 roku (poz. 1060) średnia cena wynosi 357,94 zł/t. Wtedy koszt materiału wyglądałby następująco: $0,08 \text{ t} \times 357,94 \text{ zł/t} \times 0,15 \text{ m} = 4,30 \text{ zł/m}^2$

• Koszt sprzętu i robocizny

Sprzęt - Rynkowa średnia cena godziny pracy recyklera wraz z siewnikiem do cementu to 600,00 zł/h, oraz średnia cena pracy walca 12 tonowego to 120,00 zł/h,

Robocizna - Praca 2 ludzi po średniej rynkowej cenie 30,00 zł/h. wydajności maszyny to około 300,00 m²/h

Także przy tej wydajności łączny koszt $600 \text{ zł/h}/300\text{m}^2/\text{h} + 2 \times 30\text{zł/h}/300\text{m}^2/\text{h} + 120\text{zł/h}/300\text{m}^2/\text{h} = 2,60 \text{ zł/m}^2$

Sumaryczne koszty powyższych pozycji są zatem zdaniem odwołującego znacznie wyższe od cen jednostkowych oferowanych przez Eurovie (1,10 zł/m²), co potwierdza iż jest to cena nierealna, za którą nie jest możliwe wykonanie tej części robót zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Cena Eurovii i odwołującego dla poszczególnych pozycji (13.1 - 13.3 i 2.1) różni się o 1 199 309,69 zł. Wartość ww. pozycji w ofercie Skanska 1318 358,89 zł , wartość tych samych pozycji w ofercie Eurovia 119 049,20 zł.

Tak duże różnice powinny zdaniem odwołującego skłonić zamawiającego do analizy czy zostały one wycenione zgodnie z treścią siwz i czy zawierają wszystkie składowe koszty wykonywania asortymentu robót ujętych w Specyfikacji. STWiORB nr D.04.05.01.11, D.04.05.01.12, D.04.05.01.13 i w technologii wykonania przez : zakup i dostarczenie wymaganych materiałów, dostarczenie i pracę sprzętu oraz urządzeń pomocniczych, doziarnienie warstwy kruszywem, zabezpieczenie przed nawodnieniem, odwodnienie podłoża, ewentualne osuszenie zawilgoconego podłoża, rozłożenie wymaganej ilości właściwego spoiwa hydraulicznego lub jego dozowanie w postaci zaczynu, wymieszanie gruntu ze spoiwem metodą „na miejscu”, na głębokość pozwalającą na uzyskanie projektowanej grubości warstwy po zagęszczeniu, wyprofilowanie i zagęszczenie warstwy gruntu stabilizowanego, pielęgnacja warstwy i jej utrzymanie.

Nawet jeżeli Eurovia przyjęła w swojej ofercie „zerowy” koszt materiału, to nie realnym jest wykonanie tych robót za cenę 1,10 zł/m², gdyż istnieją koszty, które wykonawca musi ponieść, gdyż inaczej naruszyłby obowiązujące przepisy prawa m.in. przepisy Ustawa z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U.2015.2008 z dnia 2015.12.01 r.), o których również mowa jest w przesłankach uznawania ceny za rażąco niską (art. 90 ust. 1).

Zdaniem odwołującego zaniżona jest także pozycja 27.1 TER Branża drogowa - „Ustawienie krawężników kamiennych 20x30cm na ławie z oporem z betonu C16/20” gdzie Eurovia zaoferowała kwotę 86 070,00 zł która stanowi 1 058,70 % różnicy do średniej z cen wszystkich oferentów (997 293,09 zł). Odwołujący przedstawił porównanie cen zaoferowanych przez wykonawców w pozycji nr 27.1 w tabeli nr 2.

Odwołujący podniósł, iż oferta Eurovia zawiera również w sobie takie sprzeczności, polegające na zaoferowaniu cen jednostkowych dla praktycznie tożsamych zakresów po cenach diametralnie różniących się od siebie, co zilustrował tabelą nr 3 porównując opisy i ceny w poz. 27.1. i 27.2, gdzie Eurovia zaoferowała wykonanie:

Poz. 27.1. ustawienie krawężników kamiennych 20x30 cm na ławie z oporem z betonu C16/20 za cenę jednostkową 10,00zł

Poz. 27.2. ustawienie krawężników kamiennych 20x30 cm na ławie z oporem z betonu C16/20 obniżone za cenę jednostkową 96,00zł.

W ocenie odwołującego niemożliwa do zaakceptowania jest różnica cen w tych dwóch pozycjach, gdyż ich wykonanie zgodnie z projektem różni się jedynie w zakresie zmniejszeniem widoku (odkrycia) światła krawężnika, a wszystkie czynności jakie trzeba wykonać w trakcie tych robót są takie same. Kalkulacja cenowa tych pozycji powinna być więc na takim samym lub bardzo zbliżonym poziomie. Jako doświadczony wykonawca Eurovia powinna wstawić w pozycji 27.1 cenę jednostkową przynajmniej zbliżoną lub równą poz. 27.2 (96,00 zł/m²).

Odwołujący posłużył się także średnią ceną robót drogowych zawartą w Sekocenbud kwartał 1/2016r, swoim doświadczeń jak również przyjmując najniższe oferty cen materiałów realnych do zastosowania.

Sekocenbud 1 Kwartał 2016 r. (str. 53. Poz. 557 - „Ustawienie krawężników kamiennych ulicznych o wym. 20x25 cm” - średnia cena wynosi 136.45 zł/m².

Odwołują skalkulował te pozycje w sposób następujący :

- krawężnik kamienny 20x30 po cenie jednostkowej 73 zł/m (załącznik nr 3);
- beton przeznaczony na ławy C16/20 w cenie z wytwórni betonowej odwołującego za cenę 130 zł/m³ (załącznik nr 4), (w przeliczeniu 0,075 m³ x 130 zł/m³ = 9,75 zł/mb),
- podsypka cementowo piaskowa w stosunku 1:4 z wytwórni betonowej odwołującego za cenę 127,50 za m³ (załącznik nr 4), (w przeliczeniu na mb : 0,2 m x 0,03m x 1mb x 127,50 = 0,77 zł/mb)
- Wykonanie szalowania pod ławy betonowe, transport materiałów na budowę, jak również robocizna 22,70zł/m (załącznik nr 5) zamówienie wraz z aneksem jest najkorzystniejszą ofertą podwykonawcy aktualnie realną na rynku budowlanym),

Dodatkowo dla porównania odwołujący sporządził kalkulację — wycenę krawężnika wg cen minimalnych - na podstawie informacji o cenach „SEKOCENBUD” , która jest zbliżona do cen jednostkowych podwykonawcy 22,78 zł/m (załącznik - dowód jawny -kosztorys j (...))

Co daje łączną kwotę za 1 mb, przyjmując najtańszą ofertę krawężników oraz ofertę podwykonawcy 106,52 zł/mb.

Jako dowód odwołujący powołał Załącznik II (1-5)- dowody wskazane w pkt II. nin. Odwołania, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz jawny kosztorys szczegółowy dot. ustawienia krawężników kamiennych :(...) i strony z Sekocenbudu -zeszyt 4/2016

Reasumując cena w ofercie Eurovii na poziomie 10,00 zł/m, zdaniem odwołującego, nie pokrywa zakupu i dostawy materiału spełniającego wymagania STWiORB, ponieważ cena rynkowa krawężników - materiału spełniającego wymagania specyfikacji oraz dokumentacji projektowej, wynosi od 64,0 do 73,0 zł/m. (załącznik nr 6)

Gdyby Eurovia prawidłowo wyceniła w/w pozycję (8 607 mb x 96,00 zł/m = 826 272 zł - 86 070,00 zł = 740 202,00 zł), jej oferta nie byłaby ofertą najkorzystniejszą, gdyż różni się od oferty odwołującego (a także od zdecydowanej większości pozostałych ofert) właśnie kwotą 740 202 zł.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że Eurovia startując w roku 2016 do przetargu na zadanie pn. „Rozbudowa z przebudową drogi powiatowej 2624 S - ul. Frysztacka w Cieszynie” zaoferował ustawienie krawężników po następujących cenach:

Krawężniki kamienne wtopione o wymiarach 20x30 cm układane na świeżym betonie - 95,00 zł/m

Krawężniki kamienne wystające o wymiarach 20x30 cm układane na świeżym betonie - 95 zł/m. Czyli Eurovia (odmiennie niż w niniejszym przetargu) uwzględniła ta sama cenę jednostkowa dla dwóch pozycji.

Jako dowód odwołujący powołał kopię strony z oferty Eurovii

Jeśliby nawet wykonawca argumentowałby, iż koszty związane ze sporną pozycją przyporządkował w innej pozycji, to takie nieuprawnione działanie jest niezgodne z treścią siwz, a ponadto narusza zasady uczciwej konkurencji, albowiem doprowadza do swoistej manipulacji ceny mającej wpływ na wynik rozstrzygnięcia postępowania przetargowego.

Co więcej, ewentualne umieszczenie kosztów związanych z tymi pracami w innych pozycjach, dotyczących robót, które są wykonywane wcześniej na osi czasu realizacji inwestycji - stanowi de facto nieuprawnione pobieranie zaliczek finansowych od zamawiającego. Odwołujący wzmocnił swoją argumentację odwołaniem do uchwały KIO z dnia 2 kwietnia 2015 r. KIO/KD 17/15. Takie konstruowanie kosztów, pozostające w sprzeczności z wyraźnym wymaganiem zamawiającego, co do sposobu ich lokowania i zaliczania, wobec zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowiącej naczelną zasadę zamówień publicznych, staje się w istocie nieuczciwą praktyką

gospodarczą - i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503, ze zm.), dalej jako: „uznk”. Odwołujący wskazał, iż stosownie do art. 3 ust. 1 przywołanej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołał się do wyroku KIO z dnia 24 września 2014 r., sygn. akt 1844/14. Z kolei w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, stwierdza się, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Odwołujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu został zagrożony interes nie tylko pozostałych wykonawców ale także interes zamawiającego, co wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem Eurovia, przypisując zakresowi w/w prac inne wartości, niż rzeczywiście winny im być przypisane:

- nie zamierza wykonać tego zakresu zgodnie z wymaganiami siwz, albo
- zamierza go wykonać przenosząc koszty z tej pozycji do innych celem zaliczkowania prac do czego oczywiście nie była uprawniona.

W nierozzerwalnym związku z powyższym pozostaje kwestia dotycząca uznania ceny oferty Eurovia za rażąco niską.

Zamawiający w dniu 16 marca 2016 r. skierował do Eurovia wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Złożone wyjaśnienia i dowody miały przekonać zamawiającego, a później też innych uczestników postępowania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Ponownie odwołujący zacytował wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r. sygn. akt 1844/14.

W świetle powyższego odwołujący uznał, iż zamawiający - który dokonał nieprawidłowej wyboru oferty PRUiM i zaniechania odrzucenia oferty Eurovia z postępowania swym postępowaniem naruszył art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 18 kwietnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Eurovia Polska Spółka Akcyjna wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż złożył samodzielne odwołanie kwestionując wybór najkorzystniejszej oferty, zaś oddalenie zarzutów dotyczących jego oferty, prawidłowo

według zgłaszającego ocenionej przez zamawiającego, umożliwi mu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 kwietnia 2016r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 18 kwietnia 2016r.

W dniu 20 kwietnia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego drogą elektroniczną przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna wniósł o odrzucenie odwołania w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy ewentualnie o oddalenie odwołania i wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a korzystny dla zamawiającego wynik postępowania odwoławczego, pozwoli zgłaszającemu na utrzymanie tej pozycji. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 kwietnia 2016r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Brak dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień treści siwz z dnia 16 i 26 lutego 2016r., poprawionych kosztorysów ofertowych ślepych i przedmiarów, oferty PRUiM, oferty Eurovia oraz kosztorysów wszystkich pozostałych wykonawców zakresie branży drogowej poz. 13.1.- 3 i 27.1. oraz branży kanalizacji deszczowej – kolektor wód dołowych poz. 1 – 22, wyjaśnień elementów oferty PRUiM i Eurovia mających wpływ na cenę oraz oświadczeń dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dowodów dołączonych przez odwołującego Skanska do odwołania.: wyciągu z Sekocenbud,

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale 3 pkt. III. 4 siwz - Branża wodociągowo-kanalizacyjna zamawiający zawarł następujące wymogi:

W ramach robót danej branży należało będzie wykonać:

- budowę/przebudowę kanalizacji deszczowej,
- przebudowę kanalizacji sanitarnej,
- przebudowę sieci wodociągowej

– przebudowę kolektora wód dołowych (uwaga: wykonanie robót z tego zakresu wymaga ścisłego przestrzegania reżimu technologicznego związanego ze specyfiką funkcjonowania przebudowywanej sieci) .

Szczegółowy opis robót z branży wodociągowo - kanalizacyjnej ujęty został w projekcie branżowym (Tom 7).

W pkt. IV. rozdziału 3 siwz zamawiający zawarł zalecenia dodatkowe związane z wykonaniem zamówienia tj. szczegółowy opis robót do wykonania w ramach przedmiotu zamówienia wraz z danymi ilościowymi zawarty jest w załączonej dokumentacji projektowej, przedmiarze robót, Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB).

Roboty należy wykonać zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową oraz zapisami w STWiORB Uwaga: W przypadku ewentualnego przedstawienia w dokumentacji projektowej wskazań na materiały budowlane lub urządzenia techniczne z podaniem producenta, należy je traktować, jako przykładowe, ze względu na zasady ustawy Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza zapis art. 29 ust. 3. Oznacza to, że wykonawca może zaproponować inne równoważne materiały i urządzenia pod warunkiem zachowania standardu, parametrów i sprawności urządzeń i materiałów na poziomie co najmniej prezentowanym przez wytypowanych w projektach producentów i dostawców urządzeń.

W rozdziale 6 siwz zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

W rozdziale 14 siwz - Opis sposobu przygotowania oferty zamawiający określił:

6) jeżeli oferta zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wykonawca winien zastrzec, które spośród zawartych w ofercie informacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wykonawca zastrzegając określoną informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, że:

informacja ta ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności,

7) dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z oświadczeniem o tajemnicy przedsiębiorstwa o treści ZAŁACZNIKA NR 9 do SIWZ, należy umieścić w osobnej, wewnętrznej kopercie, odrębnie od pozostałych informacji zawartych w ofercie i oznaczyć klauzulą „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”.

Nie można zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.

W rozdziale 16 siwz zamawiający zawarł opis sposobu obliczania ceny:

- 1) oferowaną cenę należy podać w PLN w formularzu oferty - ZAŁACZNIK NR 1 do siwz,
- 2) Podstawa obliczenia ceny oferty są dołączone przez zamawiającego do siwz: Dokumentacja projektowa wraz z Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Przedmiar robót (z wyliczeniem ilości).
- 3) Wykonawca wyceni i wypełni załączony do SIWZ Formularz Kosztorysu ofertowego.
- 4) Formularz Kosztorysu ofertowego należy odczytywać w powiązaniu z Przedmiarami Robót, wykazami załączonymi do przedmiaru, Projektem - rysunkami, SIWZ, warunkami umowy i STWiORB.
- 5) Ilości robót w poszczególnych pozycjach Kosztorysu ofertowego nie są ostateczne i zostały podane po to aby dać wykonawcom wspólną podstawę do wyliczenia ceny oferty. Podstawą płatności będą rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót, obmierzone przez wykonawcę i sprawdzone przez przedstawiciela zamawiającego oraz ceny jednostkowe podane przez wykonawcę w Kosztorysie Ofertowym.
- 6) Wykonawca nie może pominąć jakiegokolwiek pozycji formularza Kosztorysu ofertowego.
- 7) Ceny umieszczone przy poszczególnych pozycjach Kosztorysu ofertowego winny obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót a w szczególności:
 - koszty bezpośrednie – w tym koszty wszelkiej robocizny obejmujące płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac,
 - koszty wszelkich materiałów i koszty dostarczenia tych materiałów na miejsce wbudowania,
 - koszty zatrudnienia wszelkiego sprzętu budowlanego, oraz koszty sprowadzenia tego sprzętu na plac budowy, koszty jego montażu i demontażu po zakończeniu budowy,
 - koszty ogólne budowy i koszty zarządu
 - zysk
 - wszelkie inne koszty np. nadzory branżowe, opłaty i należności związane z wykonywaniem robót, koszty opisane w SIWZ, koszty związane odpowiedzialnością materialną, zobowiązaniami wynikającymi z treści rysunków, STWiORB, warunków umowy i przepisami dotyczącymi wykonywania robót budowlanych.
- 8) Wykonawcy nie zezwala się na dodawanie żadnych nowych pozycji w którejkolwiek części Kosztorysu ofertowego.
- 9) Ceny jednostkowe winny być wyrażone w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
- 10) Ceny jednostkowe określone przez wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia.
- 11) W dowolnym momencie badania i oceny ofert a także po zawarciu umowy na zadanie zamawiającego, wykonawca ma obowiązek udzielenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia wysokości określonych cen jednostkowych w Kosztorysie Ofertowym.

W rozdziale 18 siwz, gdzie zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert, zamawiający wskazał, że termin wykonania zamówienia nie może być dłuższy niż do 30.11.2016 r. i nie krótszy niż do 31.10.2016 r. Uwaga: Zaoferowanie przez wykonawcę terminu krótszego niż 31.10.2016 r. nie będzie dodatkowo punktowane. W takiej sytuacji wykonawca otrzyma 5 punktów.

W wyjaśnieniach do treści siwz z dnia 16 lutego 2016r. zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

W odpowiedzi na pytanie nr 7 o treści „Dotyczy kanalizacji deszczowej: czy zamawiający dopuszcza zmianę rur GRP na rury PP lub HD-PE?“, zamawiający nie dopuścił zmiany rodzaju rur w stosunku do przyjętych w projekcie. Należy przyjąć rury GRP zgodnie z projektem.

W odpowiedzi na pytanie nr 13 o treści „W STWiORB tom7- Branża wodociągowo-kanalizacyjna w pkt. D.03.02.01.02 Ułożenie kolektora wód dołowych wraz z armaturą podał następujące materiały: -rury z GRP o przekroju dzwonowym Dn2000/1000 (kanał 5) z żywicy poliestrowej oraz piasku kwarcowego zbrojone włóknem szklanym o jednorodnych właściwościach fizyko-mechanicznych na całej długości i jednakowym module Younga wzdłuż całego modułu(nie dopuszcza się konstrukcji żebrowanej modułu oraz z odrębnie wykonywaną warstwą wewnętrzną ścianki modułu). Uszczelnienie połączeń profili mają być wykonane z EPDM. Czy Zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania innych rozwiązań technicznych, tj. rury z GRP o przekroju kołowym DN 1400 wzmocnione włóknem szklanym zgodnie z normą PN/EN 14363-2007, bez żadnych dodatkowych wypełniaczy np. węgla wapnia, o klasie sztywności początkowej min. SN 10 000 N/m² i długoterminowej nie mniej niż SN50 6000N/m², ciśnieniu nominalnym PN 1 łączonych za pomocą łączników systemowych producenta z uszczelkami wielowargowymi EPDM?“, zamawiający wyjaśnił kolektor należy wykonać zgodnie z projektem. Zmiana średnicy na większą jest technicznie nieuzasadniona z uwagi na wystąpienie kolizji z istniejącą kanalizacją sanitarną, siecią ciepłowniczą oraz z uwagi na brak przekrycia.

W wyjaśnieniach treści siwz z dnia 26 lutego 2016r. zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytanie nr 3 o treści „Czy Zamawiający uzna jako rozwiązanie równoważne dla rur GRP oraz PP zastosowanie systemu kanalizacyjnego opartego na rurach kamionkowych o wytrzymałości potwierdzonej obliczeniami wytrzymałościowymi. Rury produkowane są zgodnie z normą PN-EN295 oraz posiadają parametry pozanormowe uwzględnione w aprobacie IBDiM, dopuszczającej rury między innymi do zastosowania w ciągach komunikacyjnych? (aprobata w załączniku). Uzupełnienie systemu będą stanowić studnie betonowe z monolitycznymi dennicami typu „PERFECT“. Jednocześnie informujemy iż jednostki samorządowe w podobnych sytuacjach uznają tą argumentację jako

wystarczającą do dopuszczenia proponowanego przez Nas systemu jako równoważny do systemu z GRP oraz PP” - Do oferty należy przyjąć materiały zgodnie z projektem który został uzgodniony z gestorem sieci.

Zgodnie z protokołem otwarcia ofert zamawiający przeznaczył na realizację zadania 39 236 200 zł brutto

1. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego Energopol sp. z o.o. Ul. Salvatorska 14, 30-109 Kraków zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 24 799 642, 15zł. (w tym branża drogowa poz. 13.1. -10,64zł., 13.2. – 10,64zł.,13.3. – 14,44zł., 27.1. – 91,20zł., branża kanalizacyjna – kolektor wód dołowych – 3 726 287,57zł.) i w terminie do 31.10.2016
2. Polaqua sp. z o.o. Ul. Dworska 1 Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 27 036 920, 53zł. (w tym branża drogowa poz. 13.1. -17,79zł., 13.2. – 17,7zł.,13.3. – 23,72zł., 27.1. – 111,17zł., branża kanalizacyjna – kolektor wód dołowych – 4 120 039,76) i w terminie do 31.10.2016
3. Budimex S.A. Ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 25 525 020, 09zł. (w tym branża drogowa poz. 13.1. – 19,24zł., 13.2. – 8,90zł.,13.3. – 24,16 zł., 27.1. – 181,45zł., branża kanalizacyjna – kolektor wód dołowych – 2 582 455,23zł.) i w terminie do 31.10.2016
4. Konsorcjum: Balzola Polska sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa Construcciones y Promociones Balzola S.A. Avenida Sabino Arana, 20 3º, 48013 Bilbao (Hiszpania) zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 25 705 803, 74zł. (w tym branża drogowa poz. 13.1. – 14,98zł., 13.2. – 16,48zł.,13.3. – 12,29zł., 27.1. – 105,00zł., branża kanalizacyjna – kolektor wód dołowych – 3 435 275,00zł.) i w terminie do 31.10.2016
5. Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. Ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 18 498 703, 20zł. (w tym branża drogowa poz. 13.1. – 8,95zł., 13.2. – 8,95zł.,13.3. – 11,69zł., 27.1. 71,25zł.- , branża kanalizacyjna – kolektor wód dołowych – 1 674 752,23zł. i w terminie do 31.10.2016
6. Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. Wysoka ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 23 907 269, 28zł. (w tym branża drogowa poz. 13.1. -17,14zł., 13.2. – 15,46zł.,13.3. – 20,57zł., 27.1. – 120,32zł., branża kanalizacyjna – kolektor wód dołowych – 3 121 675,69zł.) i w terminie do 31.10.2016
7. Eurovia Polska Ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 22 343 365, 99 zł. (w tym branża drogowa poz. 13.1. -1,10zł..., 13.2. – 1,00zł. ,13.3. – 1,20zł., 27.1. – 10,00zł., branża kanalizacyjna – kolektor wód dołowych – 3 101 909,10zł.) i w terminie do 31.10.2016

8. Drog-Bud sp. z o.o. Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 27 560 496, 26zł. (w tym branża drogowa poz. 13.1. -17,44zł., 13.2. – 18,86zł.,13.3. – 8,17zł., 27.1. – 132,40zł., branża kanalizacyjna – kolektor wód dołowych – 3 914 775,00zł.) i w terminie do 31.10.2016
9. Skanska S.A. ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 22 665 155, 51zł. (w tym branża drogowa poz. 13.1. – 12,28zł., 13.2. – 12,05zł.,13.3. – 12,56zł., 27.1. – 107,24zł., branża kanalizacyjna – kolektor wód dołowych – 3 656 683,09zł.) i w terminie do 31.10.2016
10. Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW sp. z o.o. Ul. Siemianowicka 52d, 40-301 Katowice zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 23 350 941, 58zł. (w tym branża drogowa poz. 13.1. -10,20zł., 13.2. – 10,20zł.,13.3. – 13,60zł., 27.1. – 111,81zł., branża kanalizacyjna – kolektor wód dołowych – 3 364 824,37zł.) i w terminie do 31.10.2016
11. Konsorcjum: PUH DOMAX A.M. Ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów PW ELGRUNT M.M. Ul. Starochwaszczyńska 64, 81-571 Gdynia zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę 27 153 868, 20zł. (w tym branża drogowa poz. 13.1. -22,00zł., 13.2. – 22,00zł.,13.3. – 30,00zł., 27.1. – 120,00zł., branża kanalizacyjna – kolektor wód dołowych – 2 912 392,93zł.) i w terminie do 31.10.2016

Z oferty Eurovia porównanej z kosztorysem ofertowym ślepym wynika, że wykonawca w poz. 13.1-3, 27.1. i 27.2 zaoferował i obliczył cenę na podstawie zgodnych z kosztorysem ofertowym ślepym podstaw kosztorysowania, opisów, jednostek miary i ilości.

Z oferty PRUiM porównanej z kosztorysem ofertowym ślepym wynika, że wykonawca w kosztorysie dla kolektora wód dołowych zaoferował i obliczył cenę na podstawie zgodnych z kosztorysem ofertowym ślepym podstaw kosztorysowania, opisów, jednostek miary i ilości.

Wyjaśnienia elementów oferty Eurovia mające wpływ na cenę zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i wskazano na to, że zastrzegane informacje tj. kalkulacje cen ofertowych, przyjmowane stawki uzyskane oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że w Eurovia wprowadzono procedury postępowania mające chronić przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – na okoliczność wykazania tych faktów Eurovia do wyjaśnień nie dołączyła dowodów. Ze złożonych wyjaśnień wynika, że wykonawca na str. 4 tych wyjaśnień podał konkretne okoliczności wskazujące na szczególnie korzystne warunki wykonania zamówienia, przedstawił także zasady ustalania stawek godzinowych przyznawanych swoim pracownikom, które są wyższe od stawki minimalnej, do złożonych wyjaśnień zostały załączone dowody w postaci kalkulacji szczegółowych i pozyskanych ofert przy czym w załączniku nr 2.1. przedstawiono założenia kosztorysowe, gdzie w założeniu nr

8 wskazano cenę za sprzęt i robociznę przy stabilizacji określając koszt zestawu do stabilizacji wraz z kosztem pracowników, przyjętą wydajność oraz obliczony w ten sposób koszt, w załączniku nr 2.2 Eurovia przedstawił założenia kalkulacyjne m. in. do poz. 13.1., 13.2., 13.3 (str. 3) wskazując na powód zaoferowania ceny na niskim poziomie dotyczący materiałów i poz. 27.1 wskazując na powód zaoferowania ceny na niskim poziomie dotyczący materiałów oraz posiadaną podoofertę umożliwiającą złożenie oferty za cenę 10,00zł. – załącznik nr 2.5 wers nr 5 tabeli w tej ofercie. Załącznik nr 2.11 potwierdza istnienie oferty cenowej dla poz. 27.2 za cenę 96,00zł.

Jednocześnie wykonawca załączył dowody w postaci oferty dostawcy – załącznik 3.4. potwierdzającej koszt wykonania kolektora wód dołowych – oferta dostawcy. W załączniku nr 3.6 przedstawiono ofertę dostawcy rur GRP oraz studni na panelu dzwonowym, z którego wynika zaoferowanie panelu dzwonowego za cenę powyżej 2 mln. zł.. Wskazane dowody wskazują na sposób kalkulacji kwestionowanych przez odwołującego Skanska cen podanych w kosztorysie ofertowym.

Wyjaśnienia PRUiM zostały oznaczone przez tego wykonawcę jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, przy czym poza tym wskazaniem i odwołaniem się do treści art. 8 ust. 3 ustawy, wykonawca nie wyjaśnił w dacie składania wyjaśnień, które informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa, jaki jest charakter tych informacji, na podstawie czego uważa, że informacje te nie zostały upublicznione, oraz jakie podjął czynności dla zachowania ich w poufności. PRUiM nie dołączył również żadnych dowodów służących wykazaniu, że wyjaśnienia zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu 11 kwietnia 2016r. PRUiM na skutek wezwania zamawiającego wyjaśnił, że nie całe wyjaśnienia stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa, ale wyjaśnienia zawarte od strony 4 od słów „Odnosząc się do elementów oferty ...” do słów „oraz pozwalają uzyskać stosowny zysk” na str. 6 oraz załączniki nr 2, 3, 4, 5, 6. Jednocześnie do tego pisma PRUiM dołączył dodatkowy załącznik – protokół negocjacji z dostawcą materiałów do kolektora wód dołowych, którego ofertę załączono do wyjaśnień jako załącznik nr 4, któremu także nadał klauzulę „tajemnica przedsiębiorstwa”. Co do wyjaśnienia powodów uznania powyższych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, to PRUiM wskazał, że „Odtajnienie sposobu kalkulacji cen przyjętego w przedsiębiorstwie, danych cenotwórczych, kosztów wewnętrznych pracy ludzi i sprzętu oraz ujawnienie ofert handlowych dostawców i podwykonawców zagraża istotnym interesom przedsiębiorstwa i stanowi przesłankę do ich utajnienia. Oświadczył także, że funkcjonuje u niego Regulamin ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiący załącznik nr 3 do wdrożonego zarządzenia nr 7 Prezesa Zarządu PRUiM SA z dnia 25 sierpnia 2015r.

Zamawiający w dniu 12 kwietnia 2016r. zamawiający udostępnił wykonawcy Eurovia pismo PRUiM z dnia 11 kwietnia 2016r. bez załącznika oraz wyjaśnienia z dnia 22 marca 2016r. poza str. 4 – 6 w zakresie określonym przez PRUiM w piśmie z 11 kwietnia 2016r. oraz z załącznikiem nr 1 stanowiącym decyzję o pozwoleniu na wytwarzanie odpadów wraz z określeniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na odzysk i transport odpadów.

Izba ustaliła, że w zakresie spornym w sprawie sygn. akt KIO 545/16 informacje zawarte na nieudostępnionym Eurovia fragmencie wyjaśnień dotyczą kalkulacji kosztów związanych z wykonaniem m.in. kolektora wód dołowych. Izba ustaliła, że we fragmencie tym wykonawca przedstawił swoje założenia co do czasochłonności realizacji kolektora wód dołowych, przedstawił koszty robocizny w oparciu o założoną czasochłonność wskazując przewidzianą ilość pracowników oraz określił koszt roboczogodziny powyżej minimalnej stawki godzinowej wynagrodzenia za pracę. PRUiM przedstawił także swoje założenia co do rodzaju niezbędnego sprzętu, czasu pracy sprzętu oraz przyjętego kosztu godziny pracy sprzętu. PRUiM wskazał także na koszty zakupu niezbędnych materiałów dla realizacji kolektora wód dołowych. Wysokość tych kosztów wykazał dowodami stanowiącymi załączniki nr 2, 3, 4 oraz załącznikiem do pisma z 11 kwietnia 2016r. Przy czym Izba ustaliła, że jeden z wykonawców w ramach składanych wyjaśnień (także objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) również wykazywał element oferty – kolektor wód dołowych ofertą pochodzącą tego samego dostawcy, którego oferta jako załącznik nr 3 została złożona w ofercie PRUiM, przy czym ten inny wykonawca uzyskał mniej korzystne warunki cenowe – trzykrotnie wyższe. Izba po obliczeniu łącznego kosztu materiałów, sprzętu i robocizny stwierdziła, że wskazana w kosztorysie ofertowym PRUiM kwota 1 674 752,23 pokrywa te koszty (materiałów (niezależnie od tego czy wziąć pod uwagę załącznik nr 3 czy nr 4), robocizny i sprzętu) w całości i pozostawia nadwyżkę.

Wyjaśnienia dotyczące ceny złożone przez Skanska w zakresie tj. załączniki nr 3 i 13 wskazując na kwoty powyżej 10zł. za sam materiał, w zakresie kolektora wód dołowych – złożone oferty dotyczą kosztów materiałów tj. załącznik nr 21 lp. 1 panel dzwonowy, załącznik nr 22 str. 27 – panel, zał. nr 23 – panel poz. nr 1, zał. nr 24 str. 96 wyjaśnień – panel, zał. nr 26 pkt. III poz. 1 panel i opiewają na wartość przekraczającą całkowity koszt realizacji kolektora wód dołowych przyjętą przez PRUiM.

Wyjaśnienia Balzola nie zawierają elementów dotyczących przedmiotu sporu.

Wyjaśnienia Polaqua zawierają ofertą dotyczącą panela dzwonowego o wartości powyżej całkowitego kosztu realizacji kolektora wód dołowych przyjętą przez PRUiM.

Wyjaśnienia PBI Energopol zawierając oferty krawężników z ceną powyżej 10,00zł. za sam materiał oraz kosztorys na wykonanie kolektora wód dołowych za cenę znacząco powyżej całkowitego kosztu realizacji kolektora wód dołowych przyjętą przez PRUiM.

Wyjaśnienia Budimex, Drogopol, Strabag, Domax nie zawierają informacji mających znaczenie dla sporu.

Z dowodów przedstawionych przez odwołującego Eurovia wynika, że na potrzeby złożenia oferty w niniejszym postępowaniu pozyskał trzy oferty od różnych dostawców. Z tych oferty wynika, że koszt zakupu panelu dzwonowego DN 2000/1000 w każdej z tych ofert opiewa na wartość przekraczającą całkowity koszt realizacji kolektora wód dołowych przyjętą przez PRUiM.

Dowody przedstawione przez odwołującego Skanska:

Z kosztorysu szczegółowego wyceny krawężnika wg cen minimalnych – informacji o cenach Sekocenbud wynika, że cena ustawienia krawężnika kamiennego 20x30 cm na ławie z oporem z betonu C16/20 wraz z narzutami wynosi 22,78zł. bez kosztów zakupu tego krawężnika. Według kosztorysu sporządzonego przez podmiot niezależny średnia cena według Sekocenbudu ustawienia takiego krawężnika bez kosztów zakupu krawężnika wynosi 40,67zł.

Z wyciągu z Sekocenbudu nr 4/2016 wynika, że koszty robocizny dla robót inżynierskich wynoszą – minimalnie 10,00zł. netto, 17,90zł. brutto, średnio 13,96zł. netto, 24,92 zł. brutto i maksymalnie 24,00zł. netto, 37,80zł. brutto. Co do pracy sprzętu, to z Sekocenbudu nie wynika wartość pracy sprzętu wskazanego w odwołaniu tj. recyklera z siewnikiem. Z tego wyciągu wskaźniki narzutów kosztów zakupu dla robót inżynierskich wynoszą minimalnie 1,0, średnio 7,3 maksymalnie 18,00, wskaźniki narzutów kosztów pośrednich dla robót inżynierskich wynoszą minimalnie 40,00, średnio 62,8, maksymalnie 80,0, wskaźniki narzutów zysku minimalnie 5,0, średnio 10,3, maksymalnie 17,0.

Z oferty Eurovia złożonej w postępowaniu na rozbudowę z przebudową drogi powiatowej 2624S – ul. Frysztacka w Cieszynie na odcinku od przejazdu kolejowego do granicy administracyjnej miasta Cieszyna wynika, że Eurovia zaoferowała wykonanie krawężników kamiennych wtopionych o wymiarach 20x30cm układanych na świeżym betonie w ilości 224 m za cenę jednostkową 95,00zł. oraz wykonanie krawężników kamiennych wystających o wymiarach 20x30cm układanych na świeżym betonie w ilości 248 m za cenę jednostkową 95,00zł.

W załączniku I przedstawiono oferty trzech firm – pierwsza oferująca sprzedaż rur GRP i studni na panelu dzwonowym, studni CFW-GRP wraz z transportem za łączną cenę opiewającą na wartość przekraczającą całkowity koszt realizacji kolektora wód dołowych przyjętą przez PRUiM; druga oferująca rury CRW-GRP oraz studnie na panelu dzwonowym, studnie CFW-GRP wraz z transportem przy czym poz. 1 tej oferty opiewa na wartość przekraczającą całkowity koszt realizacji kolektora wód dołowych przyjętą przez PRUiM; oferta trzecia dotyczy studni zintegrowanych, gdzie w pkt III pkt panele koszt opiewa na

wartość przekraczającą całkowity koszt realizacji kolektora wód dołowych przyjętą przez PRUiM.

Z załącznika nr II wynikają oferty poddostawców:

Załącznik nr 1 wynikają ceny zaoferowane odwołującemu Skanska na zakup kruszywa określonej frakcji, z załącznika nr 2 wynikają ceny zaoferowane odwołującemu Skanska w zakresie zakupu różnego rodzaju cementów, z załącznika nr 3 wynikają ceny zaoferowane odwołującemu Skanska za zakup krawężników oscylujące znacznie powyżej 10,00zł., z załącznika nr 4 wynika zaoferowana odwołującemu Skanska cena betonu i cementu, z załącznika nr 5 ceny zaoferowane odwołującemu Skanska na potrzeby innego przetargu w zakresie krawężników w cenie odpowiadającej wartościom wyliczonym przez odwołującego na podstawie cen Sekocenbudu. Kolejne trzy załączniki zawierają oferty trzech różnych dostawców rur GRP oraz studni.

Z dowodów przedstawionych przez przystępującego PRUiM Izba ustaliła, że odwołujący pozostaje w stałej współpracy z dostawcą, którego ofertę załączył do wyjaśnień jako załącznik nr 4, potwierdza to protokół negocjacji złożony do wyjaśnień z dnia 11 kwietnia 2016r. oraz przedłożony na rozprawie. Z załączonych do tego protokołu dokumentów, złożonych na rozprawie, wynika, że dostawca posiada w swojej ofercie rury, kształtki i studnie GRP, do tego oświadczenia załączono także certyfikat autoryzacji, który jednak nie wskazuje, jakiego asortymentu autoryzacja dotyczy. Z protokołu negocjacji wynika, że informacje w nim zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być upubliczniane. Nazwa „protokół negocjacji” oraz objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa były podane przez przystępującego PRUiM na jawnej rozprawie do protokołu. Do tego dokumentu załączono także zapytanie ofertowe jakie skierował PRUiM do dostawcy.

Z Regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w PRUiM SA wynika, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią m. in. czynności przygotowawcze i konsultacje/negocjacje dotyczący nabywania oraz sprzedaży towarów i ich cen, analizy cenotwórcze, treści umów kupna – sprzedaży z dostawcami usług i rzeczy, a zwłaszcza ze stałymi dostawcami spółki, informacje szczegółowe o kontrahentach. Jednocześnie regulamin określa sposób postępowania z dokumentami zawierającymi tajemnicę przedsiębiorstwa oraz podmioty odpowiedzialne za zachowanie tajemnicy, a także podmioty posiadające uprawnienia o decydowaniu o możliwości udostępnienia informacji podmiotom zewnętrznym.

Izba oceniła tabelaryczne i graficzne prezentacje opracowane przez odwołującego Skanska jako sposób zaprezentowania stanowiska strony postępowania odwoławczego i uznała ją za argumentację odwołującego, analogicznie Izba oceniła dokument własny odwołującego Skanska zatytułowany analiza potrzeb transportu i składowania krawężnika granitowego.

Izba uznała, że dowody przedłożone przez odwołującego Skanska tj. ofertę dotyczącą zakupu nasion trawy oraz przez przystępującego PRUiM w zakresie pozycji kosztorysowej „Wymagania ogólne” jako nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż oferta odwołującego Skanska nie została zakwestionowana jako oferta z rażąco niską ceną, natomiast fakt, iż PRUiM jest ofertą najtańszą we wszystkich pozycjach kosztorysowych nie był podnoszony przez odwołujących, stąd oczywistym jest, że w niektórych pozycjach ta oferta mogła być droższa od innych złożonych ofert nawet znacząco, co jednak nie służy wykazaniu bezzasadności zarzutu, że oferta PRUiM nie zawiera ceny rażąco niskiej w zakresie kosztorysu na wykonanie kolektora wód dołowych, a który to kosztorys ma się przekładać na kształt ceny całkowitej. Z tych względów Izba nie oparła się na tych dowodach przy rozstrzygnięciu.

Izba oceniła graficzną prezentację cen wszystkich złożonych ofert w każdym z elementów kosztorysów jak i zaprezentowane w tej prezentacji wartości minimalne i maksymalne poszczególnych elementów kosztorysowych, jako sposób prezentacji argumentacji przystępującego PRUiM.

Izba przy ocenie materiału dowodowego wzięła pod uwagę wyjątek od zasady rozkładu ciężaru dowodowego przy ocenie czy oferta zawiera rażąco niską ceną, zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy, który stanowi, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

W świetle tegoż przepisu Izba ustaliła, że wykonawca, który złożył ofertę, co do której podnoszony jest zarzut, że zamawiający zaniechał jej odrzucenia mimo, że zawiera rażąco niską cenę, jest uczestnikiem postępowania, jest to przystępujący PRUiM i przystępujący Eurovia.

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy jako wiarygodny, kompletny i pozwalający na wydanie merytorycznego rozstrzygnięcia.

Izba na podstawie powyższych ustaleń wywiodła, że przystępujący PRUiM w dacie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę nie wskazał charakteru zastrzeganych informacji, ich wartości gospodarczej, ani nie wskazał na okoliczności świadczące, że informacje te nie były powszechnie dostępne, ani w jaki sposób chroni swoje tajemnice przedsiębiorstwa przed dostępem osób nieupoważnionych. Takie wyjaśnienia wykonawca złożył dopiero na wezwanie zamawiającego w dniu 11 kwietnia 2016r., zaś wykazanie okoliczności, że PRUiM wprowadziło określone zasady postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę

przedsiębiorstwa dla ich ochrony przed nieupoważnionym dostępem, nastąpiło na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2016r. Izba wzięła pod uwagę także to, że pomiędzy stronami nie było sporne, że wyjaśnienia dotyczące kalkulacji cenowych, przyjętych narzutów, założonego zysku, jak kosztów robocizny, materiałów i sprzętu oraz oferty dostawców zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do tego, czy dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w dokumentach składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne innych niż oferta i wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu konieczne jest jednoczesne spełnienie warunku formalnego tj. wykazanie zamawiającemu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba ustaliła także, że zamawiający poza udostępnieniem odwołującemu Eurovia dokumentów PRUiM, które ten wykonawca uznał za nie stanowiące jego tajemnicy przedsiębiorstwa, nie dokonał odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zastrzeżonych przez innych wykonawców jako ich tajemnica przedsiębiorstwa. Przy czym wyłącznie oświadczenia o tym, że wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę złożyli poza przystępującym PRUiM także wykonawca Polaqua i Budimex, zaś wykonawcy Eurovia i Balzola wskazali na to jakie są przesłanki skorzystania z możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy ZNK oraz wskazali, że wdrożyli procedury służące ochronie informacji przed nieupoważnionym dostępem, nie załączyli na te okoliczności dowodów. Jedynie wykonawca Skanska w swoich wyjaśnieniach wskazał które konkretnie informacje i z jakich powodów stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa oraz jak postępuje w celu zachowania ich poufności, a także załączył dowody potwierdzające te oświadczenia. W świetle tych ustaleń Izba oceniła, że niewiarygodne są wyjaśnienia zamawiającego złożone na rozprawie, że dokonywał badania czy informacje zastrzeżone w wyjaśnieniach wykonawców stanowią ich tajemnicę przedsiębiorstwa, a poprzestał jedynie na domniemaniu, że tak może być skoro takie informacje w świetle orzecznictwa są oceniane jako spełniające materialnoprawne przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy ZNK.

W dalszej kolejności Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy uznała, że przystępujący PRUiM wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. W ocenie Izby za wiarygodne należało uznać oświadczenie przystępującego PRUiM, że ma możliwość zakupu materiałów do wykonania kolektora wód dołowych w cenach mieszczących się w granicach zaoferowanej przez niego ceny w ofercie, w taki sposób, że możliwe jest osiągnięcie przez tego wykonawcę zysku w ramach tego zadania. Izba swoje ustalenie oparła przede wszystkim na załączniku nr 3 i 4 do wyjaśnień. Z obu tych załączników wynika, że dwóch niezależnych od siebie dostawców, których pozyskał przystępujący oferuje mu materiały za zbliżoną cenę, materiały te odpowiadają pozycjom

kosztorysowym, a także pozycjom wskazywanym w ofertach dostawców załączonych do wyjaśnień innych wykonawców. Nadto jak ustaliła Izba jeden z wykonawców załączył do swoich wyjaśnień ofertę dostawcy, który złożył ofertę także przystępującemu PRUiM, co w ocenie Izby pozwala na ustalenie, że wycena dotyczyła rzeczywiście wymaganego przez zamawiającego kolektora wód dołowych w opisanym reżimie technologicznym. Izba ustaliła także że ten właśnie dostawca zróżnicował znacznie swoją ofertę dla przystępującego jak i innego wykonawcy, co w ocenie Izby prowadzi do wniosku, że przystępujący PRUiM dysponował szczególnie korzystnymi warunkami świadczenia przedmiotowego zamówienia. Fakt dysponowania przez przystępującego PRUiM dwoma niezależnymi ofertami dostawców na zbliżone wartości w zakresie materiałów potwierdza w ocenie Izby możliwość wykonania kolektora za cenę wskazaną w ofercie. W ocenie Izby nie budziły wątpliwości także wyliczenia przystępującego PRUiM w zakresie kosztów robocizny i sprzętu. Wykonawca pokazał swój sposób skalkulowania oferty i przedstawił stawki roboczogodziny, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.).

Oceniając materiał dowodowy zgromadzony w zakresie zarzutów związanych z oceną oferty Eurovia Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia tegoż wykonawcy w zakresie elementów oferty – pkt. 27.1 kosztorysu branży drogowej, tę ocenę opierając o kosztorys ofertowy branży drogowej z założeniami kalkulacyjnymi i ofertę zleceniobiorcy w zakresie wykonania krawężników w ilości 8607m za cenę umożliwiającą Eurovia wskazanie w ofercie podanej ceny 10,00zł., przy czym sam odwołujący Skanska wskazywał, że mogą wystąpić znaczące różnice w cenie w zależności od tego czy wykonawca posiada własne krawężniki czy też nie, co znalazło odzwierciedlenie w trzech wariantach złożonych przez odwołującego prezentacji. W ocenie Izby dane pozyskane z Sekocenbudu mogą stanowić podstawę do powzięcia wątpliwości, co do prawidłowości wyceny jednak nie mogą być rozstrzygające przy ocenie zarzutu ceny rażąco niskiej, a to z uwagi na fakt, że są to dane uśrednione (w tym uśrednione ceny minimalne) i pochodzące z różnych rynków nie tylko rynku branży drogowej, ale innych, a także z rynku publicznego i prywatnego, stąd na ich podstawie nie można w ocenie Izby w sposób niebudzący wątpliwości obalić informacji wynikających z oferty zleceniobiorcy złożonej konkretnemu wykonawcy w konkretnym postępowaniu. Stąd za wiarygodne i przekonujące uznała Izba dowody dołączone przez Eurovia do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę. Co do dowodu z poz. 27. 2 kosztorysu ofertowego branży drogowej jak i oferty złożonej w innym postępowaniu przez Eurovia, to Izba uznała, że dowody te nie obalają prawidłowości kalkulacji ceny w poz. 27.1 z dwóch względów poz. 27.2 została skalkulowana z przyjęciem innych założeń niż poz. nr 27.1,

nadto dla poz. 27.2 załączono do wyjaśnień osobną ofertę dostawcy kalkulującą koszt wykonania ustawienia krawężników kamiennych na ławie z oporem z betonu C16/20 – obniżone w ilości 931m w wartościach odpowiadających wartościom przyjętym przez Eurovia w kosztorysie ofertowym. Izba nie znalazła w zgromadzonym materiale dowodowym w zakresie poz. 27.1 dowodów świadczących o manipulowaniu cenami prowadzącym lub mogącym prowadzić do eliminacji pozostałych wykonawców z postępowania. W zakresie poz. 13.1-3 kosztorysu ofertowego branży drogowej Izba oceniła, że w założeniach kosztorysowych nr 8 wykonawca wykazał jakie koszty uwzględnił przy kalkulacji tych pozycji, jaką założył pracochłonność, rodzaje sprzętu i koszt ich najmu wraz z operatorami i jest to kalkulacja oparta o odmienne od przyjętych przez odwołującego Skanska założenia przede wszystkim dotyczące materiałów. W ocenie Izby w świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie jest możliwe ustalenie, że przedstawiona kalkulacja jest nieprawidłowa, a w szczególności, że stanowi ona świadczenie poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem, któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazali interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 545/16

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1-3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia złożonych przez PRUiM z Gliwic wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty pomimo, że podmiot ten nie wykazał, że dane tam zawarte stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa oraz Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U z 2003 r., Nr 153, poz. 1503. z późn. zm.) w związku z art. 8 ust. 2 oraz ust.3 ustawy przez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez PRUiM w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia jednej z naczelných zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl ust. 2 tego przepisu zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania i zastrzega, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy znk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Izba podziela stanowisko odwołującego Eurovia, że art. 8 ust. 3 ustawy nakazujący wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien być stosowany w drodze analogii także do sposobu postępowania przez wykonawców i zamawiający w sytuacji, gdy dokumenty zawierające informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa są składane na innym etapie niż etap terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo terminu składania ofert. Izba podziela w tym zakresie w całości pogląd wyrażony w wyroku z dnia 18 września 2015r. sygn. akt KIO 1947/15, zgodnie z którym jak wynika z art. 8 ust. 3 p.z.p., dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędne jest, aby informacje te zastrzec nie później, niż w terminie ich składania zamawiającemu. Przepis ten odnosi się do ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak z uwagi na okoliczność, iż zastrzegane informacje mogą znajdować się także w innych dokumentach, np. w wyjaśnieniach wykonawcy, zasadę tę należy stosować do wszystkich dokumentów składanych w postępowaniu.

Izba stoi na stanowisku, że przesłanka „wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” wskazuje, że nie składając wyjaśnień wykonawca rezygnuje w

postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. (wyrok z dnia 3 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 561/15 wyrok z dnia 28 sierpnia 2015r. sygn. akt KIO 1730/15). Pogląd ten znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów powszechnych - wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z 11 maja 2015 r. sygn. akt I Ca 131/15. Dla owego „wykazania” często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Zamawiający nie ma prawa zastępować wykonawcy w takim wykazaniu, a w szczególności bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje, co do zasady mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, to pozwala to zamawiającemu zwolnić wykonawcę z obowiązku wykazania, że również stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego konkretnego wykonawcy. Izba stwierdza, że domaganie się dalszych wyjaśnień, czy wzywianie do złożenia wyjaśnień przez zamawiającego byłoby zaprzeczeniem celu nowelizacji i stanowiłoby naruszenie obowiązującego prawa, a dodatkowo powodowałoby uchybienie ustawowemu terminowi na składanie wyjaśnień wynikającemu z art. 8 ust. 3 ustawy, podkreśla się, że brak taki nie może być uzupełniony na późniejszym etapie postępowania - tak wyrok z dnia 2 marca 2015r. sygn. akt KIO 279/15, wyrok z dnia 2 marca 2015r. sygn. akt KIO 291/15, z dnia 26 lutego 2015r. sygn. akt KIO 306/15, wyrok z dnia 7 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15.

Biorąc powyższe pod uwagę i nakładając to na ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny tj. fakt, że poza samym zastrzeżeniem wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę wykonawca PRUiM w dacie składania tych wyjaśnień nie wykazał przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy uzasadniających wyłączenie jawności części dokumentacji postępowania, tym samym zamawiający w tym zakresie dopuścił się zaniechania, czym naruszył zasadę jawności wynikająca z art. 8 ust. 1 ustawy.

Jednakże sam fakt potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy nie daje Izbie podstaw do uwzględnienia odwołania, gdyż Izba analizując stwierdzone naruszenia musi je poddać także ocenie przez pryzmat art. 192 ust. 2 ustawy tj. zbadać czy stwierdzone naruszenie miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. O ile co do zasady Izba wyraża pogląd, że uzyskanie przez wykonawców pełnej realizacji zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia co najmniej może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o tyle w niniejszym postępowaniu w ocenie Izby taka sytuacja nie zaistniała. Izba stwierdziła, że odwołujący wiedział znając kosztorys PRUiM załączony do oferty, które pozycje są pozycjami niższymi od zaoferowanych przez innych wykonawców i mogą budzić wątpliwości, co do realności zaoferowanej ceny. Tę wiedzę odwołującego

dodatkowo potwierdził zamawiający konkretyzując wezwanie do PRUiM w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do dwóch zadań kosztorysowych tj. kolektora wód dołowych i zieleni. Kolektor wód dołowych jak sam odwołujący twierdził był zadaniem, którego wartość miała wpływ na wartość całej ceny oferty, natomiast pozycja dotycząca zieleni miała znaczenie marginalne. Odwołujący miał zatem wiedzę wystarczającą do skutecznego postawienia zarzutu odwołania i z tej wiedzy w niniejszym postępowaniu skorzystał. Tym samym zaniechanie zamawiającego nie wpłynęło i wpłynąć nie mogło na przejrzystość niniejszego postępowania, zwłaszcza, że to nie na odwołującym w zakresie zarzutu ceny rażąco niskiej ciążył obowiązek dowodowy – vide art. 190 ust. 1a ustawy. Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy Izba uznała, że stwierdzone naruszenie nie daje podstaw do uwzględnienia odwołania, w zakresie powyższego zarzutu w świetle art. 192 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PRUiM z Gliwic, pomimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przepis art. 90 ust. 2 ustawy określa rozkład ciężaru dowodowego i wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego poczynionych przez Izbę wykonawca PRUiM w dowodach dołączonych do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę wykazał, że korzysta ze szczególnie sprzyjających mu warunków zamówienia pozyskał dwie oferty na materiały o zbliżonych do siebie cenach, z których jedna wskazuje na to, że wykonawca PRUiM ma możliwość uzyskania oferty cenowej na korzystniejszych warunkach niż inni wykonawcy u tego samego dostawcy. To w ocenie Izby w zestawieniu z przedstawioną kalkulacją pozostałych elementów kosztowych – robocizny i sprzętu oraz założonego zysku nie pozwala uznać, że cena oferty PRUiM jest ceną rażąco niską z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej za kolektor wód dołowych. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy.

Sygn. akt KIO 563/16

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PRUiM, pomimo iż treść jego oferty jest niezgodna z treścią siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że przystępujący PRUiM złożył ofertę, której treść jest niezgodna z treścią siwz - przeczy temu załącznik nr 3 do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę złożonych przez PRUiM. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PRUiM, mimo iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodowego wyrażoną w art. 190 ust. 1a ustawy oraz

poczynionymi przez Izbę ustaleniami stanu faktycznego w niniejszej sprawie Izba uznała, że przystępujący PRUiM złożonymi wyjaśnieniami elementów oferty mającymi wpływ na cenę oraz ofertami dostawców stanowiącymi załączniki nr 2,3,4 wykazał, że zaoferowana przez niego cena dla kolektora wód dołowych nie jest ceną rażąco niską, w konsekwencji brak było podstaw do uznania, że cena całej oferty jest ceną rażąco niską. Biorąc to pod uwagę Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PRUiM mimo, iż nie sposób uznać, aby wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdziły, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przepis art. 90 ust. 2 ustawy określa rozkład ciężaru dowodowego i wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego wykonawca PRUiM złożył wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę i poparł je dowodami, dodatkowo w toku rozprawy złożył protokół negocjacji, który pozwalał na ustalenie, że powiązanie wykonawcy PRUiM z dostawcami jest trwałe i przewiduje korzystne dla PRUiM warunki współpracy. W tym stanie

rzeczy w świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie sposób było uznać, że wyjaśnienia nie zostały złożone, ani też że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaferowana cena jest ceną rażąco niską. W konsekwencji izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy przez brak wezwania do wyjaśnienia treści oferty zarówno wykonawcy PRUiM, pomimo, iż z oferty tego wykonawcy w oczywisty sposób wynika, iż ceny wskazane w zakwestionowanych w niniejszym odwołaniu pozycjach, nie pokrywają kosztów zakupu materiałów tam przewidzianych, jak i wykonawcy Eurovia , pomimo, iż z oferty tego wykonawcy w oczywisty sposób wynika, iż ceny wskazane w zakwestionowanych w niniejszym odwołaniu pozycjach nie pokrywają kosztów zakupu materiałów tam przewidzianych i dalece różnią od siebie pomimo wyceny tego samego asortymentu

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Norma art. 87 ust. 1 ustawy ma charakter nieobligatoryjny, choć w świetle utrwalonego orzecznictwa Izby zaniechanie żądania wyjaśnień od wykonawców może stanowić naruszenie powyższego przepisu. Aby jednak taka sytuacja mogła mieć miejsce muszą istnieć okoliczności w treści złożonej oferty, które powinny budzić wątpliwości zamawiającego. Odwołujący wskazał na takie wątpliwości tj. brak pokrycia w cenie poszczególnych pozycji kosztorysowych kosztów zakupu materiału. W ocenie Izby w świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie sposób jednak uznać, że okoliczności te powinny budzić wątpliwości zamawiającego, przeciwnie w świetle posiadanych przez zamawiającego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę tak wykonawcy PRUiM jak i Eurovia zamawiający wiedział, co z jakich powodów i w jaki sposób zostało skalkulowane w ofercie, stąd w ocenie Izby nie było podstaw do przyjęcia, że na zamawiającym ciążył obowiązek zwracania się do wykonawców o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503, ze zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty Eurov/a mimo, iż sposób skalkulowania przez tego wykonawcę oferty wskazuje na czyn nieuczciwej

konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje i interes zamawiającego oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy jest zobowiązany do odrzucenia oferty jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy znk stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W myśl art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy znk 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 odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący naruszenia tego przepisu upatrywał w zaniżeniu czterech cen jednostkowych w ofercie Eurovia. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że przystępujący Eurovia działał w celu eliminacji innych wykonawców. Dla wyceny pozycji 27.1 przedstawił ofertę zleceniobiorcy, dla pozycji 27.2. także przedstawił ofertę, które uzasadniają odmienne podejście wykonawcy do obu pozycji i odmienną kalkulację. W ocenie Izby zatem brak podstaw do stwierdzenia, że w poz. 27. 1 przystępujący dopuścił się manipulacji ceną. W ocenie Izby samo ewentualne przesunięcie w rankingu ofert w sytuacji przyjęcia jako prawidłowej kalkulacji odwołującego nie przesądza o tym, że przystępujący Eurovia w poz. 13.1 – 3 dopuścił się manipulacji ceną w celu eliminacji konkurencji. Izba w tym zakresie oceniła złożone wyjaśnienia i stwierdziła, że przyjęte w nich założenia nie dają podstaw do przyjęcia, że taki cel rzeczywiście u przystępującego wystąpił. Mając to na uwadze Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia, pomimo iż treść jego oferty jest niezgodna z treścią siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że przystępujący Eurovia złożył ofertę, której treść jest niezgodna z treścią siwz - przeczą temu kosztorys ofertowy, załączone do oferty dokumenty odnoszące

się do przedmiotu zamówienia jak również wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę złożonych przez Eurovia. Wyjaśnienia te wskazują jedynie na odmienne od przyjętych przez odwołującego Skanska założenia do kalkulacji ceny. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia, mimo iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodowego wyrażoną w art. 190 ust. 1a ustawy oraz poczynionymi przez Izbę ustaleniami stanu faktycznego w niniejszej sprawie Izba uznała, że przystępujący Eurovia złożonymi wyjaśnieniami elementów oferty mającymi wpływ na cenę oraz ofertami dostawców stanowiącymi załączniki do tych wyjaśnień wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, w konsekwencji brak było podstaw do uznania, że cena całej oferty jest ceną rażąco niską. Izba wzięła także pod uwagę, że cena oferty wykonawcy Eurovia nie odbiegała w sposób, który mógłby być uznany za rażący od pozostałych złożonych ofert. Różnica w cenie pomiędzy odwołującym Skanska, a przystępującym Eurovia to w wartościach netto kwota 261 617,50zł. podczas gdy wartość całości zamówienia zaoferowana przez obu wykonawców przekracza 18 milionów złotych. Izba podziela w tym zakresie pogląd zamawiającego i przystępującego Eurovia, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nie daje podstaw do odrzucenia oferty, w której pojedyncze ceny jednostkowe budzą wątpliwości co do ich realności. Twierdzenia odwołującego Skanska, co do tego, że nawet w przypadku posiadania przez wykonawcę materiałów i braku konieczności ich zakupu w ofercie powinien być uwzględniony koszt ich składowania i transportu, są słuszne, jednak nie oznacza to, że te koszty nie mogą być wkalkulowane w koszty wymagań ogólnych lub przypisane do kosztów innych materiałów, które będą podlegać również składowaniu i transportowi. Izba wzięła pod uwagę, że koszty przystępującego Eurovia podane w pozycji wymagania ogólne są znacząco wyższe od kosztów odwołującego Skanska jak i innych wykonawców. Biorąc to pod uwagę Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia mimo, iż nie sposób uznać, aby wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdziły, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przepis art. 90 ust. 2 ustawy określa rozkład ciężaru dowodowego i wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego wykonawca Eurovia złożył wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę i poparł je dowodami, przedstawił swoje założenia kalkulacyjne praktycznie dla każdej pozycji kosztorysowej. W tym stanie rzeczy w świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie sposób było uznać, że wyjaśnienia nie zostały złożone, ani też że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. W konsekwencji izba nie dopatryła się w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Skoro nie potwierdził się żaden z postawionych przez odwołującego zarzutów, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy także nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołujących kosztami postępowania w postaci uiszczonych wpisów od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego nakazując odwołującym zwrot tych kosztów zamawiającemu, zgodnie z jego żądaniem przedstawionym na rozprawie potwierdzonym złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący: