

**WYROK**

**z dnia 6 marca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 marca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 19 lutego 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F., Ozimek**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zabezpieczenie przed powodzią osiedla Rzochów – budowa nowego, prawego wału rzeki Wisłoki w km 26+533-28+639 na terenie miasta Mielca i gminy Przecław* (nr postępowania NU-410/129/IM/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Inżynierskich sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Podkarpackiemu Zarządowi Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie odrzucenia oferty Zakładu Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. w Ozimku oraz powtórne przeprowadzenie badania i oceny ofert – z uwzględnieniem oferty złożonej przez tego wykonawcę, a także załączonego do odwołania kosztorysu szczegółowego, który był podstawą wyliczenia ceny za roboty ziemne i zabezpieczenie wału w poz. 2.1 tabeli elementów scalonych.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego – Przedsiębiorstwo Robót**

**Melioracyjnych i Inżynierskich sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. w Ozimku,**
- 2.2. zasądza od **przystępującego – Przedsiębiorstwa Robót Melioracyjnych i Inżynierskich sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz **odwołującego – Zakładu Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. w Ozimku** kwotę **23617 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwanej również „ustawą pzp”, „pzp” lub „PZP”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Zabezpieczenie przed powodzią osiedla Rzochów – budowa nowego, prawego wału rzeki Wisłoki w km 26+533-28+639 na terenie miasta Mielca i gminy Przecław* (nr postępowania NU-410/129/IM/2014).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S\_197-347492 z 14 października 2014 r., z tym że 9 października 2014 r. Zamawiający przekazał je Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.pzmiuw.pl}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 15.286.585,37 zł, co stanowi równowartość 3.618.212,35 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających (na poziomie 50%) została ustalona na kwotę 5.095.528,46 zł, co stanowi równowartość 1.206.070,79 euro. Zamówienie to stanowi jedną z pięciu części zamówienia polegającego na wykonaniu robót budowlanych w obrębie istniejących wałów przeciwpowodziowych, zlokalizowanych w zlewni rzeki Wisłoki i potoku Kielkowskiego na terenie powiatu mieleckiego. Wartość wszystkich części z uwzględnieniem wartości zamówień uzupełniających wynosi 92.969.595,48 zł.

10 lutego 2015 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu – Zakładowi Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. w Ozimku zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Inżynierskich sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

19 lutego 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej (pismo z 17 lutego 2015 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 90 ust. 1 i 3 – przez błędne przyjęcie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami za potwierdzające, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez jego bezprawne zastosowanie w sytuacji, gdy oferta

Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny i jest zgodna z SIWZ.

3. Art. 91 ust.1 i 2 – przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert przyjętymi przez Zamawiającego w SIWZ.
4. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez podjęcie czynności podważających zaufanie wykonawcy co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {żądania}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Powtórzenia oceny oferty Odwołującego i uznania jej za najkorzystniejszą.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący w pierwszej kolejności zarzucił Zamawiającemu, że wybiórczo dokonał badania kalkulacji ceny ofertowej Odwołującego, gdyż zaniechał badania oferty jako całości. Odwołujący sprecyzował, że spośród 5 elementów *Tabeli elementów scalonych* oferty Zamawiający badał tylko jeden element, tj. poz. 2.1 *Roboty ziemne i zabezpieczeniowe korpusu wału*, którego wartościowy udział w cenie oferty wynosi 59,5%.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty nieadekwatnie podał jakoby powyższy dział z tabeli z elementów scalonych stanowił ok. 70% wartości całego zakresu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący dodał, że Zamawiający w postępowaniu wyjaśniającym cenę nie wzywał go do przedłożenia kalkulacji ceny.

W drugiej kolejności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie mógł znać sposobu kalkulowania cen jednostkowych przez Odwołującego, nawet w zakresie powyższego elementu tabeli elementów scalonych.

Odwołujący ustalił na podstawie otrzymanego uzasadnienia oferty, że Zamawiający swoją decyzję oparł na sporządzonym przez siebie kosztorysie (jednego działu), który z kolei został sporządzony w oparciu o normatywy ujęte w KNR i KNNR, z uwzględnieniem informacji uzyskanych od Odwołującego w wyjaśnieniach. Odwołujący wtrącił, że Zamawiający w podanym uzasadnieniu myli normy i przepisy, jakie obowiązują przy realizacji robót (twierdząc, że Odwołujący nie jest w stanie zgodnie z nimi zrealizować przedmiotu zamówienia) z normatywami (R – robocizna, M – materiały, S – sprzęt, kp – koszty pośrednie, z – zysk).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę co do stosowania tych normatywów przy kalkulacji ceny oferty. Odwołujący powołał się tu na następujące postanowienia zawarte w rozdziale IX SIWZ dotyczącym sposobu obliczenia

ceny oferty:

– (...) *obowiązującą formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe. Ustalona w drodze postępowania wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest ostateczna, niezależna od wszelkich świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji. Za sposób przeprowadzenia kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca.*  
{pkt A ppkt 1}

– *Kosztorys szczegółowy winien być sporządzony w oparciu o: przedmiary, projekt budowlany i wykonawczy, specyfikację techniczną wykonania i odbioru, warunki podane w SIWZ* {pkt B ppkt 2b}

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w przedmiarze robót w poz. 50, 51, 98, 112, 145 i 160 jako podstawę wyceny podał analizę własną, tym samym dopuszczając wyceny oparte o kalkulacje własne oferentów.

Odwołujący stwierdził, że aktualnie nie ma obowiązujących norm pracy, stawek, które zobowiązany był uwzględnić wyceniając roboty objęte przedmiotem zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że kompleksowo skalkulował ofertę w oparciu o własne normatywy, biorąc pod uwagę swoje 12-letnie doświadczenie w branży hydrotechnicznej i melioracyjnej (w tym przy budowie wałów przeciwpowodziowych, które zrealizował na łączną długość ponad 35 km i o kubaturze przekraczającej 700 tys. m<sup>3</sup>), posiadany park maszynowy (nowoczesny i wysokowydajny) oraz kadre (wykwalifikowaną).

Odwołujący sporządził kosztorys metodą zastosowaną przez Zamawiającego, który wraz z własnym kosztorysem załączył do odwołania. Dla wykazania nieprawidłowości oceny Zamawiającego Odwołujący zestawiał {w tabeli zamieszczonej w odwołaniu} te kosztorysy w zakresie cen jednostkowych i wartości 9 pozycji (34-36, 43-49), wyliczając w podsumowaniu łączną różnicę wartości na kwotę 584.102,69 zł, co przy uwzględnieniu 23% stawki podatku VAT dawałoby kwotę 718.446,31 zł. Odwołujący zastrzegł, że w zestawieniu tym nie uwzględniono pozycji kosztorysowych, w których występowały materiały co do których Zamawiający nie miał wiedzy o ich cenie, gdyż nie pytał o to w wezwaniu. W ocenie Odwołującego wynika z tego, że Zamawiający o tyle mógł zawyżyć własną wycenę ocenianego działu 2.1, a także przez dodanie wartości materiałów, których cen nie znał.

Odwołujący stwierdził, że był w stanie założyć zysk na poziomie 5 % od R, S i Kp w wysokości 58.805,50 zł, choć pewne elementy kosztorysu, takie jak transport mas ziemnych wraz z zakupem zostały ujęte w kosztorysie jako materiały, od których nie jest naliczany zysk.

Odwołujący podniósł, że wg jego kalkulacji zyskowe są również pozycje z poniżej wymienionymi materiałami, od których nie był wyliczany powyżej uwidoczniony zysk. Odwołujący zaprezentował kalkulację poz. 46, 47 i 45, z których to przykładów wynika jego

zdaniem, że prawidłowo dokonał wyceny, gdyż osiągnie na nich zysk.

Odwołujący podał, że poz. nr 46 (koszt zakupu ziemi wraz z kosztami transportu) stanowi 19% wartości jego oferty, cena jednostkowa – 9,83 zł/ m<sup>3</sup>, co przy ilości 83.143,3 m<sup>3</sup> dało kwotę 817.298,64 zł.

Do wyjaśnień złożonych Zamawiającemu załączono ofertę handlową na zakup gruntu ze złoża Pustków-Męciszów-Agnieszka, w której podane zostały 2 ceny tj. cena na 1 m<sup>3</sup> gruntu (ziemi) przy załadunku sprzedawcy – 6,0 zł za 1,0 m<sup>3</sup> i cena 1 m<sup>3</sup> gruntu przy załadunku własnym kupującego – 5,0 zł za 1,0 m<sup>3</sup>.

Odwołujący podał, że wg jego kalkulacji cena załadunku 1 m<sup>3</sup> wynosi 0,47 zł {(65 zł/mg x 8h) : 1100 m<sup>3</sup>. Przy czym:

– koparka 1,2 m<sup>3</sup> – przyjęto stawkę maszynogodziny (mg) 65,0 zł {(zużycie paliwa: 12 l ON/mg. x 3,31 zł/l = 39,72 zł/mg) + (koszt obsługi operatora = 15,0 zł/h) = 54,72 zł/mg}

– na podstawie własnego doświadczenia, że taka koparka ma załadować 1100 m<sup>2</sup> w ciągu 8 h pracy.

Odwołujący stwierdził, że powstaje na jego korzyść różnica pomiędzy oferowaną ceną załadunku przez sprzedającego a ceną załadunku siłami własnymi, która wynosi 0,53 zł/m<sup>3</sup>, co przy ilości 83.143,3 m<sup>3</sup> daje kwotę 44.065,95 zł,

Ponadto Odwołujący podał, że w wyjaśnieniach z 28 stycznia 2015 r. (na wezwanie Zamawiającego dotyczące kosztów transportu mas ziemnych) udokumentował w analizie własnej oszczędność na transporcie 1,0 m<sup>3</sup> w wysokości 0,44 zł/m<sup>3</sup>, co przy ilości 83.143,30 m<sup>3</sup> daje wartość równą 36.583,05 zł.

Odwołujący podsumował, że wielkość zysku na tej pozycji (od której to nie był liczony 5% zysk) wynosi łącznie 80.649,00 zł (44.065,95 zł + 36 583,05 zł).

Na dowód prawidłowego skalkulowania i nieodbiegania od cen rynkowych Odwołujący załączył do odwołania (zał. nr 9) protokół z negocjacji z jedną z firm transportowych, gdzie wskazano stawkę 3,25 zł/m<sup>3</sup>.

Poz. nr 47 (uszczelnienie czasy składowisk odpadów układaną jednowarstwowo zgrzewaną folią PCV gr. 2 mm, dwustronnie moletowaną), cena jednostkowa – 15,40 zł/m<sup>2</sup>, co przy ilości 19.822 m<sup>2</sup> dało kwotę 305.258,80 zł.

Odwołujący stwierdził, że ponieważ opis tej pozycji jest analogiczny do czynności jakie należy wykonać przy budowie wału przeciwpowodziowego, każdy z oferentów musiał dokonać tu kalkulacji własnej, a nie stosować się do normatywu.

Do wyjaśnień Odwołującego z 21 stycznia 2015 r. załączono ofertę firmy NIKO na geomembranę w cenie netto 14,30 zł/m<sup>2</sup>.

Odwołujący zastrzegł jednak, że: *Zamawiający jednak nie mógł znać ceny na kompleksowe jej wykonanie ponieważ o to nie pytał.*

Odwołujący załączył do odwołania drugą ofertę firmy NIKO – *na kompleksowe wykonanie wraz z materiałem*, która wynosi 14,30 zł/m<sup>2</sup>, co przy ilości 19.822 m<sup>2</sup> dało wartość równą 283.454,60 zł.

Odwołujący podsumował, że zysk na tej pozycji wynosi 21.804,20 zł.

Poz. 45 (formowanie i zagęszczanie nasypów zapór ziemnych), cena jednostkowa – 2,29 zł/m<sup>3</sup>.

Jak podkreślił Odwołujący – bardzo istotna i cenotwórcza.

Odwołujący wskazał, że *KNNR-1o40202* narzuca określone normatywy dla przypisanych im normatywnie jednostek sprzętowych o określonych tonażach, mocach itp.

Natomiast Odwołujący przyjął następującą kalkulację w oparciu o własne analizy:

- założono spycharkę o mocy 130 kM – przyjęto stawkę 60 zł/mg {(zużycie ON: 11l/mg x 3,31zł/l = 36,41 zł/mg) + (obsługa operatorska 15,0 zł/h) = 51,41 zł/mg}
- koparka gąsienicowa o poj. 0,8 m<sup>3</sup> – przyjęto stawkę 60 zł/mg {(zużycie ON = 36,41 zł/mg) + (obsługa operatorska 15,0 zł/h)}
- walec samojezdny wibracyjny okołkowy o masie 13T – przyjęto stawkę 55 zł/mg {(zużycie ON: 9l/mg x 3,31 zł/l = 29,79 zł/mg) + (obsługa operatorska –15,0 zł/h) =44,79 zł/mg}
- formowanie 1,0 m<sup>3</sup> wału w nasypie – skalkulowano 1,45 zł/m<sup>3</sup> {praca spycharki: (60 zł/mg x 8):1600 m<sup>3</sup> = 0,30 zł/m<sup>3</sup>; praca walca (55 zł/mg x 8): 800 m<sup>3</sup> = 0,55 zł/m<sup>3</sup>; praca koparki (60 zł/mg x 8): 800 m<sup>3</sup> = 0,60 zł/m<sup>3</sup>}
- koszty inne (w tym: roboty pomiarowe, badania geotechniczne, ręczne dogęszczanie gruntu w rejonie budowli) – przyjęto: 0,65 zł/m<sup>3</sup>.

Odwołujący podsumował, że różnica na jego korzyść wynosi 0,19 zł/m<sup>3</sup>, co przy ilości 83.143,3 m<sup>3</sup> daje kwotę 15.797,23 zł.

Odwołujący zarzucił również, że Zamawiający nie posiada pełnej wiedzy i rozeznania rynkowego w zakresie oferowanych cen materiałów, gdyż np.

{przykład pierwszy}

Zgodnie z załączonymi ofertami na sprzedaż ziemi na budowę wałów Odwołujący pozyskał oferty, których ceny wahają się od 7,0 zł - 20 zł za tonę.

Przyjmując cenę zakupu niższą tj. 7,0 zł za tonę, która w przeliczeniu wynosi 12,25 zł/m<sup>3</sup> (7zł/T x 1,75 T/m<sup>3</sup>).

Odwołujący stwierdził, że cena ta jest wyższa o 6,25 zł/m<sup>3</sup> od ceny udokumentowanej przez niego i jednocześnie wpływa na wartość oferty – zwiększając ją o kwotę 519.645,63 zł netto (6,25 zł/m<sup>3</sup> x 83143,3 m<sup>3</sup>), a kwota ta przekracza kwotę, o której pisze Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia ofert odwołującego (506.423,62 zł netto).

{przykład drugi}

Porównanie cen ofertowych na folię (geomembranę): Tarkett Jasło sp. z o.o. (zaoferowana cena tylko na materiał bez ułożenia 15,50 zł/m<sup>2</sup> netto) z ofertą firmy NIKO (zaoferowana cena wraz z ułożeniem 14,30 zł/m<sup>2</sup>).

Na skutek doręczenia przez Zamawiającego 24 lutego 2015 r. pocztą kopii odwołania – 25 lutego 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej (pismo z 24 lutego 2015 r.) zgłoszenie przez Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Inżynierskich sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z 26 lutego 2015 r. Zamawiający zawiadomił Izbę, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Pismem z 27 lutego 2015 r. Przystępujący wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, wobec zgłoszonego sprzeciwu, stosownie do art. 186 ust. 4 pzp sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymane zostały dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i dalszym piśmie Odwołującego, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła**



**i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W rozdziale IX *Opis sposobu obliczenia ceny* w części A *Forma wynagrodzenia za przedmiot zamówienia* wskazano, że obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe {przy czym dokładne brzmienie pkt 1 zostało adekwatnie przywołane w odwołaniu}.

W części B *Opis sposobu wyceny przedmiotu zamówienia* zawarto następujące postanowienia:

- 1) *Wykonawca winien podać dla każdego elementu Tabeli elementów scalonych cenę wyliczoną w oparciu o:*
  - *projekt budowlany i wykonawczy,*
  - *przedmiar robót,*
  - *specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót,*
  - *warunki podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*
- 2) *Na etapie zawierania umowy wybrany wykonawca przedstawi zamawiającemu „kosztorys szczegółowy”, na podstawie którego wykonawca opracował tabelę elementów scalonych. Kosztorys szczegółowy winien być opracowany metodą szczegółową wg następujących zasad:*
  - a) *Metoda kalkulacji szczegółowej polegająca na obliczeniu wartości robót, jako suma iloczynów: ilości jednostek przedmiarowych robót, jednostkowych nakładów rzeczowych (RMS) i ich cen oraz doliczonych kosztów pośrednich i zysku. Koszty zakupu materiałów powinny być w kalkulowane w ceny materiałów bądź wyliczone, jako wskaźnik procentowy. Do wyliczonej w ten sposób wartości Wykonawca dolicza podatek od towarów i usług VAT.*
  - b) *Kosztorys szczegółowy winien być sporządzony w oparciu o: przedmiary, projekt budowlany i wykonawczy, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, warunki podane w s.i.w.z.*
  - c) *Wartości wynikające z kosztorysu szczegółowego winny być zgodne z cenami podanymi w tabeli elementów scalonych i „Ofercie”.*
- 3) *Zamówienia nie objęte przedmiarem robót, a przewidziane w dokumentacji projektowej nie będą uważane za zamówienia dodatkowe, a wykonawca winien ich koszt uwzględnić w oferowanym wynagrodzeniu za wykonanie przedmiotu zamówienia.*

Pismem z 16 stycznia 2015 r. Zamawiający – działając na podstawie art. 90 ust. 1 pzp – zwrócił się do Odwołującego w następujący sposób o udzielenie wyjaśnień dotyczących

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny: *W szczególności Zamawiający wzywa do udzielenia stosowanych wyjaśnień do poz. 2.1 zał. nr 1 do oferty – „Tabeli elementów scalonych” pn. „Roboty ziemne i zabezpieczające korpusu wału”, w zakresie składników ceny: materiały podstawowe (ziemia, folia, przesłona przeciwfiltracyjna, tłuczeń kamienny), koszt robocizny i sprzętu.*

W piśmie z 22 stycznia 2015 r. Odwołujący wyjaśnił, że do kosztorysu przyjęto następujące ceny: ziemia – 6,00 zł/m<sup>3</sup>, folia – 15,40 zł/m<sup>2</sup>, tłuczeń – 30,00 zł/T, wykonanie przesłony przeciwfiltracyjnej – 57,00 zł/m<sup>2</sup> (w tym: przygotowanie mieszanki cementowo-betonitowej – 25,00 zł / m<sup>2</sup>, wykonanie przesłony przeciwfiltracyjnej siłami własnymi – 32,00 zł/m<sup>2</sup>; koszt robocizny – 10,07 zł/rg; narzuty: koszty pośrednie – 2,0% od R+S, zysk – 5% od R+Kp(R), Kp(S).

Odwołujący wskazał również na fakt złożenia w ofercie oświadczenia, że wynagrodzenie ryczałtowe zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym te, o których mowa w pkt IX.A.4 specyfikacji, a także, że w ramach zaoferowanego wynagrodzenia wykona kompletny obiekt budowlany z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego.

Odwołujący dodał, że pozyskuje materiały, urządzenia i usługi poprzez stosowanie centralnej polityki zakupowej polegającej na zawieraniu umów centralnych na dostawy materiałów, urządzeń i usług w ilościach przekraczających potrzeby jednego projektu, co pozwala uzyskać rabaty i ma wpływ na obniżenie ceny.

Ponadto stwierdził: *Procedury wewnętrzne zarządzania ryzykiem (w firmie) na projektach na etapie oferowania w przetargach, jak i na etapie realizacji, które pozwalają zidentyfikować na projekcie potencjalnie występujące ryzyka i je wyeliminować, czy też ograniczyć bez potrzeby podnoszenia ceny dla danego wyznaczania kosztów pracy ludzi i sprzętu oparty na własnych kalkulacjach, a nie na podstawie norm zawartych w KNR czy też w KNNR.*

Ponadto oświadczył, że posiada nowoczesny, o dużej wydajności park maszynowy, który to pozwala nam na znaczną redukcję kosztów wykonania zadań inwestycyjnych.

Do pisma załączono:

- pierwszą stroną kosztorysu ofertowego z przyjętymi wartościami stawki robocizny oraz narzutów i zestawieniem cen sprzętu;
- ofertę Soletanche Polska na przygotowanie mieszanki cementowo-betonitowej;
- ofertę na zakup ziemi do budowy wału;
- ofertę na zakup folii PEHD 2 mm;
- ofertę na zakup tłuczni.

Pismem z 28 stycznia 2015 r. Zamawiający – działając na podstawie art. 90 ust. 1 pzp – zwrócił się do Odwołującego w następujący sposób o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny: *W wyjaśnieniach z dnia 22.01.2015 r. oświadczyli Państwo, że do obliczenia ceny oferty przyjęta została cena jednostkowa ziemi w wysokości 6,00 zł/m<sup>3</sup> netto. Zgodnie z załączoną do wyjaśnień ofertą na materiał nasypowy cena w wysokości 6,00 zł/m<sup>3</sup> netto obejmuje koszt zakupu i załadunku, nie obejmuje natomiast kosztów transportu ziemi na plac budowy. W związku z powyższym prosimy o podanie, przyjętej przez Państwa do obliczenia ceny oferty, wysokości ceny jednostkowej 1 m<sup>3</sup> ziemi z uwzględnieniem kosztów jej transportu na plac budowy.*

W piśmie z 28 stycznia 2015 r. Odwołujący wyjaśnił, że w poprzednim piśmie podał wyłącznie cenę zakupu materiałów, w tym ziemi, wraz z uzyskanymi ofertami, gdyż tego dotyczyło wezwanie.

Następnie Odwołujący wskazał, że przyjęta przez niego cena transportu wynosi 3,80 zł/m<sup>3</sup> i została wyliczona na podstawie analizy własnej, która została zaprezentowana w końcowej części pisma.

{Odnosić należy, że w treści odwołania lub załącznikach do niego Odwołujący z własnej inicjatywy odtajnił większość informacji, które poprzednio w wyjaśnieniach zastrzegł jako niepodlegającą ujawnieniu tajemnicę przedsiębiorstwa.}

W piśmie z 10 lutego 2015 r. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego.

Zamawiający wskazał, że dokonał oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień (pierwotnych i uzupełniających) zgodnie z zasadami określonymi w art. 90 ust. 2 pzp, biorąc pod uwagę obiektywne czynniki mające wpływ na wyliczenie cen ofert wykonawców.

Zamawiający stwierdził, że z uwagi na zasady z art. 7 ust. 1 pzp winien dokonać sprawdzenia, czy podane w wyjaśnieniach ceny w sposób realny zapewniają wykonanie zamówienia.

W związku z tym sporządził kosztorys dla podstawowego zakresu robót – robót ziemnych i zabezpieczeniowych korpusu wału (poz. 2.1 tabeli elementów scalonych), w oparciu o: po pierwsze – zasady wyceny określone w pkt IX.B ppkt 1 i 2 specyfikacji, po drugie – dane cenowe podane w wyjaśnieniach. Zamawiający stwierdził, że wyliczona w ten sposób wartość powyższego zakresu robót wyniosła 3.059.695,78 zł (3.763.425,81 zł z VAT), a zatem jest o 506.423,62 zł (622.901,05 zł z VAT) wyższa od wartości podanej w ofercie –

2.553.272,16 zł (3.140.524,76 zł z VAT).

Zamawiający zastrzegł przy tym, że przeliczona przez niego wartość elementu 2.1 nie jest całkowita, gdyż nie uwzględnia cen pozostałych materiałów występujących w dokumentacji i przedmiarach, które nie były przedmiotem wyjaśnień. Zamawiający stwierdził, że stosując ceny obowiązujące na lokalnym rynku wycenił ich wartość na kwotę 238.459, 63 zł (z VAT).

Zamawiający podsumował, że uzyskał w ten sposób całkowitą, faktyczną wartość robót ziemnych i zabezpieczeniowych wału, która wynosi 4.001.885,44 zł (z VAT), co wskazuje, że cena wskazana w ofercie jest o 861.360,68 zł (z VAT) niższa od faktycznych kosztów wykonania.

W rezultacie Zamawiający doszedł do wniosku, że nie jest możliwe wykonanie przez Odwołującego całości zadania za oferowaną cenę 5.284.908,69 zł (z VAT), skoro na wykonanie pozostałych robót wchodzących w zakres zamówienia pozostaje kwota 1.283.023,25 zł (z VAT), zaś w złożonej ofercie koszt pozostałych robót wynosi 2.144.383,93 zł (z VAT).

Ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego doprowadziła Zamawiającego do wniosku, że wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty, zgodnie z obowiązującymi normami i przepisami oraz wymogami opisanymi w specyfikacji, jest niemożliwa za powyższą cenę oferty, która jest nierealistyczna, niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych.

Według Zamawiającego przedstawione wyjaśnienia nie uzasadniają realnej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie. Wprawdzie wykonawca powołał się w sposób ogólny na okoliczność posiadania własnej bazy sprzętowej oraz okoliczność prowadzenia centralnej polityki zakupu, pozwalającej na uzyskania upustów (bez podania ich wysokości). Nie wskazał jednak w jakim zakresie i stopniu okoliczności te mają wpływ na całkowitą cenę oferty i w jaki sposób miałyby one kształtować jego pozycję na rynku w sposób wyjątkowy i odmienny od innych podmiotów na nim działających.

Zamawiający dodał, że analogiczny sposób postępowania zastosował w odniesieniu do pozostałych wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, których oferty nie zostały odrzucone. Dla każdego z nich wyliczona wartość elementu 2.1 była zbieżna z ceną podaną w ofercie dla tego elementu.

Zamawiający podsumował całość uzasadnienia, że dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdziła, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia

faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z najniższą ceną, która stanowi jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Z uwagi na przebieg postępowania odwoławczego konieczne stało się ustalenie zakresu kognicji Izby przy rozpoznawaniu tej sprawy.

Z art. 192 ust. 7 pzp wynika, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jednocześnie art. 180 ust. 1 pzp stanowi, że odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności zamawiającego. Z kolei według art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ponieważ odwołanie dotyczyło odrzucenia oferty Odwołującego, zarzuty odwołania mogły dotyczyć tej czynności Zamawiającego w takim kształcie, w jakimi została dokonana, czyli wyznaczonym przez podane w pisemnym uzasadnieniu okoliczności prawne i faktyczne.

Zamawiający następnie uznał w całości zarzuty odwołania, a tym samym przyznał, że odrzucenia oferty Odwołującego dokonał z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Ponieważ Przystępujący sprzeciwił się temu, tym samym wziął na siebie ciężar wykazania prawidłowości czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Powyższe uwarunkowania miały znaczenie dla rozstrzygnięcia tej sprawy, co opisano bardziej szczegółowo poniżej. Już w tym miejscu zaznaczenia jednak wymaga, że nie podlegały rozpoznaniu zarzuty Przystępującego odnośnie dwukrotnego wzywania Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 pzp do wyjaśnień. Skoro Przystępujący dąży do utrzymania czynności Zamawiającego, nie może jednocześnie jej kwestionować.

Odnosić należy, że przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przed wejściem w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232).

Według treści art. 90 ust. 1 pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z kolei art. 90 ust. 2 pzp nakazuje zamawiającemu przy ocenie tych wyjaśnień brać pod uwagę obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę 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. Natomiast według art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z naruszeniem zarówno art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, jak i art. 90 ust. 3 pzp, które łącznie podał jako podstawę prawną swojej decyzji.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wezwał do wyjaśnień Odwołującego, a także pozostałych wykonawców, których cena oferty odbiegała o 30% od ustalonej wartości zamówienia. Jednocześnie Zamawiający skonkretyzował, że jego wątpliwości dotyczą najbardziej cenotwórczego elementu – poz. 2.1 tabeli elementów scalonych czyli robót ziemnych i zabezpieczeniowych wału. Przy czym Zamawiający sprecyzował, że oczekuje podania następujących składników ceny tego elementu: wyszczególnionych materiałów podstawowych (ziemia, folia, przesłona przeciwfiltracyjna, tłuczeń kamienny) oraz kosztów robocizny i sprzętu. Odwołujący podał te składniki cenowe oraz załączył dokumenty na potwierdzenie wysokości przyjętych cen jednostkowych materiałów podstawowych.

W ocenie Izby, odmiennie niż to widzi Przystępujący, samo użycie słowa „w szczególności” nie zmienia tego, że *de facto* wezwanie sprecyzowane zostało jedynie w powyższym zakresie. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, ani Odwołującego, że w każdym przypadku, niezależnie od uwarunkowań konkretnego postępowania, wymagane jest wzywianie do wyjaśnienia ceny całej oferty. Wręcz przeciwnie, zamawiający powinni wyjaśniać te elementy oferty, które wydają się im rażąco niskie i budzące wątpliwości

co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający najwyraźniej nie miał takich wątpliwości co do pozostałych elementów, czyli pozostałych pozycji tabeli elementów scalonych.

Izba zważyła dalej, że podstawą decyzji Zamawiającego nie było zakwestionowanie realności podanych w wyjaśnieniach cen jednostkowych podstawowych materiałów czy stawek kosztów robocizny i sprzętu. Zamawiający nie twierdził również, że nie uzyskał zakresu informacji, którego podania oczekiwał.

Już z tego względu za niezasadne należy uznać stanowisko Przystępującego jakoby oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie samego art. 90 ust. 3 pzp. Wyjaśnienia niewątpliwie zostały złożone, a w ich treści Odwołujący ani wprost, ani pośrednio nie potwierdził, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Natomiast Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie przeprowadzonej we własnym zakresie symulacji kosztorysu ofertowego dla robót ziemnych i zabezpieczeniowych wału, która polegała na podstawieniu uzyskanych w wyjaśnieniach danych do przedmiaru robót. Wynik tej operacji przywiódł Zamawiającego do uznania, że przy takich cenach jednostkowych materiałów, stawkach robocizny i sprzętu, cena oferty Odwołującego dla poz. 2.1 tabeli elementów scalonych powinna być o ponad sześćset tysięcy złotych wyższa. A po uwzględnieniu kosztów pozostałych materiałów, których ceny nie były przedmiotem skierowanego wezwania – według Zamawiającego niedoszacowanie ceny oferty Odwołującego w poz. 2.1 przekroczyło osiemset sześćdziesiąt tysięcy złotych. Następnie Zamawiający uznał, że tak przeliczonej wartości poz. 2.1 nie jest w stanie zrekompensować wartość pozostałych pozycji tabeli elementów scalonych, wywodząc w ten sposób zaniżenie całej ceny oferty.

W odwołaniu trafnie zakwestionowano adekwatność takiej decyzji, która nie została oparta na analizie kosztorysu ofertowego Odwołującego, a na jego symulacji przeprowadzonej we własnym zakresie przez Zamawiającego, który przyjął jako bezwzględnie obowiązujące normatywy ujęte w KNR i KNNR. Odwołujący skutecznie zarzucił, że nie znajduje to oparcia w postanowieniach s.i.w.z., które dopuszczały kalkulację ceny oferty opartą o analizę własną każdego wykonawcy. Izba zważyła, że Przystępujący nie kwestionował tego stanowiska. W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający, który nie wzywał Odwołującego do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty, skonstruował ją w sposób dowolny, gdyż poza elementami objętymi wyjaśnieniami, nie znał założeń przyjętych przy jej sporządzaniu. Odwołujący zaprezentował w odwołaniu, że różnica z tego tytułu może sięgnąć ponad siedemset tysięcy złotych. Odwołujący załączył również do odwołania kosztorys i symulację kosztorysu sporządzonego przez Zamawiającego, przy czym pierwszy z nich w podsumowaniu wychodzi na kwotę wskazaną w poz. 2.1 tabeli

elementów scalonych złożonej oferty. Z oczywistych względów Zamawiający nie mógł skutecznie zakwestionować prawidłowości kosztorysu Odwołującego. Z kolei Odwołujący mógł jedynie przypuszczać jak wyglądała kalkulacja przeprowadzona przez Zamawiającego, gdyż nie została ona załączona ani do zawiadomienia o odrzuceniu oferty, ani do dokumentacji postępowania {a przynajmniej do wersji dokumentacji przekazanej Izbie}.

Izba zważyła, że Przystępujący nie był w stanie bronić zasadności decyzji podjętej przez Zamawiającego, który z oczywistych względów nie mógł skutecznie zakwestionować prawidłowości kosztorysu Odwołującego, gdyż go nie znał. Zamiast tego Przystępujący skupił się na wykazywaniu rozbieżności pomiędzy wyliczeniami kosztorysu załączonego do odwołania a zawartymi w uzasadnieniu odwołania. Istotnie nie są one zbieżne, a Odwołujący nie był w stanie przekonująco wyjaśnić tych różnic. Nie zmienia to jednak faktu, że decyzja Zamawiającego nie była oparta na tych informacjach, ani nawet na kosztorysie szczegółowym sporządzonym przez Odwołującego. Wobec tego bez znaczenia dla oceny prawidłowości tej decyzji jest podważanie przez Przystępującego wywodów odwołania odnośnie sposobu kalkulacji wybranych pozycji kosztorysu, w których Odwołujący doszukał się kolejnych oszczędności i zysków.

Jak już powyżej zaznaczono – Zamawiający nie zakwestionował realności podanych w wyjaśnieniach cen jednostkowych materiałów podstawowych, ani nie uznał za niewystarczający zakres podanych w nich informacji odnośnie kosztów robocizny czy sprzętu. Zamawiający nie kwestionował również zgodności materiałów podanych w wyjaśnieniach z dokumentacją techniczną. W konsekwencji Odwołujący nie miał w tym zakresie od czego się odwoływać. Z tego względu nie podlegały rozpoznaniu sformułowane dopiero przez Przystępującego zarzuty dotyczące wyceny w wyjaśnieniach niewłaściwego rodzaju folii czy tłuczni kamiennego.

Ponieważ decyzja Zamawiającego została oparta na błędnych podstawach faktycznych, podlegała unieważnieniu zgodnie z żądaniem odwołania. Jednakże Zamawiający w toku powtórzonych czynności uprawniony jest do badania oferty Odwołującego z uwzględnieniem zarówno dotychczas uzyskanych wyjaśnień, jak i załączonego do odwołania kosztorysu szczegółowego dla poz. 2.1 tabeli elementów scalonych. Zamawiający winien przy tym baczyć, aby przed podjęciem powtórnej decyzji wyartykułować swoje ewentualne wątpliwości i umożliwić Odwołującemu ich wyjaśnienie.

Izba nie dopuściła innych niż powyżej omówione dowodów wnioskowanych przez Odwołującego lub Przystępującego, które były bez znaczenia dla sprawy, gdyż zmierzały do potwierdzenia okoliczności wykraczających poza wyjaśnienia, na których mógł oprzeć swoją czynność Zamawiający, względnie okoliczności, które wykraczały poza te, które



zostały wskazane jako podstawa czynności podjętej przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 i art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. b ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 2 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 Przystępującego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci, po pierwsze – wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono w kwocie 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy, po drugie – kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, na podstawie potwierdzenia uiszczenia tej opłaty.

**Przewodniczący:** .....