

Sygn. akt: KIO 1691/15

**WYROK**  
**z dnia 24 sierpnia 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 24 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) LINTER S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Piłsudskiego 57a, 32-340 w Wolbrom** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Szpitalna 11, 44-194 Knurów** przy udziale wykonawcy **H. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wielobranżowy "KRYZA-PLAST" H. K., ul. Fitelberga 54, 43-195 Mikołów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) LINTER S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Piłsudskiego 57a, 32-340 Wolbrom** i:
  - a/ zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **(1) LINTER S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Piłsudskiego 57a, 32-340 Wolbrom** tytułem wpisu od odwołania;

b/ zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) LINTER S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO**

**Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Piłsudskiego 57a, 32-340 Wolbrom** na rzecz **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Szpitalna 11, 44-194 Knurów** kwotę **3 600 zł** (trzy tysiące sześćset złotych) jako zwrot kosztów postępowania poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1691/15**

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie prowadzi prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kontrakt W5/1 obejmujący tłocznię TS-01 „Wilsona” - dokończenie budowy” - nr sprawy JRP/ZP/07/2015.

Odwołujący - Konsorcjum firm: Linter S.A.- w Wolbromiu Lider i Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich METRO Sp. z o.o. w Katowicach wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego – odrzucenia odrzuceniem oferty Konsorcjum.

Zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy art. 90 ust. 1 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, błędnie uznając, że oferta zawiera rażąco niską cenę nie pozwalającą na wykonanie przedmiotu zamówienia,
- 2) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy błędnie uznając, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, opierając się na wyjaśnieniach Wykonawcy, w tym kosztorysie załączonym do wyjaśnień, w oderwaniu od przygotowanej i złożonej kompletnej oferty wraz z przedmiarem robót przez Wykonawcę wedle wzoru Zamawiającego,
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy i w ten sposób nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy,
- 2) ponownego dokonania czynności oceny ofert:
- 3) ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Wykonawcy jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

Ad. 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy art. 90 ust. 1 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, błędnie uznając, że oferta zawiera rażąco niską cenę niepozwalającą na wykonanie przedmiotu zamówienia

Na wstępie należy wskazać, iż to Zamawiający jest odpowiedzialny za właściwy opis przedmiotu zamówienia, a wszelkie wady w przekazanej dokumentacji nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty przygotowanej i złożonej przez Wykonawcę w oparciu o SIWZ i załączoną dokumentację. Wykonawca sporządził i złożył ofertę zgodną ze wszelkimi wymaganiami formalnymi ofertę przygotowując przedmiar robót i wycenę w oparciu o wzór oferty stanowiącej załącznik do SIWZ. Pomimo otrzymania kompletnej oferty, Zamawiający trzykrotnie zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienia treści oferty. Pierwsze zapytanie z dnia 30.06.2015 r. dotyczyło wyjaśnienia treści oferty w zakresie ceny deklarowanej przez

Wykonawcę. Zamawiający nałożył bezpodstawnie na Wykonawcę obowiązek sporządzenia kosztorysu szczegółowego na podstawie Katalogów Nakładów Rzeczowych. Należy również zauważyć, iż sam Zamawiający nie oparł się podczas przygotowywania treści SIWZ w tym opracowanego wzoru przedmiaru robót mającego stanowić załącznik do oferty na pozycjach określonych na podstawie Katalogów Nakładów Rzeczowych.

Wykonawca traktował wniesienie przedmiotowych kosztorysów jedynie orientacyjnie wedle najlepszej woli potwierdzając, że cena wskazana w ofercie jest kompletna i wystarczająca do zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SIWZ. W piśmie Wykonawcy z dnia 02.07.2015 r. zawarte były następujące stwierdzenia:

- „Cena zaproponowana w ofercie została obliczona na podstawie szczegółowej analizy opisu przedmiotu zamówienia i uwzględnia wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ ze szczególnym uwzględnieniem warunków realizacji przedmiotu zamówienia opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz projekcie umowy”;
- „Cena została ustalona zgodnie z opisem sposobu obliczania ceny (Rozdział XVII) na podstawie analizy własnej oraz na podstawie ofert otrzymanych od potencjalnych dostawców materiałów budowlanych
- „Analiza własna sporządzona została w oparciu o rzeczywiste koszty utrzymania i pracy własnej bazy sprzętowej, które umożliwiają nam wykonanie przedmiotu zamówienia”;
- „Pragniemy nadmienić, iż załączona kalkulacja ma charakter pomocniczy i służy zaprezentowaniu jednostkowych kosztów wykonania prac, które zostały obliczone metodą budżetowania”.

Analiza poszczególnych pozycji kosztorysu wykazała wedle Zamawiającego, że kalkulacja szczegółowa nie uwzględnia kosztów zagospodarowania materiału uzyskanego w wyniku przeprowadzonych robót, nie uwzględniono obligatoryjnych kosztów inspekcji telewizyjnej kanałów oraz w poz. 14 zagregowanej nie uwzględniono kosztów związanych z robotami ziemnymi oraz w kalkulacji szczegółowej wykonanie zbiornika (obudowy tłoczni) wyceniono w innej technologii wykonania niż określono w opisie przedmiotu zamówienia tj. Jako prace wykonywane metodą studniarską podczas, gdy Karta Nadzoru Autorskiego KNA-412-01 stanowiąca integralną część dokumentacji projektowej wyklucza ten sposób wykonywania robót. Niezależnie jednak od przedstawionego kosztorysu szczegółowego na etapie składania wyjaśnień to wycena stanowiąca załącznik do oferty jest wiążąca. Odwoływanie się do kosztorysu szczegółowego w zakresie nie uwzględnienia wszystkich kosztów nie znajduje więc uzasadnienia.

1. Kosztorys ofertowy, niezależnie od tego, czy Jest on sporządzany w formie uproszczonej, czy też szczegółowej, nie może stanowić wystarczającej podstawy służącej

ustaleniu zakresu prac, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca składając ofertę. Trzeba mieć bowiem na względzie, że skoro przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, to - zgodnie z przepisem art. 31 ust. 7 ustawy pzp- opisuje się je za pomocą dokumentacji projektowej i STWiORB,

2. Przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu budowlanego, czy STWiORB i pełniącym odmienną rolę niż wspomniane dokumenty. Istotą przedmiaru jest przedstawienie zakresu niezbędnych do wykonania prac (ze wskazaniem jednostek przedmiarowych), co ma pomóc wykonawcom w oszacowaniu pracochłonności a przede wszystkim kosztów wykonania ujętych w nim robót budowlanych. Ergo. przedmiar robót a w konsekwencji także kosztorys sporządzony na jego podstawie mają jedynie pomocnicze znaczenie w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy, bowiem ich głównym celem jest skalkulowanie ceny oferty. nie zaś zobrazowanie lei zakresu.

3. Nie sposób zgodzić się z argumentacją, że jeżeli wykonawca pominie w złożonym kosztorysie ofertowym, nawet wbrew wyraźnemu oczekiwaniu zamawiającego, określoną pozycję kosztorysową konieczne jest niejako automatyczne odrzucenie złożonej przez niego oferty jako niezgodnej z treścią SIWI. Nie przekreśla to jednak zobowiązania wykonawcy do wykonania robót budowlanych zgodnie z projektem, czy zasadami wiedzy technicznej, co wynika z istoty umowy o roboty budowlane, ani takiemu zobowiązaniu nie przeczy. wyrok. KIO 175/15.

Ponadto w samej dokumentacji projektowej - Przedmiar Robót - pkt 4. - Wycena - wskazuje, „Uważa się, że cena za prace, których nie przedstawiono w oddzielnych pozycjach, została rozłożona na Ceny Jednostkowe i ceny podane dla innych elementów robót”. Zamawiający jednak bezpodstawnie uznając za wiążący kosztorys szczegółowy złożony w trybie wyjaśnień dokonał w ten sposób modyfikacji treści SIWZ, która jest niedopuszczalna po upływie terminu na składanie ofert.

Zamawiający może zmienić SIWZ wyłącznie wtedy, gdy nie upłynął jeszcze termin składania ofert Stosując wykładnię, a contrario wskazanego przepisu stwierdzić należy, że zmiana SIWZ po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna -Wyrok KIO 386/13. Podkreślenia również wymaga, iż zgodnie z Wyrokiem. KIO 1978/14: 1.Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie stanowią modyfikacji oświadczenia jego woli gdy w dalszym ciągu oferuje on wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze złożonym w treści oferty oświadczeniem woli Dopiero, gdyby tenże wykonawca w wyniku wyjaśnień zmienił swoje oświadczenie woli zawarte w ofercie, można byłoby mówić o naruszeniu art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy pzp. Dla uznania oferty za niezgodną z SiWZ i odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające jedynie zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ. -

Ad. 2) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy błędnie uznając, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, opierając się na wyjaśnieniach Wykonawcy, w tym kosztorysie załączonym do wyjaśnień, w oderwaniu od przygotowanej i złożonej kompletnej oferty wraz z przedmiarem robót przez Wykonawcę wedle wzoru Zamawiającego. Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 23.07.2015 r. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy o wyjaśnienie treści oferty, a po zapoznaniu z nim bezpodstawnie Zamawiający stwierdził, że:

- pompy nie spełniają wymogów, gdyż Wykonawca wskazał na zastosowanie pomp wirowych;
- separatory nie spełniają wymogów dokumentacji projektowej, gdyż zastosowano separatory prętowe;
- przyjęto inną technologię wykonania zbiornika (obudowy tłoczni) niezgodną z dokumentacją projektową (KNA nr 412/01).

Aby nie pozostawiać wątpliwości w zakresie użycia materiałów i urządzeń Wykonawca jednoznacznie stwierdził w odpowiedzi na pismo Zamawiającego (pismo z dnia 27.07.2015 r.) i oświadczył iż „Wszystkie parametry zaoferowanych materiałów i urządzeń są zgodne z przygotowanymi przez Zamawiającego wymaganiami przedstawionymi w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia (SiWZ), w tym w zakresie ilościowym i jakościowym” Ponadto Wykonawca wskazał, iż „Na chwilę obecną posiadamy kilka ofert dostawy i montażu wymaganej przez SIWZ tłoczni a zaprezentowana Państwu miała na celu tylko udowodnić realność wykonania zamówienia w zaoferowanej cen/e”.

W odniesieniu do wskazanej przez Zamawiającego niezgodności pomp, separatorów oraz technologii wykonania tłoczni Wykonawca wskazuje poniżej:

1. Zaoferowane pompy wirowe przez Wykonawcę zgodne są z SIWZ - w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - Wymagania Dotyczące Wyrobów Budowlanych - Wymagania Szczegółe (2.2) - 2.2.1. Pompy - Dobrano pompy wirowe - 4 sztuki, 400/690 V- 50 Hz-45 kW - 1500 obr/min - IP 55, Zabudowa pionowa z bardzo efektywnymi, wielokanałowymi wirnikami w dalszej części specyfikacji znajduje się również opis wirnika. Podobne wymagania dotyczące pomp znajdują się w dokumentacji projektowej pkt 3.8.3A Opis rozwiązań projektowych - Materiały - s.47 - Pompy - - Dobrano pompy wirowe - 4 sztuki, 400/690 V- 50 Hz-45 kW - 1500 obr/min - IP 55, Zabudowa pionowa z bardzo efektywnymi, wielokanałowymi wirnikami.

2. Separatory prętowe nie zostały wymienione w ofercie Wykonawcy (nie znajdują się w załączniku przygotowanym przez Wykonawcę załączniku do oferty stanowiącego Przedmiar Robót) oraz w treści pism odpowiadających na zapytania Zamawiającego Wykonawca nie deklarował zastosowania w/w separatorów prętowych. Jednocześnie Wykonawca podkreśla, iż oświadczył, że wykona przedmiotu zamówienia w zadeklarowanej cenie pomimo

istniejącej rozbieżności w dokumentacji projektowej. Projekcie Wykonawczy - pkt 3.5.1. - s. 35 - przewiduje „separator wyposażony na szczycie ...w zawór kulowy natomiast zgodnie ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - Wymagania Szczególne (2.2) - 2.2.1. Tłocznia - Zbiornik tłoczni - W zbiorniku znajdują się:.... 4 opatentowane separatory wielkości 500 mm, w każdym znajdują się 2 kłapy oddzielające i kuta zamykająca zwrotna D=300mm.”

3. W zakresie technologii wykonania zbiornika Wykonawca w ofercie f późniejszych pismach wyjaśniających oświadczał, iż będzie ona przedmiot zamówienia wykona zgodnie z SIWZ. Zamawiający ponownie odwołuje się do wyceny wedle pozycji kosztorysu szczegółowego. W odniesieniu do technologii wykonania zbiornika (obudowa) według Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - Wymagania Dotyczące Wyrobów Budowlanych - Wymagania Szczególne (2.2) - 2.2.1. Tłocznia - Tłocznia zainstalowana będzie w szczelnej obudowie (studni żelbetowej lub polimerobetonowej o średnicy DN6500, zabudowanej w technologii zapuszczanej. Podobne wymagania dotyczące pomp znajdują się w dokumentacji projektowej pkt 3.8.3.1, Opis rozwiązań projektowych

- Materiały - s.45 - Obudowa (studnia) - Tłocznia zainstalowana będzie w szczelnej obudowie (studni) żelbetowej lub polimerobetonowej o średnicy DN6500, zabudowanej w technologii zapuszczanej. W odniesieniu do przywołanej Karty Nadzoru Autorskiego KNA-412-01. wskazuje, iż zawiera stwierdzenie, że „Wprowadź one zmiany stanowią/nie stanowią istotnego odstępstwa projektowego.". Ponadto, Zamawiający dysponował przedmiotowym dokumentem przed ogłoszeniem przetargu na wykonanie zamówienia (KNA - 412/01 z dnia 10.12.2014 r.), a mimo tego sam nie zmodyfikował treści Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, zapewne również uznając, iż nie stanowi ono istotnego odstępstwa od przyjętej wcześniej technologii.

Zgodnie z ustawą oraz mając na uwadze orzecznictwo KIO wskazuje. iż:

1 . Wszelkiego rodzaju nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia należy rozstrzygać na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Na Zamawiającym spoczywa obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Zamawiający formułując postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, w/n/en wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenia oferty. Do okoliczności tych zaliczyć należy również dostępne na rynku technologie i rozwiązania techniczne stosowane przez znanych zamawiającemu potencjalnych wykonawców prowadzących działalność w danej branży. Pominięcie powyższych okoliczności powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymagań określonych w art. 29 ust 1 ustawy pzp. - Wyrok z dnia 21 lipca 2011 r. KIO 1460/11

Treść SIWZ jest ustalana przez Zamawiającego, jest on jej autorem i w granicach określonych ustawą pzp kreuje zarówno jej zawartość, jak / przyszłe zobowiązania stron.

Zamawiający powinien dochować należytej staranności w formułowaniu zapisów SIWZ w tym opisu przedmiotu zamówienia, czy wzoru przyszłej umowy bądź istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ma to znaczenie dla późniejszej oceny zgodności złożonych ofert z postanowieniami wyspecyfikowanymi przez zamawiającego. Zamawiający jest zatem zobowiązany tak sformułować poszczególne postanowienia SIWZ, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości jakie są oczekiwania zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niejasnych czy nieprecyzyjnych sformułowań zamieszczonych w SIWZ. - Wyrok KIO 1388/14

Wszelkie nieścisłości i wątpliwości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia winny być interpretowane na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest obowiązany posiadać znajomość rynku, aby uwzględnić i przewidzieć wszelkiego rodzaju okoliczności mogące mieć wpływ na prawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności specyficzne rozwiązania techniczne oferowane przez producentów zamawianych urządzeń. Tylko w uwzględnienie przez Zamawiającego tego rodzaju wiadomości umożliwia sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób wypełniający warunki określone w art 29 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w dalszej kolejności, zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców zgodnie z art. 29 ust 2 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy -Wyrok KIO 1496/10

Opis przedmiotu zamów/en/a ma fundamentalne znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. O jasności i wyrazistości opisu decyduje nie jasność zapisów SIWZ dla zamawiającego, lecz decydująca przy ocen/e tego elementu jest czytelność przekazu dla wykonawcy. - Wyrok KIO 1036/10

Nieprecyzyjnych postanowień SIWZ i odpowiedzi na pytania nie można interpretować na niekorzyść wykonawcy. - Wyrok KIO 1311/14

Niezależnie od powyższego należy mieć na uwadze, iż realizacja zamówienia będzie następować zgodnie z Warunkami Kontraktowymi dla Budowy dla Robót Inżynieryjno-Budowlanych projektowanych przez Zamawiającego (FIDIC), a więc wszelkie materiały przed ich zastosowaniem wymagać będą zatwierdzenia Inżyniera.

Ad. 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy i w ten sposób nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Powyższa argumentacja przedstawia działania Zamawiającego, które wedle Wykonawcy jednoznacznie potwierdzają naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, w szczególności Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu żądając od Wykonawcy w ramach udzielenia wyjaśnień do oferty w postaci



szczegółowego kosztorysu jedynie od Wykonawcy (który Zamawiający powołuje jako podstawę odrzucenia oferty Wykonawcy), uznając tym samym, iż przedmiary robót i wycena przygotowane przez pozostałych Wykonawców wedle wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ są wystarczające do uznania, że pozostali Wykonawcy spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ.

Dodatkowo Wykonawca wskazuje również na pismo dotyczące udzielenia wyjaśnień w sprawie spełnienia warunków, przez osoby odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi, które to okoliczności nie zostały wskazane jako przesłanki odrzucenia oferty przez Zamawiającego w piśmie z 3 sierpnia 2015 r., nie mniej jednak stanowią okoliczność potwierdzającą w świetle całokształtu sprawy naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Pismo Zamawiającego z dnia 15.07.2015 r. dotyczyło udzielenia wyjaśnień w przedmiocie spełnienia warunków, przez osoby odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi, określonych w pkt VIII. 1.3) IDW przedstawiając rozbieżność interpretacyjną w zakresie posiadania doświadczenia jako kierownik robót zamiast kierownik budowy i odwrotnie przez Pana A. Z. oraz Pana M. P. . W odpowiedzi na ww. pismo Wykonawca pismem z 17.07.2015 r. wskazał, iż zamawiający na etapie składania ofert zwiększa wymagania względem opisanych w ogłoszeniu i SIWZ. Ponieważ Zamawiający na etapie przygotowywania postępowania formułuje swoje wymagania jednoznacznie i wyczerpująco to nie może później na Wykonawcę przenosić skutków innego rozumienia zapisów niż w jego niezapisanych intencjach. Wykonawca kierował się przepisami ustawy - Prawo Budowlane.

Podsumowując: Wykonawca nie zaoferował ceny „znacząco” niższej od ceny szacunkowej wskazywanej przez Zamawiającego, podkreślał i uzasadnił, iż cena wskazywana jest kompletna i wystarczająca do zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SIWZ, oświadczał, iż wszystkie parametry zaoferowanych materiałów i urządzeń są zgodne z przygotowanymi przez Zamawiającego wymaganiami przedstawionymi w (SIWZ), w tym w zakresie ilościowym i jakościowym, brak było przesłanek do uznania, że zachodzi niebezpieczeństwo, iż Wykonawca nie zrealizuje należycie Zamówienia, a tym samym brak było przesłanek do odrzucenia oferty Wykonawcy przez Zamawiającego.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego po uprzednim wezwaniu go w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Cena wydała się zamawiającemu rażąco niska do przedmiotu zamówienia i wzbudziła wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz – tom III Opis przedmiotu zamówienia. Wykonawca złożył wyjaśnienia oświadczając, że zaproponowana cena jest kompletna i

ostateczna, zawierająca wszystkie pozycje niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Na poparcie tego przedstawił kosztorys szczegółowy będący podstawą ustalenia ceny – kalkulacja szczegółowa odnosi się do wartości pozycji zagregowanych przedstawionych w wypełnionym przedmiarze robót złożonym w ofercie i stanowi podstawę do określenia ceny realizacji zamówienia. Analiza pozycji szczegółowych wykazała, co następuje:

- kalkulacja szczegółowa nie uwzględnia kosztów zagospodarowania materiału uzyskanego w wyniku przeprowadzonych robót; nie uwzględniono również obligatoryjnych kosztów inspekcji telewizyjnej kanałów; w poz. 14 zagregowanej nie uwzględniono kosztów związanych z robotami ziemnymi.

- w kalkulacji szczegółowej wykonanie zbiornika (obudowy tłoczni) wyceniono w innej technologii wykonania niż określono w opisie przedmiotu zamówienia, tj. jako prace wykonywane metodą studniarską, podczas gdy Karta Nadzoru Autorskiego KNA-412-01 stanowiąca integralną część dokumentacji projektowej wyklucza ten sposób wykonywania robót.

Struktura kalkulacji oraz zasady kosztorysowania wykluczają uwzględnienie ww. kosztów w innych elementach kalkulacji. Zgodnie z aktualną linią orzeczniczą wykonawca nie ma prawa manipulować cenami jednostkowymi w złożonej kalkulacji w taki sposób, aby nie uwzględniać cen poszczególnych robót i sztucznie argumentować, jakoby miały znaleźć się w innych pozycjach (wyrok KIO 236/15, KIO 241/15).

Ponadto po zapoznaniu się ze złożonymi wyjaśnieniami oraz w związku z uwzględnieniem innej niż projektowana technologii wykonania zbiornika (obudowy tłoczni), cele oceny zgodności zaoferowanego zobowiązania z przedmiotem zamówienia opisanym w siwz, zamawiający powołał biegłych oraz zwrócił się do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp o wyjaśnienie treści oferty. W wyniku oceny wszystkich otrzymanych wyjaśnień zamawiający stwierdził następujące niezgodności:

1/ w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia:

a/ przedstawione w ofercie pompy nie spełniają wymogów dokumentacji projektowej. Zastosowano pompy wirowe, tymczasem dokumentacja (opis techniczny str. 37, pkt 3.5.3 Parametry i wyposażenie technologiczne tłoczni) wskazuje suche pionowe wielokanałowe pompy ściekowe 2+2 o parametrach: wydajność jednej pompy  $Q = 240 \text{ m}^3/\text{h}$  ( $66,7 \text{ dm}^3/\text{s}$ ), wysokość podnoszenia  $H = 36,28 \text{ m}$ .

b/ przedstawione w ofercie separatory nie spełniają wymogów dokumentacji projektowej. Zastosowano separatory prętowe, Zgodnie z pkt 3.5.1 Opisu Technicznego Konstrukcja wewnętrzna każdego ustawionego pionowo separatora winna być wyposażona na szczycie (na dopływie ścieków) w zawór kulowy zamykający dopływ ścieków oraz w dwie, jedna nad drugą, pionowo zabudowane wewnętrzne klapy cedzące, zapewniające skuteczne oddzielenie i zatrzymanie ciał stałych („skratek”) w separatorze, w czasie napełniania tak

„przefiltrowanymi” ściekami zbiornika tłoczni. Separatory winny zapewniać pewność działania przez uzyskanie w ich wnętrzu efektu samo płuczącego, który powinien się realizować dzięki zastosowaniu strumienic na wlocie ścieków od strony pomp, gdzie ścieki w czasie pompowania przechodzą w ruch wirowy w całej objętości separatorów. W ten sposób powstała turbulencja w wirujących ściekach winna zapewnić całkowite wypłukanie i wytłoczenie wszystkich „skratek” z separatora, zatrzymanych w czasie napełniania zbiornika tłoczni, w każdym cyklu pompowania. Konstrukcja separatora, jak i jego instalacja technologiczna winna być tak wykonana, aby struga ścieków w czasie pompowania nie napotykała na żaden element ograniczający przekrój przepływu (taki, jak np. sita, kraty, pręty itp. rozwiązania). Przepływ pompowanych ścieków musi być swobodny – w całym zakresie długości i objętości instalacji – by nie dochodziło do zapychania (blokowania) i powstawania znaczących oporów miejscowych w trakcie pompowania ścieków – niedopuszczalne jest zatem stosowanie separatorów prętowych.

2/ w zakresie sposobu realizacji zamówienia przyjęto inną technologię wykonania zbiornika (obudowy tłoczni). Sposób wykonania zbiornika oferowany przez wykonawcę – zgodnie z jego wyjaśnieniami – kosztorys szczegółowy – zbiornik wykonywany metoda studniarską. Tymczasem w dokumentacji projektowej (KNA nr 412/01) określono, że z uwagi na odkryte w trakcie ponownych wierceń w rejonie projektowanej zabudowy zbiornika warstw kamiennych – które wykluczają możliwość prowadzenia robót metodą studniarską zbiornik tłoczni należy wykonać „na mokro” bezpośrednio na placu budowy, prace wykopie zabezpieczonym ściankami szczelnymi z uwagi na wysoko poziom wód gruntowych.

Reasumując zamawiający stwierdził, że wykonawca nie udowodnił, że cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie wykazał, że za zaoferowaną cenę można wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Ponadto zachodzi niebezpieczeństwo, że wykonawca nie zrealizuje należycie zamówienia, a zamawiający otrzymałby produkt, który nie odpowiada wymaganom określonym w siwz. Wykonawca wprawdzie w wyjaśnieniach dekla rowach, że zabuduje tłocznię zgodną z siwz jednocześnie jednak przyznał, że w celu pokazania realności ceny w wyjaśnieniach przedstawił ofertę dostawcy na tłocznię nieodpowiadającą wymaganom zamawiającego. Tym samym potwierdził, że cena została skalkulowana nienależycie, co potwierdza, że wykonawca nie udowodnił, że cena nie jest rażąco niską. Wynika to z niezgodności zaoferowanego urządzenia tłoczni z wymaganiami siwz.

Wobec powyższego zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Stwierdził, że oferta nie odpowiada treści siwz, tj. została sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji; odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia (w tym przypadku

niezgodność zaoferowanego urządzenia tłoczni), jak też w sposobie jego realizacji (w tym przypadku inna technologia wykonania zbiornika.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca H. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wielobranżowy „Kryza-Plast” H.k K. z siedzibą w Mikołowie.

Wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że nie ma wątpliwości, że zamawiający oczekiwał wykonania zbiornika metodą „na mokro” co wynika wprost z KNA 412/01. Natomiast odwołujący wycenił i zaoferował do wykonania budowę tłoczni metodą studniarską, która wprost została wykluczona przez projektantów na etapie aktualizacji dokumentacji projektowej jeszcze przed ogłoszeniem przetargu. Wymóg budowy metodą „na mokro” tj. bezpośrednio na placu budowy, prace w wykopie zabezpieczonym ściankami szczelnymi z uwagi na wysoki poziom wód gruntowych, zostały zastrzeżone w dokumentacji projektowej. Taka technologia wykonania tłoczni determinuje konieczność szerszego spectrum prac aniżeli metoda na sucho zaoferowana przez odwołującego. Odmienność technologii oznacza niezgodność z treścią siwz.

Niezależnie od powyższego przystępujący wskazuje, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na odwołującym. Wyjaśnienia złożone zamawiającemu (szczegółowy kosztorys), jak wynika z samego odwołania (s.6) świadomie pomijały niektóre pozycje.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowiska.

Odwołujący także po zapoznaniu się z treścią odpowiedzi na odwołanie wskazał na treść składanych Zamawiającemu wyjaśnień w odpowiedzi na otrzymane wezwania, w szczególności powołał swoje wyjaśnienie z 2 lipca 2015 r., gdzie potwierdził, iż zaoferowana cena obejmuje wszystkie wymagane prace, a załączony kosztorys miał jedynie charakter pomocniczy i wynikał z dodatkowych oczekiwań Zamawiającego. W samym piśmie wykonawca potwierdził, że kalkulacja ta ma charakter pomocniczy.

Podkreślił, że ocenie pod kątem zgodności z SIWZ i poprawności deklarowanej ceny podlegają informacje zawarte w ofercie.

Zauważył, że w informacji o wyniku postępowania Zamawiający wskazał na niebezpieczeństwo niezrealizacji przedmiotu zamówienia przez Odwołującego, z czego wnosi, że odrzucenie oferty było co najmniej przedwczesne, skoro Zamawiający nie miał pewności co do zajścia przesłanek do odrzucenia oferty. Stwierdził, że Zamawiający

wyciągnął niewłaściwe wnioski co do zaoferowanych pomp z wirnikami uznając to, mimo odmiennej treści oferty, za niezgodne z wymogami.

Podkreślił, że nie oferował separatorów prętowych, a urządzenia te zostały wymienione jedynie w ofercie jednego z dostawców, którego pismo załączono do wyjaśnień dotyczących realności zaoferowanej ceny oferty.

Wskazał na pismo z 27 lipca 2015 r. z wyjaśnieniami dla Zamawiającego, z którego wynika zgodność przedmiotu oferty z wymogami SIWZ. Zaznaczył, że kontrakt jest objęty procedurami FIDIC, co gwarantuje jego poprawność i zgodność z wymogami poprzez nadzór nad materiałami i technologią zastosowanymi w toku realizacji.

Zauważył, że Zamawiający w toku postępowania nie odwoływał się do przedmiotu ujętego w SIWZ.

Wskazał, iż trzykrotnie składał wyjaśnienia Zamawiającemu, w tym w zakresie ceny z kosztorysem oraz co do zaoferowanego przedmiotu. Stwierdził, że w SIWZ znalazły się pewne nieścisłości, lecz nie mające istotnego znaczenia z uwagi na obmiarowy charakter wynagrodzenia i procedur nadzorcze w trybie FIDIC. Podtrzymał fakt właściwego skalkulowania ceny. Zanegował tezę Zamawiającego o różnicy 800 000 zł wynikającej z różnej technologii i zastosowanych urządzeń.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podtrzymując stanowisko zawarte w pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Stwierdził, że w złożonym przez wykonawcę na wezwanie kosztorysie brak jest wyceny szeregu z wymaganych prac, tj. w poz. 1, 2 i 3 brak wyceny inspekcji kamerą, w poz. 1, 2, 3, 6, 11, 12 i 17 brak wyceny prac zagospodarowania materiałów uzyskanych w wyniku prowadzonych robót, w poz. 14 kosztorysu (str. 21) brak jest wyceny robót ziemnych. Stwierdził, że uwzględnienie brakujących pozycji w innych częściach kosztorysu jest niemożliwe, a przy tym wykonawca nie wykazał, gdzie brakujące prace mogły być skalkulowane lub ujęte. W ofercie, wskutek braku wyceny szeregu prac, a także odmiennych od wymaganych technologii i braku urządzeń łączna cena wykonawcy została uznana za zaniżoną.

W zakresie pomp wirowych, separatorów oraz technologii zbiornika wskazał na stanowisko złożone na piśmie wraz z załącznikami na potwierdzenie własnego stanowiska.

Wskazuje przy tym na wymóg prac dotyczących zbiornika tłoczni zgodnie z kartą nadzoru autorskiego (kopię załączono). Zauważył, że z treści odwołania wynika, iż wykonawca nie uwzględnił tego wymogu (zakaz zastosowania technologii studniarskiej). Przypomniał, że w odwołaniu wskazano na postanowienia projektu, natomiast co do karty nadzoru autorskiego wskazano, iż, jak wynika z jej treści, nie stanowią one istotnego odstępstwa projektowego. Zamawiający zauważył, że ta ostatnia klauzula jest związana z wymogami prawa

budowlanego i oceną co do potrzeby uzyskania zmiany lub nowego pozwolenia na budowę lub braku takiej potrzeby.

Przypomniał, że w niniejszym postępowaniu założono wynagrodzenie kosztorysowe. Stwierdził, iż, w jego ocenie, stanowisko wykonawcy zawarte w odwołaniu jest odmienne i niespójne z przedstawionym na rozprawie; uwaga ta dotyczy technologii.

Stwierdził na podstawie wyjaśnień Odwołującego, iż w wycenie zostały uwzględnione niektóre urządzenia o niższej cenie, a jednocześnie nie spełniające wymogów SIWZ. Na etapie oceny ofert nie ma znaczenia stwierdzenie Odwołującego, iż w toku realizacji prace będą szczegółowo nadzorowane w trybie zasad FIDIC.

W ocenie Zamawiającego twierdzenia wykonawcy, iż dysponował i dysponuje różnymi ofertami dostawców nie są wiarygodne. W szczególności dotyczyć to może urządzenia zbiornika i technologii wykonania, której cena, według rozeznania Zamawiającego, byłaby o około 800 000 zł zaniżona przy zastosowaniu deklarowanej technologii.

Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że Odwołujący nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Stwierdza, że oferta dostawcy wskazanego przez Odwołującego nie potwierdza zgodności oferowanych elementów z SIWZ. Przypomniał różnice technologiczne i kosztowe najistotniejszego zbiornika tłoczego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika przedstawionych na piśmie i do protokołu, uwzględniając także dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia siwz oraz treść oferty odwołującego zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za niesporne uznać należy, że w siwz zawarto Dokument pn. Karta Nadzoru Autorskiego (KNA), w którym wykluczono możliwość prowadzenia robót metodą studniarską, która została zamieniona na metodę „na mokro” bezpośrednio na placu budowy z uwagi na odkrycie w rejonie prac warstw kamiennych, Oznacza to wymóg prowadzenia prac bezpośrednio w wykopie zabezpieczonym ściankami szczelnymi z uwagi na poziom wód gruntowych. Wykonawca składający odwołanie pominął w swoich kalkulacjach zmianę metody i pozostawił wycenę w technologii wykonania robót metodą studniarską. Okoliczności tej nie zaprzeczył, jednak stwierdził, iż zmiany projektowe, jak wynika z treści KNA „nie stanowią istotnego odstępstwa projektowego” i nie skutkowały zmianą treści specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Skład orzekający zauważa, że powołany wymóg jest istotną treścią siwz, a zacytowana klauzula oznacza jedynie stwierdzenie o braku potrzeby uzyskiwania zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę. Za wiarygodne uznano także

stwierdzenie zamawiającego, że zaoferowana technologia jest z uwagi na zakres prac, technologią tańszą od wymaganej, co w efekcie miało bezpośredni wpływ na zaoferowaną przez odwołującego cenę mającą znamiona ceny rażąco niskiej.

Powyższe oznacza niezgodność treści oferty z treścią siwz.

Skład orzekający zauważa, że w zakresie parametrów zaoferowanych pomp wirowych oraz separatorów wykonawca nie zaprzeczył wprost ocenie dokonanej przez zamawiającego, iż zaoferował wirnik kanałowy zamknięty zamiast wirnika wielokanałowego otwartego, natomiast zadeklarował zgodność tego elementu z siwz. Odwołujący zauważył także, że nie wymienił wprost w ofercie separatorów prętowych. Na poparcie poprawności tych elementów złożył deklarację i oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia w zadeklarowanej cenie zgodnie z siwz. W ocenie składu orzekającego własna deklaracja zgodności z treścią siwz jest niewystarczająca do zanegowania treści odmiennych informacji ujętych w pismach dostawców, a potwierdzających ocenę dokonaną przez zamawiającego. Samo stwierdzenie, wykonawcy, że dysponuje on także innymi dostawcami, bez ich wskazania, nie może być uznane za dowód w sprawie, tak w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i w trakcie postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono, jak w sentencji uznając, że czynności odrzucenia oferty odwołującego nastąpiła w zgodzie z przepisami ustawy pzp, w tym wskazanymi w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

**Przewodniczący:**

.....