

Sygn. akt: KIO/UZP 1594/09

WYROK
z dnia 12 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SKANSKA S.A.**, ul. Gen. Zajęzka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: **SKANSKA S.A.**, Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego, al. Powstańców Śląskich 26, 30- 570 Kraków od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Buczkowice**, ul. Lipowska 730, 43-374 Buczkowice protestu z dnia 1 października 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: „AQUA-SYSTEM” Sp. z o.o. (Lider)**, „**HYDRO-BIELSKO” Sp. z o.o.**, Żywiecka Spółka Drogowa „**DROMIL” Sp. z o.o. (obecnie DROMIL-EKOTEXBUD)**, PPUH **TABUD S.C. A. Popiołek, T. Zając**, z adresem na lidera konsorcjum: ul. W. Witosa 118, 43-300 Bielsko-Biała zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża **Gmina Buczkowice**, ul. Lipowska 730, 43-374 **Buczkowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: SKANSKA S.A, Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego, al. Powstańców Śląskich 26, 30- 570 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Buczkowice, ul. Lipowska 730, 43-374 Buczkowice** na rzecz **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: SKANSKA S.A, Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego, al. Powstańców Śląskich 26, 30- 570 Kraków,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9, adres do korespondencji: SKANSKA S.A, Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego, al. Powstańców Śląskich 26, 30- 570 Kraków.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn: „*Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice*”, zostało wszczęte przez Gminę Buczkowice, ul. Lipowska 730, 43-374 Buczkowice zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 135-197224 w dniu 17.07.2009 r.

W dniu 23.09.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty Konsorcjum firm:1) „AQUA-SYSTEM” Sp. z o. o. (lider), ul. W. Witosa 118, 43-300 Bielsko-Biała; 2) „HYDRO-BIELSKO” Sp. z o.o., ul. Katowicka 37, 43-346 Bielsko-Biała, 3) Żywiecka Spółka Drogowa „DROMIL” Sp. z o.o., ul. Leśniaka 102 a, 34-300 Żywiec, 4) PPUH TABUD S.C. A. Popiołek, T. Zajęc, ul. Lipowska 1049, 43-374 Buczkowice, z adresem na lidera Konsorcjum, zwanej dalej: „*Konsorcjum AQUA-SYSTEM*” albo „*Przystępującym*”. Ponadto, poinformował o odrzuceniu m.in. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” oferty SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji: SKANSKA S.A, Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego, al. Powstańców Śląskich 26, 30- 570 Kraków zwanej dalej: „SKANSKA S.A.” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”. Wskazał, że ostateczna kwota oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości zamówienia ustalonej na podstawie aktualnych kosztorysów inwestorskich, oraz średniej ceny rynkowej uzyskanej w wyniku przetargu. Zaś dokonując badania oferty Zamawiający odniósł zaproponowaną cenę do ustalonej przez siebie wartości zamówienia i stwierdził, że odbiega ona od niej o 32,93%, oraz w stosunku do ceny rynkowej uzyskanej w wyniku przetargu odbiega o 10,98%. Z uwagi na fakt, iż przedmiot zamówienia będzie realizowany przy współudziale środków UE odwołano się do doświadczeń państw UE, gdzie istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający stwierdził, że Wykonawca składając wyjaśnienia ma wpływ zarówno na formę jak i zakres udzielonych wyjaśnień, ich szczegółowość i kompletność. Jednakże, SKANSKA SA nie przedstawiła żadnych dokumentów potwierdzających dostawę materiałów po cenach zawartych w złożonej ofercie, a złożone wyjaśnienia nie są przekonujące dla oceny przez Zamawiającego, czy zaoferowana cena pozwala na realizację przedmiotu zamówienia. Podniósł, że ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na Wykonawcy. Wyjaśnienia składane przez Wykonawcę w trybie art. 90 Pzp powinny wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przywołał wyrok KIO z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 551/09.

W dniu 01.10.2009 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii) na podstawie art. 180 ust.1 i 2 w zw. z art. 179 Pzp SKANSKA S.A. złożyła protest wobec czynności Zamawiającego polegających na: 1. nieuzasadnionym odrzuceniu oferty SKANSKA S.A. wobec błędnego przyjęcia, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do wartości zamówienia (przedmiotu zamówienia), zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 7 Pzp oraz interesu prawnego Protestującego. 2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum AQUA-SYSTEM, chociaż jego oferta nie miała najniższej ceny, zarzucając naruszenie art. 91 Pzp. Wnosił o uwzględnienie protestu i:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty złożonej przez SKANSKA S.A.

Protestujący wskazał, że oferta wybrana była droższa od jego oferty o ponad 2 mln zł i że nie było żadnego prawnego uzasadnienia dla odrzucenia oferty SKANSKA S.A. Powyższej czynności, w jego ocenie, nie w sposób ocenić jako gospodarnej i leżącej w interesie społecznym, w sytuacji w której oferta tańsza jest odrzucana pod pretekstem, iż rzekomo zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w sytuacji gdy z tego powodu Zamawiający wyeliminował nie tylko najtańszą ofertę, ale i dwie kolejne pod względem ceny - w tym ofertę SKANSKA S.A. Zaznaczył, że również pozostałe dwie odrzucone z powodu rażąco niskiej ceny oferty złożone zostały przez działające z powodzeniem od lat na rynku budowlanym firmy, tak iż trudno zaakceptować pogląd, że aż kilka podmiotów posiadających doświadczenie w realizacji kontraktów budowlanych z zakresu gospodarki wodno-ściekowej wylicza ceny swych ofert w zupełnym oderwaniu od realiów rynkowych.

Odrzucenie oferty Protestującego zostało dokonane z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 Pzp. Mianowicie Zamawiający całkowicie dowolnie przyjął, że cena oferty jest rażąco niska, a uzasadnienie odrzucenia naszej oferty jest całkowicie nieadekwatne do realiów sprawy. Przywołał, że ceną rażąco niską jest to cena niewiarygodna i oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Wskazał także na wyrok KIO z dn. 18.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 717/09. A w niniejszej sprawie sytuacja taka nie zachodzi, gdyż Zamawiający ustalił, iż cena oferty SKANSKA S.A. jest rzekomo rażąco niska na podstawie dowolnie dobranych i niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy kryteriów. Przywołał wyrok KIO z dnia 03.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 769/09. Stwierdził, że Zamawiający z cen innych ofert złożonych w postępowaniu oraz cen rynkowych zrobił jedno, a mianowicie „średnią cenę rynkową uzyskaną w wyniku przetargu”, tak iż w konsekwencji pominął kryterium o charakterze podstawowym, a mianowicie kryterium ceny rynkowej. Wskazał na stanowisko doktryny J. Pieróg „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, 8 wyd., C.H.BECK W-wa 2007, do art. 90, s. 299, teza 2.

W jego ocenie, Zamawiający kryterium wartości szacunkowej zamówienia zastosował w sposób z gruntu wadliwy. I tak Zamawiający przyjmując, że cena z oferty SKANSKA S.A. odbiega od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego o 32,93 % przemilczał to, że wartość szacunkowa musi obejmować nie tylko zamówienie podstawowe, ale i przewidziane w punkcie 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Instrukcji dla Wykonawców zwanej dalej „SIWZ”, zamówienia uzupełniające, zgodnie z art. 32 ust. 3 Pzp. W związku z powyższym, skoro wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego obejmuje poza zamówieniem podstawowym, również wartość ewentualnych zamówień uzupełniających do 50%, a oferta SKANSKA S.A. z definicji obejmować może tylko zamówienie podstawowe, zatem dokonane przez Zamawiającego porównanie i wyliczenie jest całkowicie błędne.

Ponadto SKANSKA S.A. kwestionowała rzetelność i prawidłowość sporządzenia kosztorysów inwestorskich, a w konsekwencji i prawidłowość ustalenia szacunkowej wartości zamówienia. Wskazał, że sam Zamawiający przedmiotowe kryterium stosuje wybiórczo. Mianowicie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru dla zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice” dokonał wyboru oferty z ceną brutto 536.556,00 zł, przy określonej przez siebie szacunkowej wartości zamówienia netto 1.113.015,00 zł, a więc o ponad 50% niższą od przedmiotowej wartości szacunkowej. (dowód: 1. ogłoszenie o zamówieniu na: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru dla zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice”; 2. ogłoszenie o udzieleniu zamówienia).

Protestujący wskazał także, że związku z sytuacją ekonomiczną w gospodarce nastąpiły znaczne zmiany w poziomie oferowanych cen (fakt powszechnie znany), w której to sytuacji ustalona pierwotnie wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług VAT nie może w ogóle stanowić podstawy porównania do niej cen ofertowych. Załączył kopie 2 tabel z wydawnictwa „SEKOCDENBUD” z II kwartału 2009 r.: dla KNR 2-01 Budowle i roboty ziemne oraz dla KNNR nr 1 roboty ziemne (dowód 3), a także dwóch tabel z III kwartału 2009 r. dla KNR 2-02 Konstrukcje budowlane, z których kolumnien 9 i 10 wynika jednoznacznie znaczny spadek cen na rynku budowlanym (dowód 4).

Stwierdził także, że w ostatnio organizowanych postępowaniach dotyczących podobnych zamówień powszechną praktyką jest wybieranie ofert z cenami niższymi od wartości szacunkowej zamówienia ustalonymi przez Zamawiających o ponad 30%, np. w przetargu nieograniczonym na budowę sieci kanalizacyjnej w gminie Rajcza (nieopodal gminy Buczkowice) nr PN 3/2009 została wybrana jako najkorzystniejsza oferta z ceną mniejszą od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego o ponad 40%. (dowód: 5. ogłoszenie o zamówieniu na zadanie pn. „Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Rajcza” z dn. 01.04.2009 r. nr 2009/S 63-090511; 6. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert w postępowaniu PN 3/2009 „Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Rajcza” z 21.07.2009 r.; 7. notatka urzędowa SKANSKA S.A. z otwarcia ofert w postępowaniu PN 3/2009 „Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Rajcza”).

W ocenie Protestującego naruszając art. 7 Pzp Zamawiający w sposób niedopuszczalny i automatycznie, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznał naszą ofertę za rażąco niską i ją odrzucił, ograniczając uzasadnienie swej decyzji do stwierdzenia, że zawiera ona cenę poniżej pewnego poziomu. A jak wiadomo wprawdzie ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską spoczywa na Wykonawcy, jednak nie zwalnia to Zamawiającego z obowiązku, wynikającego z przepisu

art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, rzetelnego uzasadnienia podstaw odrzucenia (wyrok KIO z dnia 19.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 712/09), co w niniejszym przypadku nie miało miejsca.

Znamienne jest też, w ocenie Protestującego, że za zawierające rażąco niską cenę uznane zostały aż trzy oferty, tak że wybrana została oferta miejscowego wykonawcy. Przy tym z nieuchwytnych przyczyn Zamawiający odrzucił ofertę SKANSKA S.A. jako tańszą od szacunkowej wartości określonej przez Zamawiającego - i to błędnie (o czym wyżej) - o niecałe 33%, jednocześnie jednak 27%, o które tańsza była od tej wartości wybrana oferta jest dla niego akceptowalne (a różnica między cenami tych ofert wynosiła jedynie 7,5%).

Zamawiający pomimo iż wezwał SKANSKA S.A. o wyjaśnienia, które otrzymał w zakresie zgodnym ze swoim żądaniem, to jednakże całkowicie dowolnie przyjął, że są one rzekomo niezadowolające, gdyż nie zostały do nich załączone dokumenty potwierdzające dostawę materiałów po cenach zawartych w złożonej ofercie, a złożone wyjaśnienia nie są przekonujące. Przy tym nie podał żadnego szczegółowego uzasadnienia, zadowolając się prostym stwierdzeniem, które nie spełnia wymogów z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Protestujący wskazał, że pojęcie „dowodu” z art. 90 ust. 3 Pzp należy rozumieć szeroko, może to być każdy dokument, który w sposób obiektywny i wiarygodny udowadnia, że wykonawca mógł podać w ofercie daną cenę. Może to być nawet oświadczenie samego wykonawcy, zwłaszcza gdy Zamawiający nie żądał poza zapewnieniem Wykonawcy żadnych źródłowych dokumentów. W przypadku, gdy niska cena ma źródło w powszechnych praktykach rynkowych wystarczy powołanie się przez wykonawcę na taki fakt notoryjny i przedstawienie wyliczeń.

SKANSKA S.A. w wyjaśnieniach wykazała, że zaoferowana cena ofertowa jest ceną rynkową, a na jej wysokość wpływ miały wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy oraz oszczędność metody wykonania zamówienia. Przy tym zauważyć należy że Zamawiającemu przedłożone zostały wszelkie oświadczenia i wyliczenia, których żądał pismem z dnia 10.09.2009 r.

Podane okoliczności, w ocenie Protestującego, nie wymagają dalszych dowodów, jako że jest faktem powszechnie znanym zwłaszcza dla osób zajmujących się kontraktami budowlanymi, że SKANSKA S.A. jest jedną z największych firm budowlanych w Polsce, posiadającą całą sieć oddziałów na jej terytorium. Z taką pozycją wiąże się po pierwsze to, że w związku z realizacją innych kontraktów dysponuje ona w dużej mierze własnym sprzętem do wykonania każdego rodzaju robót, a jednostka wykonująca dany kontrakt korzysta bez ograniczeń z potencjału całej Firmy. Przy tym część własnego sprzętu została już amortyzowana, co pozwala na zastosowanie dla tych pozycji niskich stawek, tak jak to się stało w przypadku wyżej powołanych grodzie, podłężnie i rozpór oraz szalunków, co stanowi o oszczędności metody wykonania zamówienia w rozumieniu art. 90 ust. 2 Pzp.

Ponadto realizuje roboty budowlane na terenie całej Polski - w chwili obecnej ok. 100 projektów - i w związku z tym stosuje politykę zakupową polegającą na zawieraniu umów centralnych na dostawy materiałów w ilościach przekraczających potrzeby jednego projektu - obecnie jest to 119 umów, co pozwala na uzyskanie cen korzystniejszych od przeciętnych cen na rynku. I właśnie w ten sposób uzyskane ceny materiałów zostały uwzględnione w naszej ofercie. Ponadto duży udział w rynku połączony z dużym portfelem zamówień powoduje zjawisko znane w ekonomii jako „korzyści skali”, polegające na czerpaniu korzyści płynących z masowego świadczenia usług, które charakteryzują się malejącym przeciętnym kosztem jednostkowym. To wszystko stanowi o wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia.

Okoliczności te powinny być zostać przez Zamawiającego uwzględnione, jako że art. 90 ust. 2 Pzp nakazuje zindywidualizowane podejście do wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę, które powinny być ocenione w kontekście konkretnej propozycji ofertowej oraz uwarunkowań towarzyszących wykonawcy składającemu ofertę. Uwarunkowania te mogą być charakterystyczne tylko dla niego i niekoniecznie muszą przekładać się na innych wykonawców z tej samej branży. Jednocześnie załączył potwierdzające te okoliczności przykładowe dokumenty, a to brief (dowód 8) (wyciąg) umowy na dostawę elementów instalacji wodno-kanalizacyjnych nr 0057/3000/07-2 z Przedsiębiorstwem Barbara Kaczmarek Sp.j. wraz z zał. nr 1 określającym przyznane SKANSKA S.A. rabaty (od 40 do 67%) oraz brief (dowód 9) umowy na dostawę krawężników, obrzeży i kostki betonowej nr 0040/S00000/08 z LIBET SA wraz z zał. nr 1 określającym ceny gwarantowane dla SKANSKA S.A. oraz wykaz średnich cen wg Sekocenbud III kwartał 2009 r. dla tego asortymentu (dowód 10).

Podniósł, że w szeregu wygranych przez SKANSKA S.A. zamówień pu dotyczących robót budowlanych ceny jego ofert - rynkowe - znacząco odbiegały od szacunkowych wartości wyliczonych przez poszczególnych Zamawiających (dowód: 11. zestawienie przykładowych realizowanych przez SKANSKA S.A. przetargów wygranych w 2009 r.), przy czym przy tak ustalonych cenach wynik finansowy jest dodatni, a rentowność sprzedaży netto wynosi obecnie ok. 4,2 %, co jest bardzo dobrym wynikiem w aktualnych realiach rynkowych. (dowód: 12. Sprawozdanie o przychodach, kosztach i wyniku finansowym oraz nakładach na środki trwałe za II kwartał 2009 r. dotyczące SKANSKA S.A.).

W dniu 02.10.2009 r. (pismo z dnia 01.10.2009 r.) Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 05.10.2009 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii) do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło Konsorcjum AQUA-SYSTEM, w zakresie zarzutów

po stronie Zamawiającego. Wskazał, że Zamawiający, w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał Protestującego do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty Protestującego mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. W odpowiedzi Protestujący ograniczył się jedynie do przedłożenia Zamawiającemu oświadczenia o tym, iż zostały spełnione przez Protestującego wszelkie warunki o jakich mowa powyżej, w szczególności co do ceny materiałów wskazanych w ofercie. Jednakże, pomimo wyraźnej dyspozycji art. 90 Pzp, nie przedstawił żadnej dokumentacji pozwalającej zweryfikować Zamawiającemu prawidłowość i dokładność dokonanej przez Protestującego wyceny oferty. Sam fakt złożenia ww. oświadczenia bez dołączenia do niego danych potwierdzających rzetelność tegoż oświadczenia nie stanowi o spełnieniu przez Protestującego przesłanek określonych w dyspozycji art. 90 Pzp. Tymczasem Protestujący takich danych, w wymaganym przez Zamawiającego terminie, nie złożył.

Przystępujący stwierdził, że pierwszorzędne znaczenie ma sama możliwość weryfikacji, przez Zamawiającego, jeszcze na etapie poprzedzającym wybór zwycięzcy przetargu, w oparciu o obiektywne i wiarygodne dane, trafności obliczeń przyjętych przez Wykonawcę dla wyceny oferty składanej Zamawiającemu. Tylko bowiem w przypadku gdy Wykonawca wskaże obiektywne czynniki, które uzasadniają zastosowanie ceny niższej od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedsięwzięcia, to Zamawiający powinien przyjąć ofertę, Ustawodawca wprowadzając przepis mówiący o odrzuceniu oferty o rażąco niskiej cenie dba, by środki publiczne były efektywnie wydatkowane. Przytoczył orzeczenia KIO: wyrok z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 58/2009, wyrok z dnia 23.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1429/08, wyrok z dnia 13.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 752/08; sygn. akt: KIO/UZP 788/08; sygn. akt: KIO/UZP 789/08, wyrok z dnia 17.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 262/09.

Niezależnie od powyższego podkreślił, iż warunki terenowe jakie panują w obrębie gminy Buczkowice, w tym w szczególności warunki geologiczne, wymagają dla prawidłowości wykonania inwestycji polegającej na budowie kanalizacji, zastosowania materiałów budowlanych o doskonałej jakości i wytrzymałości, co z kolei wiąże się z wyższą ceną zakupu w stosunku tychże materiałów w stosunku do cen materiałów używanych przy budowie kanalizacji w typowych warunkach terenowych. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 12.10.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie.

Zamawiający badając ceny rynkowe sporządził zestawienie cen rynkowych uzyskanych z rozstrzygniętych przetargów na terenie sąsiednich gmin. badanie cen rynkowych: 1) Budowa 73 km sieci kanalizacyjnej na terenie Lipnika i Hałcnowa, cena

wybranej oferty wynosiła 38 600 000 zł brutto - cena jedn. 529 zł/mb; 2) Gmina Szczyrk 14,28 km sieci kanalizacyjnej, cena wybranej oferty 9 723 102 zł brutto - cena jedn. 680 zł/mb; 3) Gmina Lipowa 60,7 km sieci kanalizacyjnej oraz 11 pompowni, cena wybranej oferty 32 247 884 zł brutto - cena jedn. 531 zł/mb; 4) Gmina Imielin 35,91 km sieci kanalizacyjnej oraz przepompownia, cena wybranej oferty 21 654 033 zł brutto - cena jedn. 603 zł/mb; 5) Gmina Węgierska Górka 14,2 m sieci kanalizacyjnej, cena wybranej oferty 7 637 200 zł brutto - cena jedn. 645 zł/mb; 6) Gmina Bieruń 24,6 km sieci kanalizacyjnej, cena wybranej oferty 11 775 155 zł brutto - cena jedn. 479 zł/mb. Stwierdził, że w SIWZ przewidział możliwość udzielania zamówień uzupełniających, ale w kosztorysie inwestorskim Zamawiający nie ujął wartości zamówień uzupełniających. W przypadku doliczenia do wartości zamówienia podstawowego wartości robót uzupełniających, cena oferty Protestującej tym bardziej jest ceną rażąco niską nie gwarantującą realizacji zamówienia. W związku z powyższym ustalana wartość zamówienia na podstawie kosztorysów inwestorskich jest prawidłowa. Zamawiający oszacował wartość zamówienia z należytą starannością, przez którą należy rozumieć staranność „ogólnie wymaganą” (art. 355 k.c.) w płaszczyźnie przedmiotu zamówienia.

Ustalając wartość zamówienia z należytą starannością Zamawiający miał na uwadze wieloletni okres realizacji inwestycji (ponad 3 lata) oraz źródło finansowania, tj. Umowę o dofinansowanie nr 2/2009 dla Projektu „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice” zawartą z Wojewódzkim Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach, której podstawowym celem jest zrealizowanie projektu przez beneficjenta w pełnym zakresie i zgodnie z przyjętymi założeniami POliŚ. Umowa ta przewiduje sankcje dla Zamawiającego w przypadku przerwania realizacji zamówienia. Należyta staranność w ustalaniu wartości zamówienia, regulowana zarówno przepisami Pzp jak i Kc dotyczy wszystkich momentów wykonywania zobowiązania i musi mieć na uwadze doprowadzenie do należytego zrealizowania całości inwestycji. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia jest realna i daje możliwość wykonania umowy oraz eliminuje sytuacje, w której wykonawca po zrealizowaniu części zamówienia ze względu na dalszą nieopłacalność odstępuje od umowy, płacąc nawet kary umowne. Skutkiem prawnym dla Zamawiającego może być rozwiązanie umowy o finansowanie z POliŚ i nakazanie zwrotu otrzymanego dofinansowania.

Kosztorysy inwestorskie zostały sporządzone zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysów inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów, prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z (Dz. U. z 2004 r. Nr 130, poz. 1389). Zaś Protestujący oprócz ogólnego stwierdzenia nie wskazuje żadnej pozycji z tych kosztorysów, która jest błędna i na czym ten błąd polega.

Powołany przez Protestującą przykład o udzieleniu zamówieniu na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru dla zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice” nie znajduje zastosowania w przedmiotowym postępowaniu gdyż jest to usługa.

Nie zgadza się z argumentem dotyczącym znacznego spadku cen rynkowych. Z tabeli dla KNR 2-01 Budowle i roboty ziemne oraz dla KNNR nr 1 roboty ziemne, za I kwartał 2009 r. w stosunku do IV kwartale 2008 r. spadek cen wynosi średnio 2,2% więc nie można mówić o znaczącym spadku cen. Natomiast wskazana tabela dla KNR 2-02 Konstrukcje budowlane nie ma zastosowania w przedmiotowej inwestycji.

Podany przez Protestującą przykład Gminy Rajcza nie może stanowić porównania. Wskazał na mniejszy zakres robót sieci kanalizacyjnej i minimalną ilość odtworzenia nawierzchni dróg z mieszanek mineralno bitumicznych. Oferta wybrana to 23 324 810 zł brutto gdzie cena jednostkowa mb kanalizacji wynosi 456 zł. Oferta Protestującego, to 30 432 441 zł brutto daje cenę jednostkową wykonania 1 mb kanalizacji 509 zł, w tym po odjęciu wartości odtworzenia dróg w kwocie 7.611.498 zł brutto cena jednostkowa wykonania 1 mb kanalizacji wynosi 382 zł co potwierdza rażąco niską cenę. Cena wybranej przez nas oferty wynosi 32 900.505 zł brutto, cena jednostkowa wykonania 1 mb kanalizacji wynosi ogółem 550 zł w tym po odjęciu wartości odtworzenia dróg z oferty wybranej 6 .668.930 zł brutto cena jednostkowa wykonania 1 mb kanalizacji wynosi 439 zł.

Przedstawione na wezwanie wyjaśnienia bez żadnego udokumentowania nie pozwoliły Zamawiającemu ustalić czy przyjęte przez Wykonawcę w ofercie ceny za materiały są cenami realnymi za które wykonawca może nabyć materiały. Wykonawca dopiero do protestu dołączył brief umowy z dnia 01.08.2009 r. na elementy instalacji kanalizacyjnej zawierające rabaty gwarantowane na dostarczane produkty bez określenia ceny od której udzielany jest rabat. Zamawiający zaznaczył że w złożonej ofercie Wykonawca wycenił ułożenie 1 mb kanału Ø 200 na kwotę 88,24 zł, przy cenie inwestora 75,4 zł natomiast oferty pozostałych wykonawców kształtowały się w cenie od 35 zł - 75 zł/mb. W cenniku dostępnym na stronie internetowej firmy Przedsiębiorstwo Barbara Kaczmarek Sp. j. ceny kształtują się w przedziale dla rury Ø 200, od 51,33 zł - 64,16 zł, tak więc przedstawione dokumenty nie potwierdzają uzyskanego rabatu. Przedstawiony brief umowy z firmą LIBET z dnia 24.11.2008 r. dotyczy zaopatrzenia w krawężniki, obrzeża i kostki betonowe, które przy realizacji mają znikomy udział - 75m² chodnika z kostki brukowej, nie zawiera natomiast ceny za dostawę płyt żelbetowych pełnych o powierzchni ponad 3 m² - w ilości 420m², których dotyczyło wezwanie skierowane do SKANSKA S.A.

Wskazał, że nie przedstawiono dokumentów potwierdzających dostawę za ceny przedstawione w złożonej ofercie na dostawę materiałów z kruszyw naturalnych - piasku. Materiały te są jednym z podstawowych materiałów do realizacji inwestycji - 38.357 m³. Z załączonej do protestu w tabeli KNR 2-01 Budowle i roboty ziemne w poz. 36 ażurowe

umocnienia pionowych ścian wykopów liniowych szerokości do 1 m i głębokości do 3 m palami szalunkowymi (wypraskami) średnia cena jednostkowa wynosi 15,08 zł, natomiast zastosowana w ofercie cena wynosi 5,23 zł co niewątpliwie wpływa na wartość oferty oraz bezpośrednio na bezpieczeństwo wykonywanych robót - w przedmiotowym postępowaniu występuje 172.915 m ażurowego umocnienia. Zamawiający przywołał wyroki KIO z dnia 23.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1443/08 oraz z dnia 31.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1464/08.

Zamawiający podniósł że rzetelnie i nie automatycznie odrzucił ofertę Protestującego, a tym samym nie naruszył art. 7 Pzp. Przywołał stanowisko doktryny względem dowodów składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp - Komentarz P. Granecki Prawo zamówień publicznych, wyd.2 C.H.BECK, W-wa 2009. Faktu tego nie wykazują również dołączone do protestu dowody, co pozwalałoby Zamawiającej rozważyć ewentualne uznanie protestu. Zamawiająca przyznaje, że Protestujący jest liczącą się na rynku, w szczególności budowy dróg Firmą, ale nie jedyną kształtującą rynek.

W dniu 21.10.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu.

Dodatkowo jako uzasadnienie naruszenia art. 7 Pzp wskazał, że wyjaśnienia Przystępującego złożone w trybie art. 90 Pzp były lakoniczne i znacznie węższe niż te przedstawione przez Odwołującego. Zamawiający nadużywając swych uprawnień i naginając przepisy potraktował całkowicie odmiennie ofertę i wyjaśnienia Odwołującego oraz te pochodzące od Przystępującego, którego ofertę najwyraźniej postanowił już *a priori* i za wszelką cenę wybrać.

Stanowisko o nie ujęciu Zamówień uzupełniających Odwołujący uznał, jako potwierdzenie, iż kosztorysy inwestorskie, a w konsekwencji i szacunkowa wartość zamówienia zostały ustalone w sposób nierzetelny.

Odnosnie przykładu powołanego w proteście, a zanegowanego w rozstrzygnięciu zauważył, że przetarg dotyczy postępowania, w którym również wykorzystywane są środki Unijne i dotyczą całego projektu „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice”, który składa się z części usługowej (pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru), jak i części budowlanej (wybranie Wykonawcy robót budowlanych realizowanych pod nadzorem Inspektora). Tym samym więc argumenty Zamawiającego, szczególnej troski o właściwe określenie szacunkowej wartości zamówienia w niniejszej sprawie muszą odnosić się w całej rozciągłości również do zamówienia dotyczącego wyboru Inspektora Nadzoru dla zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice”, gdyż nie jest do pomyślenia

prawidłowe realizowanie robót budowlanych bez prawidłowego i profesjonalnego nadzoru inwestorskiego nad tymi robotami.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, jakoby nie można było mówić o znacznym spadku cen na rynku budowlanym należy podnieść, że załączone tabele z Wydawnictwa Sekocenbud były jedynie przykładami na znaczny spadek cen w całym sektorze budownictwa, dlatego też podaliśmy zarówno ceny na roboty ziemne, jak i na roboty konstrukcyjne, gdyż wykonania kanalizacji dotyczą nie tylko roboty ziemne, ale również i inne roboty budowlane. Na marginesie należy dodać, że wybrane tabele odnoszą się jedynie do kwartału, a skoro tendencja spadkowa cen robót budowlanych systematycznie utrzymuje się od połowy roku 2008 i kształtuje się w na poziomie 6-8 % kwartalnie, zatem efektywnie ceny robót ogólnobudowlanych licząc w skali roku średnio spadły o ok. 24-32% (wyrok KIO z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 126/09).

Roboty zasadnicze w gminie Rajcza i w gminie Buczkowice są tożsame i obejmują wykonanie kanalizacji z rur PVC, podobna jest też długość wykonywanej kanalizacji (Gm. Rajcza: ok. 51 km; Gm. Buczkowice: ok. 59 km). Natomiast to przyjęte przez Zamawiającego do porównania - i to dopiero na etapie rozstrzygania protestu - przynajmniej niektóre przetargi w sąsiednich gminach są nieadekwatne do przedmiotu niniejszego postępowania, jako że według naszej wiedzy obejmują wykonanie (przynajmniej częściowo) kanalizacji z rur kamionkowych, które są co najmniej dwa razy droższe od rur PVC, bądź też z jeszcze droższych rur żeliwnych. (dowód: 12. SST dot. „Budowy sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Lipowa” - k. 129-130; 13. STWiORB dot. „Budowy sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Węgierska Góra” - k. 187).

Nawet jednak z zastrzeżeniem, że sporządzonego przez Zamawiającego zestawienia cen rynkowych uzyskanych z rozstrzygniętych przetargów na terenie sąsiednich gmin wynika jednoznacznie, że nasza cena 509 zł/mb kanalizacji jest niewątpliwie ceną rynkową. Uznana bowiem za Zamawiającego za rynkową cena jednostkowa 1 mb kanalizacji w gminie Bieruń wynosi 479 zł, a więc kilkadziesiąt złotych mniej niż cena z naszej oferty. Przy tym nie jest dopuszczalne wyłączenie z zakresu naszych robót tych związanych z odtworzeniem dróg asfaltowych, jako że stanowią one jedną nierozzerwalną całość, a Zamawiający przyjmując do porównania ceny uzyskane w wyniku innych przetargów tej operacji (tj. wyłączenia robót odtworzeniowych) nie przeprowadził.

Odwołujący załączył dodatkowo wyciąg z katalogu oraz ofertę cenową Przedsiębiorstwem Barbara Kaczmarek Sp. j. z dnia 14 sierpnia 2009 r. uwzględniającą przyznane rabaty (dowód 15 i 16). Dla wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego odnośnie rabatów na rury podał, że w cenie 1 mb kanalizacji z rur fi 200 w kwocie 88,24 zł (poz. 4.4 kosztorysu Kanalizacja w Sołectwie Rybarzowice) mieści się cena rur fi 200 uwzględniająca udzielone przez Przedsiębiorstwo Barbara Kaczmarek Sp. j. rabaty, podobnie jak rabaty te

dotyczą też rur fi 160 i pozostałego asortymentu dostarczanego nam przez tę firmę. Załączył zestawienie obrazujące różnice w cenach 1 mb kanalizacji z rur fi 160 i fi 200 ze względu na ujęte w kosztach zabezpieczenia (gdzie M to koszt materiału, RS to inne koszty, w tym m.in. koszt zabezpieczeń) (dowód 17).

Załączył ofertę na dostawę piasku za cenę 30 zł/m³ netto z dnia 19.08.2009 r. od UHST Bryła (dowód 20). Odnośnie wyceny poz. 3.6 w kosztorysach ofertowych to uwzględniono w niej materiał rodzimy, tj. zasypanie materiałem (ziemią) pochodzącą z uprzednio wykonanych wykopów, użycie którego Zamawiający dopuszczał zapisem w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (SST) K-02.01.00

Natomiast odnośnie płyt żelbetowych, to po pierwsze stanowią one znikomą w stosunku do przedmiotu zamówienia wartość (2.566,20 zł netto), a po drugie Zamawiający w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych zwanego dalej: „STWiORB” nie żądał nowych płyt betonowych, tak iż w poz. 6.18 kosztorysu ofertowego Sołectwo Buczkowice SKANSKA S.A. wyceniła położenie płyt pochodzących z rozbiórki (poz. 2.2 kosztorysu). Względem ażurowych umocnień pionowych ścian wykopów liniowych szerokości do 1 m i głębokości do 3 m palami szalunkowymi (wypraskami), Zamawiający dopuścił w dokumentacji projektowej i STWiORB alternatywnie wykonanie umocnień z zastosowaniem typowych obudów do wykopów ziemnych, który to sposób wykonania został wyceniony w poz. 3.3 kosztorysu Kanały Główne - roboty ziemne. Kanalizacja sanitarna w Sołectwie Buczkowice, bez zmiany nazwy tej pozycji kosztorysowej (wykonawcy nie byli uprawnieni do dokonywania zmian w tym zakresie). Wycena ta została dokonana uwzględniając to, że SKANSKA S.A. posiada własne, w pełni sprawne obudowy zakupione na potrzeby innych zakończonych już budów, tak że zasadnie przyjęto cenę 5,23 zł za 1 m² robót wykonywanych z ich użyciem. (dowód: 21. STWiORB - k. 64 poz. 5.2.3; 22. opis do projektu budowlano-wykonawczego - k. 17 poz. 4.4; 23. oświadczenie SKANSKA S.A. z dnia 20.10.2009 r.). Stwierdził także, że kanalizację wykonuje się odcinkami 15 m, 30 m i na tych odcinkach należy stosować zabezpieczenie wykopów w trakcie ich realizacji. Kanalizacja budowana będzie do 2012 r., wobec powyższego nie ma potrzeby, aby wykonawca posiadał zmagazynowaną całą ilość obudów, a jedynie taką ich ilość, która gwarantuje bezpieczeństwo odcinków wykonywanych robót zgodnie z przyjętym przez Wykonawcę postępowaniem robót. Podobnie Odwołujący wskazał, że posiada własne, zamortyzowane, lecz w pełni sprawne grodzice zakupione na potrzeby innej budowy, tak że zasadnie przyjęto cenę 1 zł/szt.

Stwierdził również, że prawidłowo realizuje roboty polegające na wykonywaniu sieci kanalizacyjnej na teren zbliżonym do Zamawiającego. Realizuje roboty polegające na wykonywaniu sieci kanalizacyjnej na terenie miasta Żywiec o długości 60 846 mb oraz na terenie gminy Lipowa o długości 74 524 mb. Odpowiednio z wyłączeniem odtworzeń dróg

asfaltowych wraz z podbudową za ceny 353,56 zł/mb i 217,81 zł/mb. Na potwierdzenie, że roboty są wykonywane prawidłowo, a użyte materiały spełniają wymagania Zamawiającego w załączeniu przesyłamy pismo Zamawiającego potwierdzające realizację projektów. (dowód: 26. pismo Międzygminnego Związku ds. Ekologii w Żywcu z dnia 20.10.2009 r.). Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii).

W dniu 22.10.2009 r. (pismo z dnia 21.10.2009 r.) Zamawiający przekazał firmie Konsorcjum AQUA-SYSTEM (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiło dnia 04.11.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Konsorcjum AQUA-SYSTEM po stronie Zamawiającego. Wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości z uwagi na jego całkowitą bezzasadność,
2. utrzymaniu w całości w mocy rozstrzygnięcia Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Przystępującego oraz odrzuceniu oferty Odwołującego,
3. utrzymaniu w całości w mocy rozstrzygnięcia Zamawiającego w przedmiocie oddalenia protestu Odwołującego,
4. rozpoznania niniejszego zgłoszenia o przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego także pod nieobecność Przystępującego lub jego pełnomocnika.

Przystępujący w całości podtrzymał stanowisko zajęte przez Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty Przystępującego oraz stanowisko zajęte przez Zamawiającego w przedmiocie oddalenia protestu Odwołującego. Ponadto Przystępujący podtrzymał swoje żądania zawarte w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

Wezwanie Zamawiającego skierowanego do Odwołującego, obejmowało znacznie większą liczbę poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego, z czego należy wnioskować, iż Odwołujący winien był udzielić odpowiednio szerszej odpowiedzi Zamawiającemu niż Przystępujący.

Stwierdził, że odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę wynika z konieczności dbania przez Zamawiającego o należyte wykonanie zamówienia oraz konieczności zapewnienia prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. W związku z powyższym Zamawiający ma prawo żądać przedstawienia dowodów dla wykazania rzeczywiście niskich kosztów oferty Wykonawcy.

Ponadto Zamawiający w wezwaniu skierowanym do Odwołującego, wskazała podstawę prawną uzasadniająca udzielenie wyjaśnień przez Odwołującego. Zatem Odwołujący wiedział jaka jest przyczyna wystąpienia przez Zamawiającego z żądaniem udzielenia odpowiednich wyjaśnień. W związku z tym od zachowania Odwołującego można

oczekiwać podwyższonej miary staranności w zakresie postępowania przetargowego, a więc także w zakresie czynności jakie należało podjąć w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dla wykazania zasadności i rzetelności oferty cenowej Odwołującego.

Odnosząc się do samej dokumentacji przedłożonej przez Odwołującego to nie dość, że została ona w przeważającej większości przedstawiona dopiero na etapie wnoszenia protestu i odwołania, to i tak nie wynikają z niej fakty z których Odwołujący wywodzi swoje twierdzenia.

Odwołujący nie przytoczył także, w jego ocenie, żadnych dowodów na uzasadnienie tezy odnoszącej się do sytuacji ekonomicznej w kraju, ponieważ nie można za takie, w żadnym wypadku, traktować załączonych do protestu jak i odwołania tabel wydawnictwa „SEKOCENBUD”. Jak wynika z załączonych tabel różnice cenowe dla II i III kwartału 2009 r. nie przekroczyły, dla robót objętych przedmiotem zamówienia, nawet 3%, a więc przy globalnej kwocie na jaką opiewa przedmiotowa inwestycja są to różnice stosunkowo niskie, a na pewno nie uzasadniają tezy Odwołującego o znacznej zmianie w poziomie oferowanych cen. Trudno zatem zrozumieć twierdzenia Odwołującego z których rzekomo wynika, iż efektywne ceny robót ogólnobudowlanych w skali roku spadły średnio o ok. 24-32%, gdyż taka teza nie znajduje nigdzie potwierdzenia.

Odwołujący nie przedstawił egzemplarza przynajmniej jednej z takich umów centralnych w zestawieniu z potrzebami danej inwestycji z czego wynikałoby, iż dysponuje rzekomymi nadwyżkami w materiałach których ilość i rodzaj odpowiadałby, choćby w części, potrzebom realizacji inwestycji Zamawiającego. Nie można za takie umowy traktować dokumentów dołączonych do protestu jak i odwołania oraz oferty z dnia 19.08.2009 r. na dostawę piasku dołączonej do odwołania.

Wskazał, że o ile można przyjąć twierdzenie o znaczącym potencjale Odwołującego na rynku krajowym to mimo wszystko, dla potrzeb danego postępowania przetargowego, Odwołujący winien był przedstawić stosowne obliczenia na poparcie swojej ceny ofertowej. Nie istotny jest również aktualny „trend” cenowy obowiązującym w danym okresie czy też na danym obszarze w zakresie różnicy pomiędzy wyceną inwestorską, a kosztorysami ofertowymi.

Kolejny zarzut Odwołującego, sugerujący celowe działania Zamawiającego zmierzające do wyboru miejscowego oferenta, jest całkowicie bezpodstawny. Po pierwsze, powszechnie obowiązujące przepisy nie zabraniają brania udziału w postępowaniach oferentom których siedziby znajdują się miejscowościach sąsiadujących bezpośrednio lub pośrednio z siedzibą czy też obszarem władztwa Zamawiającego. Po drugie, Zamawiając odrzucił też ofertę konsorcjum w skład którego wchodziło przedsiębiorstwo z siedzibą w Suchej Beskidzkiej.

W jego ocenie argumentacja Odwołującego odnośnie „efektu skali” mogłaby powodować eliminowanie oferentów którzy samodzielnie, chociaż działających w ramach umowy konsorcjum, nie byłiby w stanie podjąć realizacji danej inwestycji. Podsumowując powyższe twierdzenia Zamawiający, w celu realizacji przedsięwzięcia o takiej skali, musiałby wybierać tylko i wyłącznie pojedynczego oferenta, zaliczającego się do grupy potentatów na rynku inwestycji budowlanych.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 6.01.2010 r. do Prezesa UZP pocztą wpłynęło pismo Przystępującego, w którym poinformował, że jeden z jego partnerów wchodzących w skład Konsorcjum AQUA-SYSTEM, tj. Żywiecka Spółka Drogowa „DROMIL” Sp. z o.o., ul. Leśniaka 102 a, 34-300 Żywiec przejęła spółkę EKOTEXBUD tworząc nową spółkę DROMIL- EKOTEXBUD, która powstała w wyniku połączenia. Stosowna kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, pismem Zamawiającego z dnia 10.09.2009 r., odpowiedzią Odwołującego otrzymaną przez Zamawiającego 15.09.2009 r., tj. wyjaśnieniami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z załączoną kalkulacją cenową dla zagęszczania zasypanych wykopów warstwami gr. do 30 cm ubijakami mechanicznymi oraz na wykonanie umocnień grodzicami wbijanymi wraz z wyciąganiem grodzic, jak również po zapoznaniu się z protestem, przystąpieniem do protestu, jego rozstrzygnięciem, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania oraz złożonymi przez Odwołującego: 1) ogłoszeniem o zamówieniu na: „*Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru dla zadania "Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice"*”; 2) ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia na: „*Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru dla zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice”*”; 3) kopiami dwóch tabel z wydawnictwa „SEKOCDENBUD” z II kwartału 2009 r.: dla KNR 2-01 Budowle i roboty ziemne oraz dla KNNR nr 1 roboty ziemne; 4) kopiami dwóch tabel z wydawnictwa „SEKOCDENBUD” z III kwartału 2009 r. dla KNR 2-02 Konstrukcje budowlane; 5) ogłoszeniem o zamówieniu na zadanie pn. „*Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Rajcza*” z dn. 01.04.2009 r. nr 2009/S 63-090511; 6) informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu wykonawców odrzuceniu ofert w postępowaniu PN 3/2009 „*Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Rajcza*” z 21.07.2009 r.; 7) notatką urzędową SKANSKA SA z otwarcia ofert w postępowaniu PN 3/2009 „*Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie*”

Rajcza"; 8) briefem umowy na dostawę elementów instalacji wodno-kanalizacyjnych nr 0057/3000/07-2 z Przedsiębiorstwem Barbara Kaczmarek Sp.j. wraz z załącznikiem nr 1; 9) briefem umowy na dostawę krawężników, obrzeży i kostki betonowej nr 0040/S00000/08 z LIBET SA wraz z załącznikiem nr 1; 10) wykazem średnich cen wg. Sekocenbud III kwartał 2009 r. dla asortymentu dostarczanego przez LIBET SA.; 11) zestawieniem przykładowych realizowanych przez SKANSKA SA przetargów wygranych w 2009 r.; 12) sprawozdaniem o przychodach, kosztach i wyniku finansowym oraz nakładach na środki trwałe za II kwartał 2009 r. dotyczącym SKANSKA SA., 13) SST dot. „Budowy sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Lipowa”- k. 129-130; 14) STWiORB dot. „Budowy sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Węgierska Górka” - k. 187; 15) wyciągiem z katalogu oraz ofertą cenową Przedsiębiorstwa Barbara Kaczmarek Sp. j. z dnia 14.08.2009 r. uwzględniającą przyznane rabaty; 16) przykładowym zestawieniem pozycji kosztorysowych ułożenia rur fi 200 i fi 160; 17) ofertą handlową z dn. 19.08.2009 r. złożoną przez Tadeusza Bryłę UHST BRYŁA; 18)STWiORB - k. 64 poz. 5.2.3; 19) opisem do projektu budowlano-wykonawczego - k. 17 poz. 4.4; 20) oświadczeniem Skanska SA z dnia 20.10.2009 r., 21) pismem Międzygminnego Związku ds. Ekologii w Żywcu z dnia 20.10.2009 r. oraz złożoną na rozprawie 22) umową kwalifikowanego dostawcy, tj. umową z Przedsiębiorstwem Barbara Kaczmarek Sp. J. wraz z aneksami oraz dodatkowymi załącznikami (zgodą wskazanego wyżej przedsiębiorstwa na ujawnienie dokumentów odnoszących się do współpracy z Odwołującym, wyciągiem z katalogu wskazanego wyżej przedsiębiorstwa odnośnie rur kanalizacji zewnętrznej, listą rozrachunków do 01.01.2009 r. do 31.12.2009 r., zaktualizowana oferta handlową z dnia 14.08.2009 r. i 4 fakturami VAT), po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego zaprezentowanych na rozprawie oraz zaprezentowanych w pisemnym stanowisku Zamawiającego - pismo procesowe Zamawiającego z dnia 6.01.2010 r. - wpływ bezpośredni do Prezesa UZP 01.07.2010 r., ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jego oferta cenowo klasyfikowała się

w dniu otwarcia ofert na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert, a oferta, która cenowo klasyfikowała się w dniu otwarcia ofert na pierwszym miejscu została skutecznie odrzucona, zaś oferta Przystępującego pod względem cenowym klasyfikowała się na czwartym miejscu (oferta 3 pod względem cenowym także została skutecznie odrzucona).

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, w ocenie Izby został potwierdzony.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Zamawiający w dniu 10.09.2009 r. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał Wykonawców, w tym Odwołującego oraz Przystępującego, których oferty w dniu otwarcia ofert klasyfikowały się na czterech pierwszych pozycjach pod względem cenowym do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający w każdym z czterech przypadków prosił o przedstawienie pisemnego zapewnienia dostawy materiałów za ceny wskazane w złożonej ofercie oraz potwierdzenie czy wycenione materiały spełniają wymogi zamawiającego określone w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Wskazywał także każdorazowo pozycje jednostkowe kosztorysu ofertowego, które podlegały wyjaśnieniu stosownie do oferty danego Wykonawcy. Poza tym, w dwóch wypadkach, w tym odnośnie Odwołującego, wnosił o dostarczenie szczegółowej kalkulacji cenowej wybranych pozycji. Względem Przystępującego Zamawiający wnosił również o wyjaśnienie, czy pozycje przedmiaru robót których brak stwierdził w kosztorysach ofertowych zostały skalkulowane w innych pozycjach.

Odwołujący miał odnieść się do następujących poz. kosztorysów ofertowych:

1. Kosztorys ofertowy Sołectwo Buczkowice poz. 3.6, poz. 4.1, poz. 4.2, poz. 5.2, poz. 6.18, poz.10.4, poz.14.3;
2. Kosztorys ofertowy Sołectwo Buczkowice Rejon ul. Wójtowej poz. 3.6, poz.4.1, poz.4.2, poz.5.2, poz.10.3;
3. Kosztorys ofertowy Sołectwo Buczkowice Rejon ul. Lipowskiej poz. 3.1, poz.3.2, poz.3.3;
4. Kosztorys ofertowy Sołectwo Buczkowice Rejon ul. Fabrycznej poz. 3.6, poz. 4.1, poz.4.2, poz. 9.3;
5. Kosztorys ofertowy Sołectwo Buczkowice Rejon ul. Chabrów poz. 4.1, poz. 4.2, poz. 8.3;
6. Kosztorys ofertowy Sołectwo Rybarzowice poz. 3.6, poz. 4.1, poz.4.2, poz. 5.2, poz. 14.4;

7. Kosztorys ofertowy Sołectwo Godziszka poz. 3.6, poz. 4.1, poz. 4.2, poz. 5.2, poz.12.4;
8. Kosztorys ofertowy Sołectwo Kaina poz. 3.6, poz. 4.1, poz. 4.2, poz. 5.2, poz. 10.5;
9. Kosztorys ofertowy Godziszka ul. Łodygowska poz. 3.6, poz. 4.1, poz.4.2, poz.5.2, poz.10.3;
10. Kosztorys ofertowy Buczkowice Rejon ul. Bór poz. 3.6, poz.4.1, poz.4.2, poz.9.4.

Ponadto, miał przedstawić szczegółową kalkulację cenową na:

1. zagęszczenie zasypanych wykopów warstwami grubości do 30 cm ubijakami mechanicznymi,
2. wykonanie umocnienia grodzicami wbijanymi pionowo wraz z wyciąganiem grodzie.

Odwołujący oświadczył, że jego oferta została przygotowana zgodnie z SIWZ przy uwzględnieniu wszystkich odpowiedzi na pytania i modyfikacji otrzymanych od Zamawiającego. Zaś cena oferty uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmuje wszelkie koszty z tytułu należnej oraz zgodnej z umową i z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Cena została także wyliczona w oparciu o dokumentację projektową, STWiORB oraz przedmiar robót. Potwierdził, że wszystkie pozycje przedmiaru robót zostały wycenione zgodnie z SIWZ. Cena obejmuje wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. Poszczególne ceny jednostkowe, a tym samym również cena ogólna oferty została wyliczona rzetelnie z uwzględnieniem poziomu istniejących i przewidywanych cen rynkowych, przy założeniu uzyskania dodatniego wyniku na kontrakcie.

Złożył też wymagane przez Zamawiającego oświadczenie, że zapewnia dostawy materiałów za ceny przyjęte w złożonej ofercie w wyszczególnionych kosztorysach ofertowych. Zaś przyjęte materiały spełniają wymogi Zamawiającego określone w dokumentacji projektowej oraz STWiORB. Przedłożył również wymagane przez Zamawiającego kalkulacje cenowe, wyjaśniając przy tym powody, dla których dla pewnych pozycji sprzętu i materiałów (grodzice, podłużnice i rozpory) przyjęto w kosztorysach korzystną cenę 1 zł/kg.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ust. 1-3 Pzp jest czynnością jednokrotną, obwarowaną sankcją wynikającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przepis ten został sformułowany na zasadzie analogii, tj. tak jak art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec powyższego wszelkie dodatkowe wyjaśnienia są niedopuszczalne i nie mogą być przedmiotem ewentualnego badania ze strony KIO. Powyższe potwierdza orzecznictwo m.in. wyrok KIO z dnia 11.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 273/08 oraz wyrok KIO z dnia 13.08.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 752/08, sygn. akt: KIO/UZP 788/08, sygn. akt: KIO/UZP 789/08,

jak również wyrok KIO z dnia 30.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 741/09). W przeciwnym bowiem wypadku *a contrario* złożenie niewystarczających, czy też enigmatycznych wyjaśnień nie skutkowałoby odrzuceniem oferty.

Jednakże należy zauważyć że z przedmiotowego stanu faktycznego wynikają określone okoliczności, różnicujące sytuację z niniejszego odwołania. W ocenie Izby wezwanie do wyjaśnień z dnia 10.09.2009 r. w swej treści co do istoty takie samo wobec czterech Wykonawców, miało charakter sugerujący i wprowadzający ich w błąd. Świadczy o tym, fakt że każdy z czterech Wykonawców, w tym Przystępujący ograniczył się do odpowiedzi na pytania i dostarczenia wskazanych wprost szczegółowych kalkulacji, czy też braków. Żaden nie załączył ewentualnych dowodów na potwierdzenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający jednakże negatywne skutki z tego faktu wyciągnął tylko wobec trzech z czterech wezwanych. Przystępujący został potraktowany odmiennie, mimo że w ramach odpowiedzi udzielonej przez niego uczynił on nawet mniej niż Odwołujący. Zaś oferta Przystępującego była o ponad 27% niższa od wartości zamówienia wynikającej z kosztorysu inwestorskiego powiększonego o VAT. Argumenty Zamawiającego o profesjonalnym charakterze Odwołującego w kontekście nie załączenia dowodów do wyjaśnień oraz stanowisko, że pismo z dnia 10.09.2009 r. nie wkluczało możliwości ich złożenia, w ocenie Izby nie sanuje zaistniałego stanu rzeczy. Wyjaśnienia Odwołującego z rozprawy odnośnie klauzul nakładających tajemnicę handlową na gwarantowane rabatu w ramach umów kwalifikowanego dostawcy z obowiązkiem wyrażenia zgody dostawcy na ich ujawnienie, czynią działanie Odwołującego dodatkowo opartym na wiążących go zobowiązaniach.

W tym miejscu Izba wskazuje, że Zamawiający nie zasadnie na rozprawie wskazywał, że zarzut naruszenia art. 7 Pzp w kontekście art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp nie mieścił się w zakresie zarzutów podnoszonych w proteście i odwołaniu. Był on wprost wskazywany na str. 4 i 5 protestu oraz str. 9 i 10 odwołania.

Konsekwencją niniejszego stanu rzeczy jest uznanie, że prekluzja dowodowa, którą Izba potwierdza, nie ma zastosowania. Zaś wiążące są dla Izby wszystkie materiały dowodowe, jakie przedłożył Odwołujący, tak w proteście, jak i odwołaniu oraz rozprawie. Izba w tym zakresie uznała także wniosek dowodowy Odwołującego złożony na rozprawie. Należy wskazać, że kierując się ekonomią postępowania, Izba uznał, że niecelowe jest nakazanie powtórzenia wadliwie przeprowadzonego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wobec zebrania wszechstronnego i wyczerpującego materiału dowodowego potwierdzającego, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Po drugie, z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie wynikają faktyczne powody jej odrzucenia, które Zamawiający *de facto* przedstawił w rozstrzygnięciu protestu, czym naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w kontekście art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp. Dopiero z niego Odwołujący powziął informację, że chodzi w dużej mierze o ceny jednostkowe w wybranych pozycji, które w ocenie Zamawiającego wpływają w sposób istotny na cenę oferty (dostawa materiałów z kruszew naturalnych – piasku, płyt żelbetonowych, ażurowe umocnienia pionowych ścian wykopów liniowych). Dotąd bazował na treści uzasadnienia odrzucenia, które jako główny i jedyny powód odrzucenia oferty przywołuje brak załączenia do wyjaśnień dowodów, przytaczając także arytmetyczne kryterium sugerujące automatyczne uznanie ceny za rażąco niską. Przy czym *de facto* dopiero pismo Zamawiającego złożone na rozprawie w sposób kompleksowy odnosiło się do kwestii wpływu cen jednostkowych w wybranych pozycjach na cenę oferty. Przytaczało ono 8 przykładowych pozycji i przytaczało szczegółowo argumentację w tym zakresie, w odrzuceniu oferty nie było o tym ani słowa. Zamawiający zaś w żadnym wypadku nie kwestionował w odrzuceniu z dnia 23.09.2009 r., ani wyjaśnień Odwołującego, co do pozycji jednostkowych, ani też szczegółowej kalkulacji zażądaney w piśmie Zamawiającego z dnia 10.09.2009 r.

W tym miejscu Izba stwierdza, że istotnie zaoferowana cena Odwołującego (30.432.441,06 PLN brutto) była niższa od wartości kosztorysowej powiększonej o podatek VAT (45.375.490, 50 PLN brutto) o 32,93 %. Jednakże z 12 złożonych ofert wszystkie były niższe niż wskazana powyżej wartość zamówienia. Okoliczność, że Zamawiający wezwał do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (w sposób ułomny) tylko czterech Wykonawców z najniższymi cenami jest przejawem konieczności indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej (wyrok KIO z dnia 24.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09), choć równie dobrze może świadczyć o braku konsekwencji ze strony Zamawiającego. Przy czym nie wolno zapominać, że: *„zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie”* (wyroku KIO z dnia 13.03.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08).

Fakt złożenia wszystkich ofert poniżej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, jak i różny wynik arytmetyczny co do wartości inwestorskiej oraz cen rynkowych dowodzi, jak nieadekwatna była wartość kosztorysu inwestorskiego powiększona o VAT.

Należy wskazać także za orzecznictwem (wyrok KIO z dnia 15.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1055/08), że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji (wyrok KIO z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna

zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08). Oceniając tylko jeden element oferty, Zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie części oferty. Choćby nawet sama cena część oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niską ceny całej oferty (postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05). Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 425/04, stwierdzający, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez Wykonawcę. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, gdy Zamawiający nie określił w sposób wiążący zakresu zamówienia, co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym. Jednocześnie, nawet w takiej sytuacji należy uwzględniać wszystkie ceny jednostkowe, a nie koncentrować się na wybranych. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym Wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie Wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia.

W konsekwencji Izba stwierdza, że w pełni podziela dotychczasowe stanowisko wypracowane w doktrynie i orzecznictwie, iż za cenę rażąco niską może być uznana całkowita cena ofertowa, nie zaś jej poszczególne elementy – składniki (podobnie wyrok KIO z dnia 27.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 878/09 oraz wyrok KIO z dnia 27.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1049/09, sygn. akt: KIO/UZP 1050/09, sygn. akt: KIO/UZP 1051/09, sygn. akt: KIO/UZP 1052/09. Powyższe jest dodatkowo uzasadniono w wypadku wynagrodzenia ryczałtowego co ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Z tych względów, jak i wobec faktu, że w odrzuceniu oferty Zamawiający w żadnym wypadku nie odnosił się do cen jednostkowych poszczególnych pozycji i ich wpływu na cenę ofertową, Izba uznała za bezprzedmiotowe analizowanie pod tym kątem zebranego materiału dowodowego, tj. briefu umowy na dostawę elementów instalacji wodno-kanalizacyjnych nr 0057/3000/07-2 z Przedsiębiorstwem Barbara Kaczmarek Sp.j. wraz z załącznikiem nr 1; briefu umowy na dostawę krawężników, obrzeży i kostki betonowej nr 0040/S00000/08 z LIBET SA wraz z załącznikiem nr 1; wykazu średnich cen wg Sekocenbud III kwartał 2009 r. dla asortymentu dostarczanego przez LIBET SA.; przykładowego zestawienia pozycji kosztorysowych ułożenia rur fi 200 i fi 160, oferty handlowej z dnia 19.08.2009 r. złożonej przez Tadeusza Bryłę UHST BRYŁA; STWiORB - k. 64 poz. 5.2.3; opisu do projektu budowlano-wykonawczego - k. 17 poz. 4.4; oświadczenia Skanska SA

z dnia 20.10.2009 r., w tym także argumentacji Zamawiającego zawartej w jego piśmie złożonym na rozprawie.

Izba podkreśla również, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym ryzyko obliczenia ceny obciąża Odwołującego zwłaszcza, że podpisując ofertę złożył stosowne oświadczenie wymaganej treści, na jakich warunkach wykona zamówienie. Powyższe odnosi się także do cen jednostkowych tym bardziej, że w wyjaśnieniach z 15.09.2009 r. Odwołujący dodatkowo potwierdził wszystkie wymagane przez Zamawiającego wyznaczniki prawidłowego skalkulowania wszystkich pozycji przedmiaru robót, w tym także kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji danych kosztorysów ofertowych.

Izba wskazuje także, że kosztorysy inwestorskie często nie odzwierciedlają rzeczywistych cen rynkowych. Podane w nich ceny jednostkowe odnoszą się np. do średnich cen Sekocenbudu, a to z kolei powoduje nie uwzględnienie aktualnej sytuacji na rynku lokalnym. Zamawiający powinien był zatem wziąć to pod uwagę przy ocenie rażąco niskiej ceny (wyrok KIO z dnia 21.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 691/08 oraz wyrok KIO z dnia 14.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 794/08). Przy czym Izba nie neguje, że same ceny Sekocenbudu należy traktować jako materiały o charakterze pomocniczym (kopie dwóch tabel z wydawnictwa „SEKOCDENBUD” z II kwartału 2009 r.: dla KNR 2-01 Budowle i roboty ziemne oraz dla KNNR nr 1 roboty ziemne; kopie dwóch tabel z wydawnictwa „SEKOCDENBUD” z III kwartału 2009 r. dla KNR 2-02 Konstrukcje budowlane). Ponadto, w ocenie Izby znaczny spadek cen materiałów budowlanych jest faktem powszechnie znanym, a wskazane cenniki w powiązaniu z rabatami które bezsprzecznie uzyskuje Odwołujący na rynku, czynią jego ofertę ze wszechmiar odzwierciedlającą istniejącą sytuację w branży budowlanej.

Zamawiający nie zasadnie kwestionuje legitymowanie się przez Odwołującego rabatami na zakup materiałów budowlanych. Izba wskazuje, że jeżeli każdy podmiot nawet o charakterze indywidualnym może uzyskać na budowę domu jednorodzinnego korzystne rabaty pod warunkiem zaopatrywania się tylko i wyłącznie u danego dostawcy, tym bardziej powszechnie znany Wykonawca o ugruntowanej pozycji na rynku budowlanym. Zebrane materiały dowodowe bezsprzecznie to potwierdzają (brief umowy na dostawę elementów instalacji wodno-kanalizacyjnych nr 0057/3000/07-2 z Przedsiębiorstwem Barbara Kaczmarek Sp.j. wraz z załącznikiem nr 1; brief umowy na dostawę krawężników, obrzeży i kostki betonowej nr 0040/S00000/08 z LIBET SA wraz z załącznikiem nr 1; wykaz średnich cen wg Sekocenbud III kwartał 2009 r. dla asortymentu dostarczanego przez LIBET SA.; wyciąg z katalogu oraz oferta cenowa Przedsiębiorstwa Barbara Kaczmarek Sp. j. z dnia 14.08.2009 r. uwzględniającą przyznane rabaty; umowa kwalifikowanego dostawcy, tj. umowa z Przedsiębiorstwem Barbara Kaczmarek Sp. J. wraz z aneksami oraz dodatkowymi załącznikami, tj. zgodą wskazanego wyżej przedsiębiorstwa na ujawnienie dokumentów

odnoszących się do współpracy z Odwołującym, wyciąg z katalogu wskazanego wyżej przedsiębiorstwa odnośnie rur kanalizacji zewnętrznej, lista rozrachunków do 01.01.2009 r. do 31.12.2009 r., zaktualizowana oferta handlową z dnia 14.08.2009 r. i 4 faktury VAT). W tym zakresie Izba uznała także okoliczność wynikającą z protestu, jak i rozprawy, że umowa kwalifikowanego dostawcy jest przykładową umową z dostawcą gwarantującym Odwołującemu rabaty określonej wielkości (od 01.01.2007 r. do 31.12.2011 r.). Ponadto, niniejszy dostawca ma określony numer kontrahenta, jest więc wiarygodne stanowisko Odwołującego, że łączy go umowy z około aktualnie 190 dostawcami materiałów budowlanych. Dodatkowo należy wskazać, co wynika z pełnej umowy złożonej na rozprawie, że Odwołujący zastrzegł sobie prawo traktowania cen podanych przez dostawcę jako maksymalnych w okresie obowiązywania umowy. Zaś jego upoważnieni pracownicy mają prawo negocjować niższe ceny obiektowe.

Odnosnie powołanego przykładu udzielenia zamówienia na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru dla zadania „*Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice*” w ocenie Izby mimo, że niniejsze zamówienie jest realizowane w ramach tego samego projektu co zamówienie będące przedmiotem niniejszego odwołania, okoliczność, że odnosi się do usługi i to usługi inspektora nadzoru, czyli „*niemateriałowy*” charakter usługi, zwiększa trudności przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, czyniąc niniejszy przykład niemiarodajnym wobec roboty budowlanej. Daje ona albowiem Wykonawcom większą swobodę przy kalkulacji ceny oferty (ogłoszenie o zamówieniu na: „*Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru dla zadania "Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice"*”; ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na: „*Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru dla zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Buczkowice*”). Także kwestia stosowania preferencji lokalnych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie znajduje potwierdzenia w stanie sprawy. W konsekwencji w zakresie obu wskazanych wyżej kwestii Izba uznała stanowisko Zamawiającego.

Odnosnie analizy porównawczej pn. „*Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Rajcza*” i innych rozstrzygniętych przetargów na terenie sąsiednich gmin w latach 2007-2009 celem szacunkowego ustalenia ceny rynkowej w/w przetargu. Izba stwierdza, że nie neguje różnic w wykazywanych przedmiotach zamówienia, jak i względem zamówienia będącego przedmiotem odwołania. Jednakże, w ocenie Izby, ich podobny charakter jest niezaprzeczalny, zaś w orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko o nieistnieniu tożsamyh, czyli takich samych zamówień (ogłoszenie o zamówieniu na zadanie pn. „*Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Rajcza*” z dn. 01.04.2009 r. nr 2009/S 63-090511; informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu wykonawców odrzuceniu ofert w postępowaniu PN 3/2009 „*Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Rajcza*” z 21.07.2009 r.; notatka urzędowa SKANSKA SA z otwarcia ofert w postępowaniu PN 3/2009 „*Budowa sieci*

kanalizacyjnej w gminie Rajcza"; SST dot. „Budowy sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Lipowa”- k. 129-130; STWiORB dot. „Budowy sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Węgierska Górką” - k. 187; zestawienie przykładowych realizowanych przez SKANSKA SA przetargów wygranych w 2009 r. oraz pismo Zamawiającego złożone na rozprawie). Przy czym, ich analiza musi uwzględniać także dany moment „czasowy” w jakim złożono ofertę. Jednakże, w ocenie Izby z zebranych danych nie wynika, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską, co najwyżej mamy do czynienia z konkurowaniem Odwołującego na rynku i składaniem przez niego ofert z zamiarem wygrania zamówienia z uwzględnieniem posiadanych rabatów oraz zachowaniem zysku i płynności finansowej przedsiębiorstwa (sprawozdanie o przychodach, kosztach i wyniku finansowym oraz nakładach na środki trwałe za II kwartał 2009 r. dotyczącym SKANSKA SA.).

Zamawiający podnosił na rozprawie, jak i w rozstrzygnięciu protestu, że ewentualne zerwanie kontraktu będzie skutkowało utratą środków (na tą okoliczność nie okazał jednakże żadnego dowodu), zaś charakter zaoferowanej ceny niesie za sobą właśnie takie niebezpieczeństwo wynikające z ceny nierealistycznej - niebezpieczeństwo uwikłania się w źle rokujące przedsięwzięcie. Wskazywał także za Przystępującym na specyfikę obszaru na którym ma być realizowane zamówienie i wynikającą stąd konieczność zastosowania materiałów o zwiększonej wytrzymałości.

Izba stwierdza, że powoływanie przykładu nie wywiązywania się ze zobowiązań umownych przez innych Wykonawców w kontekście Odwołującego jest godzeniem w jego dobre imię (goodwill) nie popartym żadnymi dowodami. Poprzez goodwill uważa się ogół niematerialnych składników przedsiębiorstwa, składających się na jego wartość rynkową. (...) Całokształt tych wyobrażeń (renoma - goodwill) stanowi dobro niematerialne, ucieleśnione bądź w funkcjonalnie zorganizowanym majątku służącym prowadzeniu działalności gospodarczej w formie przedsiębiorstwa, bądź w osobistych przymiotach osoby wykonującej wolny zawód. (S. Bogusław, Klientela - Przedsiębiorstwo - Wolny zawód, Rejent 1995.1.124). Według Słownika języka polskiego pod red. prof. J. Szymczaka renoma to "opinia, sława, rozgłos, wziętość" a renomowany to "cieszący się uznaniem, znany z dobrej strony, wzięty". Takie rozumienie pojęcia renomy wskazuje na to, że nie stanowi ona samodzielnego bytu (składnika) lecz jest związana w sposób nierozzerwalny z danym przedsiębiorstwem i może być zbyta tylko łącznie z nim lub z jego częścią. (Wyrok z dnia 20.06.2006 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt. II FSK 839/2005). (podobnie wyrok KIO z dnia 22.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 99/08). Przejawem powyższego jest renoma i ugruntowana pozycja Odwołującego na rynku budowlanym. W tym kontekście tzw. „efekt skali” zwiększonego portfela zamówień, nie pozostaje bez

znaczenia, tym bardziej, że ani Zamawiający ani Przystępujący nie przedstawili żadnego dowodu, ani też nie przytoczyli żadnej okoliczności przeciwnej w tym zakresie.

W tym kontekście należy wskazać, że Zamawiający w żadnym razie nie zakwestionował, że Odwołujący zrealizował w sposób rzetelny zamówienie dla miasta Żywiec i że miało to miejsce na obszarze o podobnym charakterze co u Zamawiającego (pismo Międzygminnego Związku ds. Ekologii w Żywcu z dnia 20.10.2009 r.). Powyższe jest dodatkowym argumentem za gwarancją rzetelności i odpowiedzialności Odwołującego za składane oferty i oferowane w nich ceny. Należy także wskazać, że każdy kontrakt jest swoistym połączeniem wielu czynników i okoliczności. Zgodna realizacja umowy wymaga także współdziałania ze strony Zamawiającego, także w zakresie płatności, jak i regularnego nadzorowania harmonogramu wykonania zamówienia.

Kwestia niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ nie była rozpatrywana przez Izbę, gdyż nie była ona przedmiotem zarzutu ze strony Zamawiającego i wynikała dopiero w ramach polemiki w piśmie Zamawiającego złożonym na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 Pzp, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za zasadny.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowice**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....