

Sygn. akt: KIO 1459/11

WYROK
z dnia 25 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 lipca 2011** r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 lipca 2011** r. przez wykonawcę **ALPINUR Prace Podwodne i Hydrotechniczne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gryfinie, ul. Targowa 5** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, Al. Jana Pawła II 42**

orzeka

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ALPINUR Prace Podwodne i Hydrotechniczne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gryfinie, ul. Targowa 5** i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ALPINUR Prace Podwodne i Hydrotechniczne spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gryfinie, ul. Targowa 5** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na uszczelnienie wału przeciwpowodziowego Zdroje w km 0+000 - 1+275 zostało wszczęte przez zamawiającego Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie, Al. Jana Pawła II 42 zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 maja 2011r. za numerem 151057-2011.

W dniu 5 lipca 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: Przedsiębiorstwa Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Szczecinie, ul. E. Orzeszkowej 29 oraz DABI S. Budny, M. Budny Spółka Jawna z siedzibą w Ligocie, ul. Włociańska 32 i o odrzuceniu złożonej przez „ALPINUR” Prace Podwodne i Hydrotechniczne sp. z o.o. z siedzibą w Gryfinie, w następstwie dokonanej oceny oferty i złożenia wyjaśnień na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) tj. wobec nieudowodnienia zamawiającemu, że złożona oferta nie jest ofertą z rażąco niską ceną.

Na te czynności w dniu 11 lipca 2011r. wniósł odwołanie „ALPINUR” Prace Podwodne i Hydrotechniczne sp. z o.o. z siedzibą w Gryfinie, zwany dalej odwołującym zarzucając zamawiającemu

1/ naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż oferta odwołującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2/ naruszenie przepisu art. 7 ustawy, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające tym, iż zamawiający nie przygotował oraz nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

3/ naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w postaci nie wybrania przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4/ naruszenie przepisu art. 87 ustawy, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w postaci wadliwego sposobu żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert,

5/ naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie w postaci zwrócenia się w sposób nieprecyzyjny do odwołującego o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wskazał, że na skutek odrzucenia jego oferty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty droższej - złożonej przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń

Wodnych i Melioracyjnych sp. z o.o. oraz DABI S. Budny, M. Budny Spółka Jawna - interes prawny odwołującego doznał uszczerbku.

Wniósł o powtórzenie zaskarżonych czynności i dokonanie:

I. unieważnienia czynności zamawiającego, tj. odrzucenia oferty odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty,

II. nakazania zamawiającemu powtórzenia badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z zachowaniem przepisów ustawy oraz zapisów Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem faktu, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu,

III. przeprowadzenia dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania,

IV. przeprowadzenie dowodu z pisma SOLETANCHE POLSKA sp. z o.o. na okoliczność ustalenia pozycji nr 8 kosztorysu ofertowego, w tym kosztu gruntuobetonu, stosowanej technologii

V. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:

- Mariusz Hoffman, na adres SOLETANCHE POLSKA sp. z o.o., ul. Jana Kochanowskiego 49a, 01 - 864 Warszawa na okoliczność zaoferowanej ceny, przesłanek ustalenia pozycji nr 8 kosztorysu ofertowego w tym kosztu gruntuobetonu, braku podstaw do uznania ceny za rażąco niską,

VI. przyznania odwołującemu kosztów postępowania wywołanych wniesionym odwołaniem.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej określił kryterium ceny. Oferta złożona przez odwołującego była w przedmiotowym postępowaniu ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty w celu zbadania, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyjaśnienia miały dotyczyć stawki r-g na poziomie 7,50zł oraz stawki za 1 m3 gruntuobetonu na poziomie 82,00 zł), z zastrzeżeniem, iż brak złożenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzająca, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, skutkować będzie odrzuceniem oferty w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wystosował wyczerpujące wyjaśnienia, uzasadniające okoliczności złożenia oferty o cenie niższej niż wynikająca z pozostałych ofert, wskazując na fakt, iż dysponuje własną wykwalifikowaną kadrą pracowniczą i nie będzie zmuszony zatrudniać dodatkowych pracowników w ramach realizacji przedmiotowego zadania, dlatego też koszty robocizny w odniesieniu do całościowego zadania zmniejszają się w stosunku do 1 roboczogodziny. Odwołujący wskazał również na fakt, iż po konsultacjach z firmą Soletanche Polska, specjalizującej się w tego typu pracach łączny koszt pozycji nr 8 kosztorysu ofertowego wyniesie 483.612,60 zł.

Pomimo tych wyjaśnień w dniu 5 lipca 2011r. odwołujący dowiedział się o wyborze oferty Konsorcjum i odrzuceniu własnej oferty, z uwagi na uznanie wyjaśnienia za niewystarczające.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy zamawiający powinien odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedtem jednak winien dokonać wszechstronnej oceny oferty, w tym w szczególności w przypadku, gdy kryterium ewentualnego jej odrzucenia ma stanowić rażąco niska cena, a które to kryterium ma ocenny charakter, i w odniesieniu do którego podkreśla się szczególną ostrożność ze względu na jego uznaniowość. Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a jak wynika z orzecznictwa (wyrok Izby z dnia 12 czerwca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 527/08) przy takim wynagrodzeniu kosztorysy mają znaczenie pomocnicze i pominięcie w nich pozycji nie może skutkować odrzuceniem oferty. W podobnym duchu wypowiedziała się Izba w wyroku z 15 września 2008r. sygn. akt 914/08 oraz zespół Arbitrów w wyroku z dnia 9 listopada 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-1317/07, również Izba w wyroku z dnia 28 listopada 2008 r. KIO/UZP 1288/08, KIO/UZP 1320/08, stwierdziła, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym ryzyko ewentualnego błędnego czy niedostatecznego obliczenia ceny przerzucone jest na wykonawcę. W ocenie odwołującego zamawiający nie wziął pod uwagę charakteru wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu. Podniósł, że złożył ofertę o cenie niższej od pozostałych, jednakże określił cenę w taki sposób, aby wykonanie zamówienia publicznego nie przyniosło mu żadnych strat a nawet zakładał zysk z realizacji inwestycji po konsultacji z podmiotami profesjonalnie zajmującymi się podobnymi robotami budowlanymi. Odwołujący stwierdził, że nie złożył oferty z rażąco niską ceną. Wskazał, że podane przez niego okoliczności dotyczące elementów kalkulacji ceny były uznawane za uzasadnienie niższego wynagrodzenia w orzecznictwie np. w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 17 maja 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1410/06 a także w wyroku Izby z dnia 29 stycznia 2009 r. KIO/UZP 48/09 gdzie stwierdzono, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Wskazał, że podany przez niego koszt kosztu pozycji nr 8 kosztorysu ofertowego, jest realny, co potwierdza dokumentacja od firmy Soletanche Polska. Wskazał, że powyższe koresponduje z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy, który stanowi, że zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Podniósł, że zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 610/11 brak podania motywacji przez zamawiającego przy podejmowaniu czynności odrzucenia oferty jest równoznaczny z dokonaniem uznaniowej decyzji wykraczającej poza ramy dyspozycji przepisu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy. Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie ustosunkował się do wyjaśnień odwołującego, stwierdzając jedynie, że nie są one wystarczające, mimo że zarówno wyjaśnienie co do stawki roboczogodziny jak i kosztu

gruntobetonu, znajdują potwierdzenie w złożonej dokumentacji, jak i przede wszystkim odpowiadają wyrażonemu w zaprezentowanym orzecznictwu stanowisku co do wynagrodzenia ryczałtowego. Powołał także wyrok Izby z dnia 25 listopada 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1266/08, zgodnie z którym, jeżeli Zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert niezgodnie z regułami ustanowionymi przez siebie w SIWZ, to naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a także wyrok Izby z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 2807/10, gdzie podniesiono, że brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Oceny tej należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20%, 30%, czy 60%) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę, podobnie wyrok Izby z dnia 2 marca 2011r. sygn. akt KIO/UZP 320/11. Według odwołującego, w przedmiotowej sprawie zamawiający w sposób niewystarczający oraz zbyt powierzchowny przeanalizował wyjaśnienia odwołującego, co poskutkowało w efekcie odrzuceniem oferty tej spółki. Dodatkowo powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 stycznia 2006r., wyrok Izby z dnia 19 stycznia 2011r. sygn. akt KIO/UZP 39/11 wskazując, że obowiązkiem zamawiającego jest każdorazowo indywidualnie ustalać, czy została złożona oferta z rażąco niską ceną. Podniósł, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż odwołujący nie został potraktowany na równi z pozostałymi wykonawcami. Zarzucono mu złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę, nie zważając na jego dokładne i wyczerpujące wyjaśnienia oraz stan faktyczny, co bezsprzecznie narusza zasadę wyrażoną w wyżej przytoczonym przepisie. Podał, że zamawiający wybierając ofertę droższą od oferty odwołującego naruszył art. 91 ust. 1 ustawy.

Zamawiający, pomimo wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, nie poddał oferty należytej analizie, co spowodowało w efekcie bezpodstawne oraz niesłuszne odrzucenie oferty Odwołującego.

Podniósł, że bezpodstawne odrzucenie przez Zamawiającego oferty tańszej od uznanej za najkorzystniejszą jest rażącym naruszeniem fundamentalnych zasad ustawy Pzp oraz dyscypliny finansów publicznych.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 lipca 2011r. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

W dniu 8 lipca 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 lipca 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział na piśmie wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: Przedsiębiorstwa Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Szczecinie, ul. E. Orzeszkowej 29 oraz DABl S. Budny, M. Budny Spółka Jawna z siedzibą w Ligocie, ul. Włociańska 32 wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na ochronie swojej pozycji jako wykonawcy wybranego. Zgłoszenie zostało podpisane przez zgodnie z zasadami reprezentacji konsorcjum tj. przez prezesa zarządu Przedsiębiorstwa Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą w Szczecinie, upoważnionego do reprezentacji jednoosobowej tej spółki. Spółka została upoważniona do reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31 maja 2011r. udzielonego przez właściciela spółki jawnej, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31 maja 2011r., udzielonego przez obu współników spółki jawnej upoważnionych do łącznej reprezentacji spółki jawnej, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu 11 lipca 2011r. i odwołującemu w dniu 12 lipca 2011r..

W dniu 19 lipca 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Wskazał, że odwołujący złożył ofertę z rażąco niską ceną. Wartość kosztorysu inwestorskiego z kwietnia 2011r. opiewa na kwotę 1 819 109,62zł. brutto. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 1 450 182,35zł. brutto. Wykonanie 1 km przegrody przeciwfiltracyjnej w technologii zamawiającego to koszt ok. 900 000zł. netto, tym samym koszt 1,275 km wynosi 1 147 500zł. netto. Oferta odwołującego wynosi brutto 1 056 274,22zł. i jest niższa od kwoty którą dysponował zamawiający o 393 908,13zł. Różnicę tę generuje pozycja dotycząca robót uszczelnieniowych. Jest to największa pozycja w kosztorysie pozostałe prace to koszt nie więcej niż 18,3 % wartości kosztorysowej. Koszt 1 m³ gruzobetonu w kosztorysie zamawiającego to 200zł. netto, a odwołujący zaoferował 82zł. zaś wykonawca wybrany 162,54zł. Zamawiający podał, że w tej sytuacji nabrał podejrzeń, co do ceny złożonej przez odwołującego oferty i był zobligowany do wyjaśnienia tej kwestii w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i w dniu 21 czerwca 2011r. zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia. Odwołujący w dniu 27 czerwca 2011r. udział wyjaśnień, w których nie wskazał żadnego obiektywnego czynnika, że przyjęta cena gruzobetonu jest słuszna, zaś powołał się jedynie na konsultację z firmą Soletanche Polska. Odwołujący, według zamawiającego nie przedstawił żadnych argumentów merytorycznych na poparcie swojej argumentacji, a to na nim spoczywał obowiązek dowodzenia. Zamawiający wskazał na stanowisko Prezesa UZP z dnia 8 kwietnia 2011r., a także na wyrok Izby z dnia 2 marca 2011r. sygn. akt KIO/UZP 358/11. W świetle tych stanowisk, zamawiający uznał, że zachodzą podstawy do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Wskazał

także, iż do informacji o wniesieniu odwołania odwołujący załączył ofertę Soletanche, z którego wynika, że Soletanche składa ofertę podwykonawczą, podczas gdy odwołujący oświadczył w ofercie, iż wykona zamówienie siłami własnymi. A ponadto oferta podwykonawcza nosi datę 20 kwietnia 2011r. tj. przed wszczęciem postępowania i przed skierowaniem zapytań do odwołującego. Wskazał, że odwołujący powołuje się na dane techniczne w języku angielskim, co jest niezgodne z zasadą prowadzenia postępowania w języku polskim wynikającą z art. 9 ust. 2 ustawy. Wskazał, że art. 90 ust. 1 ustawy ma służyć wyeliminowaniu nierzetelnych wykonawców i powołał wyrok Izby z dnia 15 grudnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 2619/10 i 2624/10. Wskazał na wagę postępowania dla ochrony przeciwpowodziowej dzielnicy miasta Szczecin – Zdroje, oraz to, że wybór firmy oferującej rażąco niską cenę może spowodować, że prace nie zostaną ukończone w terminie umożliwiającym bezpieczną realizację inwestycji. Jako dowody załączył pismo odwołującego z dnia 14 czerwca 2011r., zawiadomienie z US z dnia 5 kwietnia 2011r., 19.11.2009r., 12.11.2009r., notatkę służbową z dnia 06.05.2011r., pismo dotyczące wykluczenia z dnia 12.01.2011r., 01.09.2009r., umowę nr 11/5052/ENO/III/09 z dnia 19.06.2009r., protokół odbioru z dnia 30.06.2009r., pismo znak ENO-EM-5051/02/60/09 z dnia 19/06/2009r., notę księgową 5/2009 z dnia 16.07.2009r., umowę nr 2/EGY/5051/IV/09, protokół odbioru z dnia 04.06.2009r., notatkę służbową z dnia 09.06.2009r., pismo znak EGY.FA.311/2/2009 z dnia 18.06.2009r., notę księgową z dnia 18.08.2009r., umowę nr 4/EGY/5051/IV/09, notatkę służbową z dnia 09.06.2009r., protokół odbioru dnia 04.06.2009r., pismo znak EGY.FA.311/1/2009r. z dnia 18.06.2009r., umowę nr 3/EGY/5051/IV/09, pismo znak EGY.FA.311/3/2009r. z dnia 02.07.2009r., pismo znak 210/P/06/2009 z dnia 19.06.2009r., umowę nr 1/EGY/5051/IV/09, pismo z dnia 20.06.2009r., protokół odbioru z dnia 27.04.2009r., notatkę służbową z dnia 12.05.2009r., pismo znak 204/P/05/09 z dnia 29.05.2009r, pismo znak ME 5051/EGY/7/09 z dnia 30.06.2009r., umowę nr 5/EGY/5051/IV/09, protokół odbioru z dnia 14.07.2009r., pismo EGY.FA.311/4/2009.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego z dnia 21 lipca 2011r., wyjaśnień odwołującego z dnia 27 czerwca 2011r., informacji o wynikach postępowania z dnia 4 lipca 2011r., pisma Soletanche Polska z dnia 20 kwietnia 2011r., aprobaty technicznej nr AT/18-2008-0038-00, oferty Ekobet z dnia 12 maja 2011r., stawek robocizny kosztorysowej w województwach z IRS 2/2011r, oferty Ekobet z dnia 18 lipca 2011r., korespondencji e-mail z dnia 22 lipca 2011r., cen pracy i najmu sprzętu budowlanego z IRS 2/2011.

Izba podstawiała oddalić dowody zgłoszone przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 lipca 2011r. tj. pismo odwołującego z dnia 14 czerwca 2011r., zawiadomienie z US z

dnia 5 kwietnia 2011r., 19.11.2009r., 12.11.2009r., notatkę służbową z dnia 06.05.2011r., pismo dotyczące wykluczenia z dnia 12.01.2011r., 01.09.2009r., umowę nr 11/5052/ENO/III/09 z dnia 19.06.2009r., protokół odbioru z dnia 30.06.2009r., pismo znak ENO-EM-5051/02/60/09 z dnia 19/06/2009r., notę księgową 5/2009 z dnia 16.07.2009r., umowę nr 2/EGY/5051/IV/09, protokół odbioru z dnia 04.06.2009r., notatkę służbową z dnia 09.06.2009r., pismo znak EGY.FA.311/2/2009 z dnia 18.06.2009r., notę księgową z dnia 18.08.2009r., umowę nr 4/EGY/5051/IV/09, notatkę służbową z dnia 09.06.2009r., protokół odbioru dnia 04.06.2009r., pismo znak EGY.FA.311/1/2009r. z dnia 18.06.2009r., umowę nr 3/EGY/5051/IV/09, pismo znak EGY.FA.311/3/2009r. z dnia 02.07.2009r., pismo znak 210/P/06/2009 z dnia 19.06.2009r., umowę nr 1/EGY/5051/IV/09, pismo z dnia 20.06.2009r., protokół odbioru z dnia 27.04.2009r., notatkę służbową z dnia 12.05.2009r., pismo znak 204/P/05/09 z dnia 29.05.2009r, pismo znak ME 5051/EGY/7/09 z dnia 30.06.2009r., umowę nr 5/EGY/5051/IV/09, protokół odbioru z dnia 14.07.2009r., pismo EGY.FA.311/4/2009, z uwagi na to, iż nie stanowią one dowodu na okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i wykraczające poza zakres podniesionych w odwołaniu zarzutów. Dowody te dotyczą okoliczności związanych z terminowością i prawidłowością realizacji innych zamówień z udziałem odwołującego oraz wywiązywaniem się przez odwołującego z obowiązków podatkowych. Jednakże dowody te nie odnoszą się do sposobu kalkulacji ceny oferty odwołującego i mogłyby mieć znaczenie jedynie przy ocenie prawidłowości wykluczenia odwołującego z postępowania, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Na podstawie dopuszczonych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

W części 1 opis przedmiotu zamówienia siwz w pkt. 1.3. zamawiający wskazał, że zakres robót obejmuje:

- Wykonanie przegrody przeciwnieprzepuszczalnej metodą ciągłego, wglębnego mieszania gruntu (CDMM) grubości 35 cm i wysokości 4,0 m na długości 1275 m – 5100 m²,
- Doszczelnienie korpusu wału geomembraną HDPE gr. 2 mm – 1177,95 m²
- Uzupełnienie braków w koronie wału i na skarpach 3282,47 m³,
- Umocnieniem korony geokratą grubości 15 cm - 1950,80 m²,
- Wykonanie udroźnienia istniejących przepustów po trasie wału przeciwpowodziowego szt. 7, L=107 mb,
- Ułożenie siatki stalowej na skarpie odwodnej jako zabezpieczenie przeciw bobrom – 3570 m².

Zamawiający podał, że szczegółowe określenie zakresu i ilości robót zawarte jest w przedmiarze robót (załącznik nr 3 do SIWZ), kosztorysie nakładczym (załącznik nr 3 do SIWZ) oraz dokumentacji projektowej (załącznik nr 4 do SIWZ).

W rozdziale III – Instrukcja dla wykonawców Część 1. warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny spełniania tych warunków w lit. D. inne oświadczenia i dokumenty

wymagane od wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli :

1. Wypełniony formularz oferty wg załącznika nr 1 do SIWZ
2. Dowód wniesienia wadium zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale III, części IV. pkt.1. WADIUM
3. Kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w rozdziale III, części IX. Opis sposobu obliczania ceny.
4. Harmonogram realizacji projektu wg załącznika nr 6 do SIWZ.
5. Wykaz części zamówienia powierzonych podwykonawcom - załącznik nr 8 do SIWZ.

Zgodnie z częścią VI. Opis przygotowania oferty pkt 14 wykonawca zobowiązany był wskazać w ofercie część zamówienia, jej wielkość i zakres, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom – wg załącznika nr 8.

W części IX Opis sposobu obliczania ceny zamawiający określił wynagrodzenie jako ryczałtowe, a jednocześnie nakazał wyliczyć cenę ściśle w oparciu o przedmiar robót (załącznik nr 3 do SIWZ), bez możliwości jego zmiany i żądał, aby kosztorys ofertowy był zgodny z kosztorysem ślepy - nakładczym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ, winien zawierać zgodne nakłady i jednostki obmiarowe bez możliwości ich zmiany.

Zgodnie z częścią X Kryterium oceny ofert – jedynym kryterium oceny ofert była cena.

Kosztorys inwestorski w pozycji 8 Kalkulacja indywidualna. Wykonanie przesłony filtracyjnej z gruntobetonu o grubości 0,35 cm i wytrzymałości 0,5 MPa $1275 \cdot 4 = 5100,000 \text{ m}^2$

5.100,000 m² koszt jednostkowy 200,00, wartość 1 020 000,00, Robocizna r- g norma 0,45, cena 13,67, koszt jedn. 6,15 Grutobeton m³ norma 0.40 cena 200,00, koszt jedn. 80,00.

Ogółem kosztorys inwestorski 1 819 109,62zł. brutto.

W ofercie odwołującego na stronie 1 w pkt. 4 odwołujący złożył oświadczenie, że zamówienia zamierza wykonać sam.

Kosztorys odwołującego :

Poz. 8 Kalkulacja indywidualna. Wykonanie przesłony filtracyjnej z gruntobetonu o grubości 0,35 cm i wytrzymałości 0,5 MPa obmiar 5100m²

Robocizna 0,45 r-g/m² * 7,50zł./r-g – 17 212,50zł.

Materiał grutobeton 0,40m³/m² * 82,00zł./m³ - 167 280,00

Ogółem kosztorys ofertowy 1 056 274,22zł. brutto.

W dniu 20 czerwca 2011r. zamawiający sporządził notatkę służbową dotyczącą oferty odwołującego, w której stwierdził, że roboczogodzina na poziomie 7,50zł. odbiega od stawki przyjętej w kosztorysie inwestorskim za I kwartał 2011r. tj. 13,67zł., a stawka pozycji kosztorysowej nr 8 za 1 m³ grutobetonu na poziomie 82,00zł. odbiega od kosztorysu inwestorskiego, na poziomie 200zł. i w pozycji 11 istnieje rozbieżność co do ilości rozścielenia teokraty jak i co do ceny jednostkowej.

W dniu 21 czerwca 2011r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał odwołującego do wyjaśnień dotyczących elementów oferty w celu zbadania czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający prosił o wyjaśnienia ustalenia wyjątkowo niskich stawek za roboczo-godzinę na poziomie 7,50 zł i stawki za 1 m³ gruntobetonu na poziomie 82,00zł. Zamawiający wskazał, że brak złożenia wyjaśnień lub dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzająca, że oferta zawiera rażąco niską cenę będzie skutkować odrzuceniem oferty w trybie art. 90 ust. 3 ustawy.

W dniu 27 lipca 2011r. odwołujący złożył pismo, w którym wskazał, że stawka roboczogodziny wynika z faktu, że odwołujący dysponuje własną wykwalifikowaną kadrą pracowniczą i nie będzie zmuszony zatrudniać dodatkowych pracowników, wobec czego koszty robocizny w odniesieniu do całościowego zadania się zmniejszają. Co do gruntobetonu, odwołujący wyjaśnił, że łączny koszt wyniesie 483 612,60zł.. Wskazał, że zasięgał konsultacji firmie Soletanche Polska i otrzymana oferta cenowa uwzględniająca wszystkie koszty robocizny, pracę sprzętu oraz zakup materiałów było pomimo wszystko niższa niż przedstawiona w kosztorysie odwołującego. W przypadku wątpliwości odwołujący deklarował przedstawić do wglądu ofertę firmy Soletanche Polska i podał, że przedstawione koszty w zupełności wystarczą na wykonanie zadania, a planuje uzyskać zysk na poziomie 8%.

W dniu 28 czerwca 2011r. zamawiający wystąpił z zapytaniem do Dyckerhoff Polska sp. z o.o. w celu ustalenia ceny jednostkowej 1Mg suchej mieszanki Solidur MIP 05.

W dniu 29 czerwca 2011r. sporządzono notatkę służbową z rozmowie z przedstawicielem firmy Dyckerhoff Polska sp. z o., gdzie podano, że za 1 mg suchej mieszanki gruntobetonu należy zapłacić 140zł., z gęstość objętościowa zawiesiny to 1,45mg/m³, co oznacza, że cena 1 m³ gruntobetonu kształtuje się na poziomie 203zł.

W ofercie Ekobet Siekierki sp. z o.o. dla Soletanche Polska z dnia 12 maja 2011r. zaoferowano dostawę mieszanki Vectis-S w cenie 1 tony suchej mieszanki 199,00zł. netto loco Ekobet, cena transportu 1 tony mieszanki na budowę Zdrój koo Szczecina 86,00zł. netto za tonę, postojowe powyżej 1,5 godziny – 50zł/godzinę netto.

W ofercie Soletanche Polska z dnia 20 kwietnia 2011r. założyła 280kg/m³ gruntobetonu i wskazała, że koszt 1000kg mieszanki z dostawą na teren budowy wynosi 285zł./tonę, czyli koszt 1m³ jest równy 80zł.

Z aprobaty technicznej dla Vectis-S nr AT/18-2008-0038-00 wynika, że dla sporządzenia zawiesiny twardniejącej potrzeba dodać do budowy 45% objętości wody.

Z IRS 2/2011r. str. 19 wynika, że w regionie zachodniopomorskim w województwie ogółem stawki robocizny kosztorysowej w robotach inżynierskich kształtują się od stawki minimalnej 10zł., do maksymalnej 16zł., średnio 13,22zł.

Z oferty Ekobet sp. z o.o. do Zbigniewa Wrońskiego z dnia 18 lipca 2011r. wynika, że 1 tona suchej mieszanki kosztuje 215,00 netto loco Ekobet i nie ma możliwości transportu w kierunku

Szczecina.

Z e-maila z dnia 22 lipca 2011r. z firmy Cemex do Zbigniewa Wrońskiego wynika, że cena transportu materiały sypkiego cementowego z Warszawy do Szczecina wynosi 182zł. netto.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, zatem w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w przypadku stwierdzenia odrzucenia jego oferty z naruszeniem przepisów ustawy, w postaci utraty zysku, jaki zakładał składając ofertę.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż oferta odwołującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i przepisu art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie w postaci zwrócenia się w sposób nieprecyzyjny do odwołującego o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że wykonanie przegrody przeciwiłtracyjnej metodą ciągłego, wglębnego mieszania gruntu (CDMM) grubości 35 cm i wysokości 4,0 m na długości 1275 m – 5100 m² stanowi przeważający koszt w ofercie odwołującego. Sam odwołujący przyznał w odwołaniu, że łączny koszt pozycji nr 8 jego kosztorysu wyniesie 483 612,60zł., co przy zaoferowanej przez odwołującego cenie 1 056 274,22zł. stanowi prawie 50% całej wartości oferty. Oznacza to, że preferencyjne skalkulowanie tej właśnie pozycji ma wpływ na wartość całej oferty i może być przedmiotem analizy zamawiającego pod kątem złożenia oferty z rażąco niską ceną. Obniżenie innych składników cenotwórczych takich jak robocizna, które występuje prawie we wszystkich pozycjach może powodować, że łączna zaoferowana cena będzie ceną, co do której może zachodzić podejrzenie ceny rażąco niskiej. Zamawiający odniósł cenę zaoferowaną przez odwołującego do własnej wyceny dokonanej w kosztorysie inwestorskim, o czym świadczy notatka służbowa z dnia 20 czerwca 2011r., a także zanalizował koszty wykonania pozycji nr 8 jak i koszty robocizny podane w ofercie wykonawcy wybranego, a także dokonał rozpoznania rynku, w tym oferty firmy Dyckerhoff i na podstawie tych wszystkich źródeł powziął wątpliwość, co do ceny oferty odwołującego. W ocenie Izby zamawiający w sposób uprawniony dokonał powyższych ustaleń, a także miał podstawy do powzięcia wątpliwości co do ceny oferty odwołującego. Izba uznała zatem, że zamawiający prawidłowo zastosował art.

90 ust. 1 ustawy. Podnoszony przez odwołującego argument, co do tego, że zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu cenę ryczałtową, a zatem nie miał podstaw do analizowania treści załączonych kosztorysów ofertowych, jest nietrafny. Powołane przez odwołującego orzecznictwo nie odnosiło się do problematyki ceny rażąco niskiej, ale do zarzutów związanych z odrzuceniem ofert lub zaniechaniem takiego odrzucenia w sytuacji określenia wynagrodzenia ryczałtowego i rozbieżności w kosztorysach ofertowych, z treścią siwz, czyli przedmiaru załączonego do siwz. Izba zajmowała stanowisko o pomocniczym znaczeniu kosztorysów ofertowych, w sytuacji określenia wynagrodzenia ryczałtowego i żądania kosztorysów ofertowych i popełnieniu przez wykonawców omyłek w wypełnieniu kosztorysów ofertowych takich jak pominięcie, czy zmiana nazwy pozycji, wadliwe podanie jednostek przedmiarowych itp. Natomiast przywołane orzecznictwo w żadnym z zaprezentowanych wyroków nie zajęło stanowiska nakazującego zamawiającemu odstąpienie od wezwania wykonawcy do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy nie zawiera wyłączenia obowiązku dokonywania wyjaśnień w sytuacji zastrzeżenia wynagrodzenia ryczałtowego. Powołane zatem orzecznictwo nie ma związku z przedmiotowym stanem faktycznym i nie może stanowić wytycznej dla zamawiającego. Izba stwierdziła także, że zamawiający nie zastosował reguły matematycznej powodującej odrzucenie oferty odwołującego bez składania wyjaśnień. Wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający dążył do ustalenia rzeczywistego stanu rzeczy analizując tak własny kosztorys, jak i ofertę konkurencyjną, a także prowadząc rozeznanie rynku. W tej sytuacji nie sposób zarzucić zamawiającemu zaniechania dążenia wyjaśnienia zaistniałych okoliczności. Odwołujący wskazał, że w jego cenie uzasadnienie odrzucenia jego oferty było decyzją uznaniową wykraczającą poza dyspozycję art. 90 ust. 2 i 3 ustawy. Izba z tym stanowiskiem się nie zgadza. Zamawiający w sposób jednoznaczny podał uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty odwołującego. Wskazał, że złożonych wyjaśnień nie uznał za wystarczające, gdyż nie zostały one poparte jakimikolwiek dowodami, a na odwołującym spoczywał obowiązek dowodowy w tym zakresie. Zamawiający wskazał, że podstawą prawną odrzucenia oferty był art. 90 ust. 3 ustawy. Izba uznała to uzasadnienie za prawidłowe i zgodne z ustawą. Zamawiający na mocy art. 90 ust. 3 ustawy zobowiązany jest odrzucić ofertę w dwóch przypadkach ;

- po pierwsze w braku wyjaśnień,

- do drugie, gdy ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, że brak wyjaśnień następuje nie tylko wtedy, gdy wykonawca nie odpowie na wezwanie zamawiającego, ale także, gdy złoży wyjaśnienia, z których treści nie wynikają żadne istotne okoliczności dotyczące elementów oferty, które mają wpływ na cenę oferty. Taka właśnie sytuacja wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że posiada wykwalifikowaną kadrę i nie będzie musiał zatrudniać dodatkowych

pracowników. Nie wykazał jednak w jaki sposób ta konstatacja wpływa na wysokość stawki roboczogodziny, ani nawet tego, czy zatrudnianie własnych pracowników jest na rynku inżynierskich robót budowlanych, sytuacją nadzwyczajną, która przekładania się na skalkulowanie kosztów o 2,5zł. niższych niż najniższa stawka godzinowa w województwie (10,00zł.), ani o prawie 100% niższych niż założone u zamawiającego. Odwołujący z faktu zaoferowania ceny nie będącej ceną rażąco niską zmierzał wywieść korzystne dla siebie skutki prawne w postaci uzyskania zamówienia, a więc jego obciążał obowiązek dowodowy w tym zakresie, co czy zresztą wprost stanowi art. 90 ust. 3 ustawy. Również w zakresie kosztu 1m³ gruntobetonu odwołujący poprzestał na twierdzeniu, że skalkulował go zgodnie z oferta pozyskaną z firmy Soletanche Polska. W żaden jednak sposób odwołujący nie wskazał, co było treścią tej oferty i dlaczego współpraca właśnie w tą firmą pozwala na oszczędzenie kosztów przy kalkulacji ceny. Odwołujący jedynie stwierdził, że gdy zamawiający będzie miał wątpliwości, to przedstawi ofertę. Jednak zamawiający kierując wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy dał właśnie wyraz swoim wątpliwościom, a odwołującemu szansę ich rozwiania. Z możliwości tej odwołujący nie skorzystał, a ustawodawca nie przewidział procedury udzielania wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny, tak długo, aż odwołujący wykaże, że jego cena nie jest rażąco niska. Ponadto sam fakt korzystania z konkretnego dostawcy materiałów nie przesadza jeszcze o posiadaniu szczególnie korzystnych warunków prowadzenia działalności, które wpływają na zaoferowaną cenę. Co do zasady większość wykonawców na rynku robót budowlanych posługuje się dostawcami materiałów budowlanych, zatem sam fakt, że wykonawca z takiego rozwiązania korzystania, nie stanowi jeszcze dowodu na poparcie twierdzeń odwołującego. Również stwierdzenie, co do założonego zysku nie zostało w żaden sposób wykazane. Izba stwierdziła, iż zamawiający prawidłowo dokonał oceny, że złożone wyjaśnienia w rzeczywistości nie stanowią wyjaśnień. W ocenie Izby zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy ani art. 90 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ustawy, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające tym, iż zamawiający nie przygotował oraz nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców

Zarzut nie potwierdził się. Zamawiający prawidłowo skorzystał z instytucji wyjaśnień opisanej w art. 90 ust. 1 ustawy i prawidłowo ocenił przedłożone mu dokumenty, a w konsekwencji prawidłowo zastosował art. 90 ust. 3 ustawy. Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 7 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w postaci nie wybrania przez zamawiającego oferty

najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wobec niepotwierdzenia się zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i art. 7 ustawy, zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym przypadku jedynej oferty złożonej w tym postępowaniu, która nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy. Tym samym zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ustawy, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w postaci wadliwego sposobu żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie stosował wobec odwołującego art. 87 ustawy, a art. 90 ust. 1 ustawy i w tym zakresie wzywał odwołującego do wyjaśnień. Odwołujący nie wykazał zasadności swojego zarzutu, ani nie podniósł w tym zakresie jakiegokolwiek argumentacji. Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 87 ustawy w działaniu zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

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

Przewodniczący :

.....