

Sygn. akt: KIO 934/11

WYROK

z dnia 12 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 maja 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **29 kwietnia 2011 r.** przez wykonawcę: **SKANSKA S.A. ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, adres do korespondencji SKANSKA S.A. Oddział Budownictwa Hydroinżynieryjnego w Rzeszowie Rudna Mała 47, 36-060 Głogów Małopolski**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego: **Sanockie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. ul. Jana Pawła II 59, 38-500 Sanok**,

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm: **Budimex S.A. ul. Stawki 40,01-40 Warszawa (lider); Cadaqua S.A. Gran Via 45, Bilbao 48011, Hiszpania**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: SKANSKA S.A. ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł.

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SKANSKA S.A. ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od **SKANSKA S.A. ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**, na rzecz zamawiającego: **Sanockiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. ul. Jana Pawła II 59, 38-500 Sanok**, kwotę **3 600,00 zł.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krośnie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę Oczyszczalni Ścieków w Trepczy k/Sanoka” (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej Nr 2010/S 232 – 354806 z 30.11.2010r.), w dniu 29 kwietnia 2011 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę SKANSKA S.A., w kopii przekazane w tym samym terminie zamawiającemu.

Wniesienie odwołania nastąpiło wskutek powiadomienia odwołującego w dniu 21 kwietnia 2011 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Inżynieria Rzeszów S.A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Sanockiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.) oraz postanowień pkt 15.3 SIWZ, tj:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- 2) art. 25 ust. 1 i art. 26 ust 3 ustawy Pzp, przez bezzasadne wezwanie wybranego wykonawcy do uzupełnienia oferty,
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przez umożliwienie niedopuszczalnej zmiany w treści oferty najkorzystniejszej,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz zawierającej rażąco niską cenę,
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie.

W związku z powyższymi zarzutami, powołując się doznane uszczerbku interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności przytoczonych w odwołaniu,
- 3) wyboru oferty SAKANSKA S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosił, że złożył ofertę drugą pod względem oceny, zatem może ponieść szkodę w wyniku uchybienia przez zamawiającego przepisom ustawy Pzp, czym uzasadniał naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz legitymację do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, iż zamawiający odrzucił oferty 5 wykonawców i wybrał ofertę Inżynieria Rzeszów S.A. jako najkorzystniejszą. W wyniku tego rozstrzygnięcia oferta odwołującego znalazła się na drugiej pozycji (nie

uwzględniając odrzuconej oferty konsorcjum Budimex S.A.).

Odwołujący stwierdził, że oferta wybranego wykonawcy również powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nie odpowiadająca wymaganiom SIWZ. Zgodnie z postanowieniami rozdziału I Instrukcji dla wykonawców (IDW), punkt 15.3.1 SIWZ, zamawiający wymagał między innymi:

1) dokumentów podstawowych (formularza oferty, kosztorysu według przedmiarów, zestawienia maszyn i urządzeń Oczyszczalni Ścieków w Trepczy, w oparciu o wzór załącznika 9 do SIWZ.

Zamawiający zwracał się pismem z dnia 7 kwietnia 2011 r. do wybranego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, między innymi z żądaniem uzupełnienia zestawienia maszyn i urządzeń Oczyszczalni Ścieków w Trepczy, w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ, gdyż jak utrzymywał odwołujący, pierwotnie złożony przez konkurencyjnego wykonawcę wykaz był niepełny w swej treści. Mianowicie brakowało oświadczeń w odniesieniu do typu i modelu oferowanych urządzeń w pozycjach 1-3,5-21,23-26,37. Wezwany wykonawca przy piśmie z dnia 13 kwietnia 2011 r. uzupełnił załącznik nr 9. W opinii odwołującego, żądanie uzupełnienia przedmiotowego załącznika było niezgodne z przepisami prawa. Dokument ten był integralną częścią oferty i tak też był oceniany przez zamawiającego, który odrzucił 5 ofert z tej przyczyny, iż dane zawarte w zestawieniach maszyn i urządzeń nie odpowiadały treści SIWZ. Odwołujący podkreślał, że w żadnym miejscu SIWZ nie podano, jakie dokumenty są wymagane na okoliczność potwierdzenia, że oferowane roboty spełniają wymagania określone przez zamawiającego, do czego oblige art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, w ocenie odwołującego, z góry narzucony zakres wymaganych danych: typ/model/producent, przesądza o tym, że jest to dokument będący elementem treści oferty, uzupełniający treść kosztorysu ofertowego według przedmiarów.

Odwołujący wywodził, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zezwala na żądanie wyjaśnień co do treści złożonych ofert, a nie na ich uzupełnianie, czy zmiany. W ocenie odwołującego, zamawiający pozwolił wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. na manipulowanie treścią złożonej oferty po jej otwarciu, naruszając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący powołał się na wyrok KIO 547/2010 z 27.04.2010 r. oraz wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 1295/09.

Zdaniem odwołującego, gdyby nawet założyć tezę poprawności działania zamawiającego, w odniesieniu do uzupełnienia oferty wybranego wykonawcy, to dopatrył się, iż „nowa treść zawiera w sobie sprzeczności wskazujące na niezgodność oferty Inżynierii Rzeszów S.A. z SIWZ.” W pozycji 16 zestawienia (obiekt nr 6A i 6B), gdzie zamawiający wymagał zgarniaczy łańcuchowych osadu dennego i ciał pływających z obrotowymi rynnami części pływających, wybrany wykonawca wpisał: „zgarniacz łańcuchowy osadu dennego i ciał pływających Z-23800. Obrotowa rynna zbiorcza ciał pływających Z – 6300,” wskazując w kolumnie producent/dostawca firmę ZICKERT/MD Enterprise. Odwołujący powoływał się na

okoliczność, że zgodnie z powszechnie dostępnymi kartami katalogowymi produktów wymienionego producenta – „zgarniacz osadu dennego poruszany jest hydraulicznie, nie wymaga więc żadnych łańcuchów, lin czy wózków. Ma on bardzo mało części ruchomych, co gwarantuje długą i bezawaryjną pracę.” Odwołujący powoływał się również na rozmowy telefoniczne z przedstawicielami wymienionej firmy, z których wynikało, że nie produkuje ona urządzenia – „zgarniacz Z -23800.” Przywiodło to odwołującego do wniosków, że wybrany wykonawca zaoferował urządzenie nieistniejące w ofercie tego producenta.

Ponadto odwołujący zarzucał, że oferta wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. zawiera rażąco niską cenę. Przypisał zamawiającemu zaniechania odrzucenia konkurencyjnej oferty z tej przyczyny, oraz zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący podał, że szacunkowa wartość zamówienia określona przez zamawiającego wynosiła 95 620 984,35 PLN, natomiast cena oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. wynosiła 51 358 650,00 PLN, stanowiła zatem około 53% wartości szacunkowej. Analizując ceny ofert poszczególnych wykonawców, odwołujący doszedł do wniosków, że oferty z pozycji drugiej, trzeciej, czwartej i piątej, różnią się między sobą w przedziale od 1% do 4% ich wartości. A różnica pomiędzy ofertą Inżynierii Rzeszów S.A. a ofertą odwołującego, sklasyfikowaną na otwarciu ofert na pozycji trzeciej z ceną 58 991 962,00 PLN różni się aż 9,7%. Zdaniem odwołującego, również kalkulacje poszczególnych pozycji kosztorysowych wybranego wykonawcy dowodzą, iż cena oferty najkorzystniejszej pozostaje rażąco niską, i tak:

- 1) Obiekt nr 15 pn. „zbiornik retencyjny wód deszczowych został wyceniony na kwotę 1 355 684,56 PLN. Pozostali oferenci wycenili ten obiekt przynajmniej dwukrotnie drożej: Budimex (2 miejsce w rankingu) - na 2 567 689,72 PLN, Mostostal Warszawa 2 634 042,98 PLN, Hydrobudowa 2 676 966,15 PLN. Pozostałe wyceny innych oferentów wynoszą ponad 3 mln PLN (w tym oferta odwołującego). Analizując ceny jednostkowe robót na tym obiekcie, odwołujący stwierdził, że cena w ofercie Inżynierii Rzeszów S.A. dla poz. 675 wykop szerokoprzestrzenny wynosi 3,00 PLN/m³. W innych pozycjach dotyczących tego samego rodzaju robót ceny sięgają od 14,58 PLN za 1 m³ do 39,89 PLN za 1 m³. (przedmiar robót: poz.23-19,66 pln/1m³, poz.454-14,58 pln/m³, poz.489-21,72 pln/m³, poz. 528-39,89 pln/m³, poz.590-25,20 pln/m³, poz.636-23,96 pln/m³, poz.813-31,53 pln/m³, poz.833-24,421 pln/m³). Odwołujący zauważył, iż sam koszt pracy koparki dla odspojenia 1m³ gruntu to minimum 4 zł za 1 m³. Ponadto transport 1m³ wraz załadunkiem i rozładunkiem na odległość jednego kilometra to około 13 zł. Z powyższego, odwołujący wywiódł wnioski, że Inżynieria Rzeszów S.A. skalkulowała cenę jednostkową danej pozycji kosztorysu, poniżej kosztów wytworzenia robót,
- 2) W załączeniu do odwołania przekazał przykład sporządzonej kalkulacji dla pozycji

wykopu szerokoprzestrzennego w oparciu o średnie ceny z cennika SEKONCEBUD-u z II kwartału dla województwa podkarpackiego. Cena jednostkowa robót żelbetowych dla obiektu zbiornika retencyjnego wód deszczowych również została, zdaniem odwołującego, skalkulowana poniżej kosztów ich wytworzenia. W poz. 679 konstrukcje z betonu B-37 wraz z izolacją i zabezpieczeniem powierzchniowym dla 974,93 m³ żelbetu Inżynieria Rzeszów S.A. wyceniła na kwotę 144,00 PLN/m³. Wg STWiOR - 04 na cenę jednostkową tego elementu składają się koszty: betonu B-37 wraz z dostawą, izolacji wodochronnych zewnętrznych, izolacji chemoodpornych wewnętrznych, dylatacji, deskowań systemowych, sprzętu (pompy do betonu, wibratorów pogrążanych, rusztowań) oraz koszt robocizny. Według odwołującego, zaproponowana cena jednostkowa za jednostkę tej pozycji nie pokrywa nawet kosztów cementu i kruszywa niezbędnych do wytworzenia 1 m³ mieszanki betonowej. W załączeniu pokazał przykładowy cennik zawierający ceny cementu na dzień 01.03.2011 r. (źródło: www.budico.pl), z którego wynika, iż cena cementu B-37 kształtuje się na poziomie 262 zł. Ponadto w analogicznych pozycjach konstrukcji z betonu B-37 w innych, ale podobnych obiektach oczyszczalni, Inżynieria Rzeszów S.A. podała ceny od 986,94 PLN dla poz. 532 do 1 683,70 PLN dla pozycji 618.

- 3) W poz. 683 dla ilości 3,007 ton konstrukcji stalowych nierdzewnych Inżynieria Rzeszów S.A. przyjęła cenę 15 000,00 PLN za tonę, co jest ceną dwukrotnie zaniżoną w stosunku do cen rynkowych. Odwołujący wskazywał, że elementami do wykonania w tej pozycji są m.in. konstrukcja wsporcza ciągnika, drabiny, barierki, szczeble, deflektor, podparcia rurociągów. Cena samego materiału dla wykonania tej pozycji tj. kształtownika, płaskownika ze stali nierdzewnej wynosi od 20 000,00 zł/tonę. W załączeniu przedłożył cennik dla elementów stalowych.

Odwołujący w ślad za poglądami piśmiennictwa i orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych argumentował, że rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealistyczna niepozwalająca na zrealizowanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Cena taka nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia przez co budzi wątpliwości co do poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący przywołując podane przez niego okoliczności i dokumenty podane jako dowody w sprawie, zarzucał zamawiającemu zaniechanie poddania badaniu wybranej oferty na okoliczność rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi na odwołanie złożonej w dniu 12 maja 2011 r. zamawiający zaprzeczył stawianym zarzutom naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp. Podnosił, iż w świetle udzielonych przez niego wyjaśnień do SIWZ z dnia 12 stycznia 2011 r. oferta wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. (załącznik nr 9) jest prawidłowa, nawet bez uwzględnienia złożonych uzupełnień. Zamawiający przytoczył dane porównawcze relacji ceny odwołującego i wybranej oferty ze średnią cen złożonych ofert oraz wartością szacunkową

zamówienia z uwzględnieniem zamówień uzupełniających oraz stwierdził, że w oparciu o wynik tych zestawień nie miał żadnych podstaw i wątpliwości, które obligowałyby go do wszczęcia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny oferty Inżynieria Rzeszów S.A.

Na wezwanie zamawiającego z kopią odwołania doręczoną 29 kwietnia 2011 za pośrednictwem faksu, drogą elektroniczną, także korespondencyjnie (wysłaną 2 maja 2011 r.), zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożyli wykonawcy:

1. wykonawca: Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna, pismem z 5 maja 2011 r., w kopii przesłanym stronom, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, powołując się na interes w utrzymaniu czynności zamawiającego wyboru jego oferty.
2. konsorcjum firm: Budimex S.A. (lider); Cadaqua S.A., pismem z dnia 2 maja 2011 r., w kopii przesłanym stronom, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, który wnosił o uwzględnienie odwołania, gdyż złożył ofertę, która jest korzystniejsza od oferty odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: Konsorcjum firm: Budimex S.A. (lider); Cadaqua S.A., do udziału w postępowaniu odwoławczym z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego. Przystępujący wykazał swój interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść odwołującego.

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy: Inżynieria Rzeszów S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z uchybieniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Termin ten wynosi 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, co miało miejsce, jak wykonawca przyznał w dniu 29 kwietnia 2011 r., natomiast zgłoszenie przystąpienia nastąpiło 5 maja 2011 r.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami i modyfikacjami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty Inżynieria Rzeszów S.A., pisma zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2011 r. do wybranego wykonawcy z żądaniem uzupełnienia zestawienia maszyn i urządzeń, pisma z dnia 13 kwietnia 2011 r. z uzupełnieniem załącznika nr 9 przez Inżynierię Rzeszów S.A. Pisma z dnia 21 kwietnia 2001 r. informującego o wyniku przetargu i o przyczynach odrzucenia ofert wykonawców, zestawienia porównawczego cen sporządzonego przez zamawiającego, pism

stron złożonych w postępowaniu odwoławczym. Ponadto Izba rozważyła stanowiska reprezentantów i pełnomocników stron oraz uczestnika postępowania, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zamówienie obejmuje „Przebudowę Oczyszczalni Ścieków w Trepczy k/Sanoka.” W zakresie planowanych prac do wykonania w ramach projektu wchodzi przebudowa i rozbudowa obiektów i dostawa urządzeń w części mechanicznej, biologicznej i osadowej oczyszczalni. Po zakończeniu projektu będzie to oczyszczalnia mechaniczno biologiczna oparta na technologii osadu czynnego.

W SIWZ zamawiający podał, iż przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, stosować będzie wyłącznie kryterium najniższej ceny.

W punkcie 6 IDW-SIWZ zamawiający przewidział zamówienia uzupełniające do wysokości 50% zamówienia podstawowego.

Szacunkowa wartość zamówienia określona przez zamawiającego wynosiła 95 620 984,35 PLN netto.

Kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia to 78 409 207,17 PLN brutto.

Zamawiający ustalił charakter wynagrodzenia kosztorysowego, o czym świadczą postanowienia wzoru umowy - kontraktu.

Wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą wypełniony przedmiar – kosztorys ofertowy, sporządzony metodą uproszczoną.

Ceny brutto ofert w tym postępowaniu przedstawiały się następująco:

- 1) Inżynieria Rzeszów S.A. - 51 358 650,00 PLN
- 2) Konsorcjum: BUDIMEX S.A. - 58 209 927,99 PLN
- 3) Skanska S.A. - 58 991 962,20 PLN
- 4) Konsorcjum Mostostal S.A. - 59 889 775,20 PLN
- 5) KTS ELPOM S.A. - 60 876 450,91 PLN
- 6) Konsorcjum POL AQUA S.A. - 65 665 679,51 PLN
- 7) Konsorcjum Hydrobudowa Polska S.A. - 67 192 067,35 PLN
- 8) Konsorcjum Instal Kraków S.A. - 68 327 676,64 PLN
- 9) Konsorcjum Saur Horyzont S.A. - 73 592 762,22 PLN

W SIWZ cz. I Instrukcja dla wykonawców (IDW), zamawiający wymagał między innymi:

- złożenia w dokumentach oferty, wypełnionego przedmiaru robót, wraz z zestawieniem maszyn i

urządzeń Oczyszczalni Ścieków w Trepczy, sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 9 do niniejszej IDW.

Załącznik nr 9 zawiera zestawienie 37 pozycji maszyn i urządzeń z podaniem nazwy urządzenia, odesłaniem do opisu wymagań zawartego w oznaczonej specyfikacji technicznej. Wykonawca zobowiązany był natomiast podać typ/model i producenta/dostawcę urządzenia. W objaśnieniach do formularza załącznika nr 9, zamawiający zawarł następujące instrukcje:

- zaofertowane maszyny i urządzenia muszą spełniać parametry techniczne wskazane w odnośnych STT,
- jeżeli wykonawca planuje dostawę wszystkich urządzeń w ramach danej pozycji załącznika (np. zasuw) od jednego producenta, wystarczające będzie podanie wyłącznie nazwy producenta,
- w przypadku, gdy urządzenia w ramach danej pozycji będą dostarczane od różnych producentów należy uszczegółowić informacje zawarte w załączniku przez podanie nazw producentów dla poszczególnych typów/modeli urządzeń, które wykonawca zamierza zastosować,
- jeżeli dany typ urządzenia (zasuw, zastawki itp. pojawia się w dokumentacji projektowej więcej niż jeden raz (w ramach tego samego obiektu, lub w różnych obiektach, wystarczające będzie jednokrotne określenie jego typu/modelu oraz nazwy producenta.

Pierwotnie objaśnienie do załącznika nr 9 zawierało jedynie wymaganie, że zaofertowane maszyny i urządzenia muszą spełniać parametry techniczne wskazane w odnośnych STT.

Wyjaśnieniem do SIWZ z dnia 12 stycznia 2011 r. na zapytanie czy odnośnie pozycji od 29 do 37 załącznika nr 9, należy wyspecyfikować wszystkie zasuw, zawory, zastawki itp., które występują w projekcie, czy zamawiający dopuszcza, aby wykonawca wpisał jedynie producenta/dostawcę dla poszczególnych urządzeń (armatury) bez zestawienia wszystkich urządzeń/armatury, które występują w dokumentacji przetargowej, zamawiający udzielił odpowiedzi, że: jeżeli wykonawca planuje dostawę wszystkich urządzeń w ramach danej pozycji załącznika (np. zasuw) od jednego producenta, wystarczające będzie podanie wyłącznie nazwy producenta, w przypadku, gdy urządzenia w ramach danej pozycji będą dostarczane od różnych producentów należy uszczegółowić informacje zawarte w załączniku przez podanie nazw producentów dla poszczególnych typów /modeli urządzeń, które wykonawca zamierza zastosować, jeżeli dany typ urządzenia: zasuw, zastawki itp. pojawia się w dokumentacji projektowej więcej niż jeden raz w ramach tego samego obiektu, lub w różnych obiektach, wystarczające będzie jednokrotne określenie jego typu/modelu oraz nazwy producenta. Następnie zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, przedstawiając formularz załącznika nr 9 do IDW z objaśnieniami dotyczącym wszystkich pozycji formularza - wyżej przytoczonymi.

Zamawiający powiadomił pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. o wynikach przetargu, w którym informował o wyborze oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. oraz o odrzuceniu ofert 5

wykonawców, w tym przystępującego BUDIMEX S.A. Okolicznością bezsporną jest, że wykonawca ten wniósł odwołanie i nadal jest uczestnikiem postępowania przetargowego.

Oferty 4 wykonawców zostały odrzucone, między innymi z takim uzasadnieniem, że wskazane przez poszczególnych wykonawców, tj.: Konsorcjum: BUDIMEX S.A., Konsorcjum Mostostal S.A., KTS ELPOM S.A., Konsorcjum Hydrobudowa Polska S.A. oznaczone z nazwy urządzenia konkretnych producentów i typów/modeli w załączniku nr 9 do oferty nie spełniają wymagań dla tych maszyn i urządzeń opisanych w odnośnych Specyfikacjach Technicznych. Zamawiający nie dokonał odrzucenia ofert wykonawców z tym uzasadnieniem, iż nie został wypełniony jakiś fragment formularza według załącznika nr 9 do IDW.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, między innymi żądając uzupełnienia zestawienia maszyn i urządzeń Oczyszczalni Ścieków w Trepczy, w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ, w odniesieniu do typu i modelu oferowanych urządzeń w pozycjach 1-3,5-21,23-26,37. Wezwany wykonawca przy piśmie z dnia 13 kwietnia 2011 r. uzupełnił załącznik nr 9, podając nazwy typu/modelu urządzenia we wszystkich pozycjach. Jednocześnie zaznaczył, że wykaz nr 9 został przez niego sporządzony zgodnie z objaśnieniami zmodyfikowanej, obowiązującej wersji tego załącznika w SIWZ. Dodał, że uważa za prawidłowy załącznik nr 9 zawarty w dokumentacji oferty.

Izba zważyła co następuje.

Nie zachodziły podstawy do kwestionowania interesu odwołującego do skarżenia czynności i zaniechań zamawiającego w odniesieniu do oferty wybranego wykonawcy skoro odwołujący wykazywał, iż pozostają one niezgodne z zasadami i przepisami ustawy Pzp. Stanowi to wystarczającą przesłankę dającą legitymację do wniesienia środków ochrony prawnej przez wykonawcę, szczególnie gdy oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji, spośród ofert nieodrzuconych, dając możliwość uzyskanie zamówienia, w przypadku gdyby stawiane zarzuty znalazły potwierdzenie.

W oparciu o zebrany i przeprowadzony materiał dowodowy sprawy, Izba uznała, że wymaganie podania typu/modelu oraz producenta maszyn i urządzeń, postawione w IDW -SIWZ w załączniku nr 9 odnosi się do przedmiotu zamówienia, w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż w postępowaniu zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Między innymi oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego wskazanych w SIWZ. Dalszą konkretyzację zawiera rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w

sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), które w § 5 wymienia jakie rodzaje dokumentów mogą być przez zamawiającego wymagane dla potwierdzenia, że oferowane usługi, dostawy i roboty odpowiadają wymaganiom.

Wymieniony załącznik nr 9 stanowił dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania, jednocześnie jako oświadczenie własne wykonawcy tworzył treść oferty w zakresie zaoferowania oznaczonego z nazwy typu/modelu urządzenia ze wskazaniem producenta. Zamawiający nie wymagał natomiast żadnych dokumentów potwierdzających treść złożonych przez wykonawcę oświadczeń w załączniku nr 9. Zamawiający nie zawarł również żadnego warunku, ażeby określone maszyny i urządzenia pochodziły od oznaczonych producentów, dla wypełnienia którego żądałby wskazania skonkretyzowanych produktów, producentów materiałów, np. ze względów na kompatybilność wymienianych elementów z dotychczas istniejącymi w przebudowywanej oczyszczalni ścieków. W dokumentacji nie podał nazw konkretnych maszyn i urządzeń, czy producenta, nawet w sposób przykładowy, przy dopuszczeniu urządzeń równoważnych, czemu odwołujący nie zaprzeczył. Dokumentacja ta, udostępniona wykonawcom miała charakter pełny, tzn. składała się z dokumentacji projektowej, (projektu budowlanego, projektu wykonawczego, przedmiaru oraz opisów specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych). Oznacza to, że parametry techniczne wszystkich maszyn i urządzeń przeznaczonych do zabudowy i zastosowania w obiektach oczyszczalni zostały z góry ustalone i podane w sposób ścisły. Wykonawca miał swobodę doboru maszyn i urządzeń (producenta) przeznaczonych (oferowanych) do wykonania zadania inwestycyjnego, byleby one spełniały wszystkie wymagania, parametry techniczne wyznaczone przez opis zawarty w dokumentacji, przy uwzględnieniu odnośnych norm.

W oparciu o informacje zamieszczone w treści załącznika nr 9 - podanego typu/ modelu urządzenia konkretnego producenta, zamawiający dokonywał oceny zgodności cech technicznych, porównując zaoferowane przez wykonawcę urządzenia z zapisami specyfikacji technicznych oraz dokumentacji projektowej.

Zdaniem Izby, wymagane podanie: typu/modelu maszyn i urządzeń, nazw producenta, z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pozwalających na odrzucenie oferty w przypadku gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowi w tym znaczeniu treść oferty. Za istotne warunki zamówienia w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, należy przyjmować postanowienia umowy odnoszące się do określenia jej *essentialia negotii*, jak: przedmiot umowy, sposób wykonania zamówienia, wynagrodzenie, warunki jakościowe. Wymaganie podania typu/modelu maszyn i urządzeń wpisuje się więc w określenie oferowanego przez wykonawcę świadczenia, jego istotnych parametrów technicznych i właściwości opisanych w dokumentacji technicznej. Dane te pozwalały zamawiającemu na identyfikację oferowanych maszyn i urządzeń oraz poddanie ich

porównaniu z opisem zawartym w STWiORB oraz projektach technicznych. Z tych względów miały charakter potwierdzający spełnienie istotnych warunków zamówienia, gdyż warunki do spełnienia, w tym zakresie zostały określone w SIWZ.

Izba uwzględniła jednak okoliczność, iż opisaną wyżej modyfikacją SIWZ, zamawiający dopuścił, aby wykonawcy, w zależności od swoich zamierzeń podali:

- jeżeli wykonawca planuje dostawę wszystkich urządzeń w ramach danej pozycji załącznika (np. zasuw) od jednego producenta, wystarczające będzie podanie wyłącznie nazwy producenta,
- w przypadku, gdy urządzenia w ramach danej pozycji będą dostarczane od różnych producentów należy uszczegółowić informacje zawarte w załączniku przez podanie nazw producentów dla poszczególnych typów/modeli urządzeń, które wykonawca zamierza zastosować,
- jeżeli dany typ urządzenia (zasuw, zastawki itp. pojawia się w dokumentacji projektowej więcej niż jeden raz (w ramach tego samego obiektu, lub w różnych obiektach), wystarczające będzie jednokrotne określenie jego typu/modelu oraz nazwy producenta.

Przytaczane postanowienia upoważniały zatem w określonych sytuacjach, w zależności od własnych zamierzeń, aby wykonawca odstąpił od spełnienia wymagania podania typu/modelu urządzenia, poprzestając jedynie na podaniu nazwy producenta.

W ocenie Izby, nie zachodziły przesłanki, aby przez sam fakt, że wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. pozostawił niektóre pola załącznika nr 9 niewypełnione zarzucać, iż treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

Wykonawcy bowiem nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, ze względu na okoliczność, że zamawiający dopuścił taki sposób wypełnienia formularza, w którym dane na temat typu/modelu maszyny czy urządzenia mogły zostać pominięte. Strony wywodziły odmiennie na temat interpretacji objaśnień pod tabelą załącznika nr 9 do IDW –SIWZ. Wszelkie niejasności jakie mogły się pojawić na tle stosowana instrukcji wypełnienia załącznika nr 9 winny być tłumaczone na korzyść wykonawcy, który się dostosował do wskazówek zamawiającego w taki sposób, w jaki realistycznie rzecz ujmując, miał je prawo zrozumieć i wypełnić.

Zatem w sytuacji, gdy wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. nie podał dla niektórych pozycji załącznika nr 9 swojej oferty nazw typów/modeli oferowanych urządzeń, a zamawiający w trakcie dokonywania oceny ofert miał trudności z odpowiednim dopasowaniem i porównaniem danych zawartych w załączniku nr 9 do wzorca zawartego w dokumentacji, wręcz obowiązkiem zamawiającego było skierowanie zapytania do wykonawcy, czy wynika to z upoważnienia zawartego w objaśnieniu do formularza zał. nr 9 wraz z żądaniem udzielenia uzupełniających wyjaśnień, w celu umożliwienia zamawiającemu dokonania poprawnej oceny oferty.

Z tych względów zarzuty odwołującego, że zamawiający naruszył art. 87 ust. ust. 1 ustawy Pzp, przez zwracanie się pismem z dnia 7 kwietnia 2011 r. do wybranego wykonawcy z

żądaniem uzupełnienia zestawienia maszyn i urządzeń Oczyszczalni Ścieków w Trepczy w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ, gdyż brakowało oświadczeń w odniesieniu do typu i modelu oferowanych urządzeń w pozycjach 1-3,5-21,23-26,37 należało uznać za pozbawione podstaw.

Bez znaczenia w ocenie Izby, jest wadliwie przywołana podstawa tej czynności w postaci art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Odnosząc się do czynności zamawiającego, należało uznać ją za prawidłową i znajdującą umocowanie w treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwany wykonawca pismem z dnia 13 kwietnia 2011 r. uzupełnił załącznik nr 9, zgodnie z żądaniem zamawiającego, podając wszystkie nazwy oferowanych typów/modeli maszyn i urządzeń, czym dokonał wyjaśnień treści swojej oferty, podtrzymując jednocześnie, że załącznik nr 9 w pierwotnej jego wersji był właściwy i zawierał te same dane w odniesieniu do jego treści. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby wskutek skonkretyzowania danych w załączniku nr 9 oferty wybranej, w odniesieniu do jakiegokolwiek jego pozycji doszło do wytworzenia odmiennej treści oświadczenia, której oferta wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. pierwotnie nie zawierała. Wykonawca wybrany podał w piśmie z dnia 13 kwietnia 2011 r., że poz. 1-3,5-21,23-28,37 są pozycjami, w których urządzenia pochodzą tylko od jednego dostawcy i wobec których zgodnie z wyjaśnieniami nie było konieczne podanie typu/modelu. Jednakże w celu rozwiania wątpliwości przekazał uzupełniony o wskazane dane załącznik nr 9. Zatem zamawiający prawidłowo poddał ofertę merytorycznej ocenie, a skoro stwierdził, że cechy techniczne oferowanych maszyn i urządzeń są odpowiednie do wymagań, zobowiązany był wybrać tą ofertę jako najkorzystniejszą w oparciu o ustanowione kryterium najniższej ceny.

Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił, iż zaoferowany przez wybranego wykonawcę „zgniacz łańcuchowy osadu dennego i ciał pływających Z-23800, „obrotowa rynna zbiorcza ciał pływających Z – 6300” producenta firmy ZICKERT/MD Enterprise jest niewłaściwy i niespełna wymagań technicznych. Powszechnie dostępne karty katalogowe produktów, nie dowodzą, że są one aktualne, co po pierwsze, a po drugie wytwórca może wyprodukować produkt na indywidualne zamówienie, mieszczący się w określonym typie, modelu czy wersji. Stąd zarzut, że wybrany wykonawca zaoferował urządzenie nieistniejące w ofercie tego producenta, Izba uznała za niedowiedziony. Ponadto, twierdzenie takie oznaczałoby zarzut podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Tego rodzaju zarzutu, w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, odwołujący wprost nie postawił. Izba rozpoznaje sprawę w granicach zarzutów odwołania, a więc nie miała podstaw aby w ramach postępowania dowodowego konfrontować oświadczenie zawarte w ofercie wybranego wykonawcy z jakimikolwiek innymi dokumentami, na potwierdzenie stawianych przez odwołującego tez, że konkurencyjny wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie w załączniku

nr 9 do oferty odnośnie cech technicznych zgarniacza, czy też ogólności co do tego, że takie urządzenie jak zaferował nie istnieje i nie jest wytwarzane przez wskazanego producenta.

Z przedstawionych wyżej względów, zdaniem Izby, nie zachodziły postawy, do odrzucenia oferty Inżynierii Rzeszów S.A. z powołaniem się na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu uchybienia zasadom równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem praw uczciwej konkurencji, wskutek dopuszczenia do uzupełnienia oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. przez podanie typu/modelu maszyny czy urządzenia, a odmówienie tego prawa do uzupełnienia oferty innym wykonawcom, które zostały odrzucone. Oferta odwołującego nie została odrzucona. Ponadto odwołujący nie jest rzecznikiem innych wykonawców, którzy skoro uznaliby, że zamawiający naruszył ich prawa mieli możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający tak samo umożliwił uzupełnienie załącznika nr 9 oferty innemu wykonawcy KTS Elpom S.A., odrzuconej wskutek niespełnienia wymagań.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zróżnicowane traktowanie wykonawców będących w tożsamej sytuacji, nie znalazł zatem potwierdzenia.

W odniesieniu do zarzutów rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. oraz nierzetelnego jej skalkulowania, na podstawie wskazanych w odwołaniu cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym tego wykonawcy, Izba stwierdziła, że przytoczony wyżej materiał dowodowy zaświadcza, iż zamawiający ustalił kosztorysowy charakter wynagrodzenia w oparciu o obmiar powykonawczy. Na etapie złożenia oferty, zamawiający nie wymagał przedstawienia kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą szczegółową, lecz kosztorysu opracowanego metodą uproszczoną.

Przedmiar przekazany wykonawcom zawiera zestawienie przewidywanych do wykonania robót (zestawienie elementów rozliczeniowych) z odesłaniem do opisu szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych odnośnie zakresu prac objętych poszczególnymi pozycjami. Podaje nazwy jednostek obliczeniowych i ich ilość. Natomiast zadaniem wykonawcy było podanie cen jednostkowych poszczególnych pozycji przedmiaru, ich wartości z podsumowaniem jako ceny netto oferty, z uwzględnieniem stosownych narzutów. Zgodnie z definicją § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczenia planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389), ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o cenie jednostkowej – należy przez to rozumieć sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i

zysku, wyliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych. Kosztorys ofertowy – w ślad za definicją podaną w § 2 ust. 1 wymienionego rozporządzenia opracowany metodą kalkulacji uproszczonej polega na obliczeniu ceny kosztorysowej robót objętych przedmiarem jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych i ich cen jednostkowych – mieszczących w sobie wszystkie czynniki cenotwórcze.

Zamawiający wymagał podania stawek jednostkowych obejmujących zagregowany koszt robocizny, materiałów, wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzutów kosztów pośrednich (ogólnych) i zysku - w ramach kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną. Kwestia kalkulacji stawek jednostkowych pozostaje w dyspozycji wykonawcy składającego ofertę. Skoro kosztorys ofertowy wybranego wykonawcy obejmuje wycenę wszystkich pozycji objętych przedmiarem robót, czemu nie zaprzeczył odwołujący, w ocenie Izby, brak jest usprawiedliwionych podstaw czynienia zarzutów, iż cena oferty została skalkulowana nierzetelnie, a wskazane w odwołaniu pozycje kosztorysu ofertowego nie obejmują wszystkich składowych czynników cenotwórczych (wg podstaw wyceny) oraz żądania odrzucenia oferty z tej przyczyny, jako pośrednio rzutującej na zaniżenie ceny oferty, prowadzące do zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia za rażąco niską cenę. Koszty materiałów, np. cementu, czy stali, w żaden sposób nie podlegały wyodrębnieniu w ramach cen jednostkowych, z uwzględnieniem normatywnych nakładów dla danej pozycji, zatem zarzuty, iż wycena kwestionowanych pozycji, elementów robót nie obejmuje wszystkich czynników cenotwórczych, czy też są one w sposób rażąco zaniżone, pozostają jedynie w sferze domniemań odwołującego.

W sytuacji gdy zakres, czy sposób wykonania oferowanego świadczenia odbiega od żądanego przez zamawiającego w SIWZ, stanowi to podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Nie upoważniało natomiast zamawiającego, jak wywodził odwołujący, do odrzucenia wybranej oferty, ze względu na rażąco niskie ceny jednostkowe kwestionowanych pozycji kosztorysu wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. ani do wzywania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, zostały przykładowo wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, należą do nich wybrane rozwiązania techniczne, oszczędność metody wykonania itp. Hipotetyczne założenia odwołującego, iż za wskazane ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysu nie można wykonać prawidłowo robót, lub że nie obejmują one wszystkich czynników cenotwórczych, nie zapewniają wykonawcy zysku, nie mogły stanowić podstawy rozstrzygnięcia zgodnego z żądaniami odwołującego.

Izba podzieliła poglądy zamawiającego, iż nie obowiązuje jednoznacznie określenie różnicy poziomu cen ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej, uzasadniającej wszczynanie procedury wzywania wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mającej wpływ na wysokość ceny. Rozwarstwienie cen ofert w postępowaniu każdorazowo jest

po pochodną ogólnej sytuacji rynkowej, jak i istniejącej konkurencji między wykonawcami w danej branży rzutuującej również na to, na ile wykonawcy są skłonni obniżyć marżę zysku aby uzyskać zamówienie. Okolicznością stwarzającą dla zamawiającego uzasadnione podstawy do przypuszczeń, iż za oferowaną cenę nie można prawidłowo wykonać zamówienia z osiągnięciem zysku, obligującą do wszczęcia procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest przede wszystkim wynik porównania ceny badanej oferty do relacji cen rynkowych podobnych zamówień w aktualnym czasie oraz poziom cen ofert w prowadzonym postępowaniu, jak również prawidłowo wyliczonej wartości szacunkowej zamówienia.

Biorąc pod uwagę szacunkową wartość zamówienia, którą zamawiający obowiązany był obliczyć z należytą starannością w oparciu o dane rynkowe, jak stanowi art. 32 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 33 ust. 1 ustawy Pzp, w kwocie podanej do tego wraz uwzględnieniem zamówień uzupełniających w maksymalnej wysokości 50% netto, ustaloną na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę netto 95 620 984,35 zł oraz przy uwzględnieniu kwoty jaką zamawiający podał na otwarciu ofert, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia 78 409 207,17 PLN brutto, Izba stwierdziła, że cena oferty wybranego wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. nie odbiega od kwoty jaką zamawiający zamierzał wydatkować na przedmiotowe zamówienie, ani od wyceny szacunkowej w zasadniczy sposób, co potwierdza przedłożona przez zamawiającego analiza porównawcza. Okoliczność przyznana stanowiło, że cena oferty odwołującego była wyższa jedynie o 9,7% od oferty wybranej. Procentowo do średniej arytmetycznej cen ofert – 62 567 216,89 zł, cena oferty Inżynierii Rzeszów S.A. wynosi 82,085% zaś cena odwołującego wynosi 87,060% tej średniej. Tej wielkości - jak zanotowane w niniejszym postępowaniu, różnice cenowe wymienionych wyżej ofert, w ocenie Izby, stanowią przejaw mechanizmu rynkowej konkurencji.

Zdaniem Izby, kwestionowana oferta nie wykazuje symptomów rażąco niskiej ceny, które obligowałyby zamawiającego do wszczęcia procedury wzywania wykonawcy do wyjaśniania elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający jest uprawniony aby samodzielnie ustalać podstawy do zastosowania procedury wyjaśniania cen ofert. Właściwymi narzędziami, które mogą być wykorzystane w tym celu jest posiadane rozeznanie poziomu cen rynkowych, ceny podobnych udzielonych zamówień, średni poziom cen składanych ofert, które zamawiający uwzględnił w trakcie oceny ofert.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przepis ten nie nakłada jednak żadnych warunków, kiedy postępowanie takie może być zasadnie zainicjowane. Pozostaje to w sferze decyzji zamawiającego, opartej na dokumentacji postępowania oraz znajomości relacji cen rynkowych (pogląd taki został wyrażony w wyroku Izby o sygn. akt KIO/UZP 963/09). Z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika bowiem, by zamawiający miał obowiązek wdrożyć postępowanie wyjaśniające w przedmiocie

rażąco niskiej ceny w każdej sytuacji, lecz jedynie wtedy, gdy może podejrzewać, że oferta taką cenę zawiera. Stosowanie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie jest zatem obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku, gdy tylko domagają się tego wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowane na dalszych pozycjach, co potwierdza stanowisko Izby np. w wyroku sygn. akt KIO/UZP 671/08.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości np. wyrok sygn. akt 76/81 „Transporoute”, wyrok sygn. akt 103/88 „Constanzo”, wyrok sygn. akt C-285/89 „Impresa Dona Alfonso,” potwierdza, że nie można oceniać ofert wyłącznie według kryterium arytmetycznego rozbieżności między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem podatku VAT a ceną rozpatrywanej oferty.

W konsekwencji, więc nie można przyjmować, że samo porównanie ceny wybranej oferty do wartości szacunkowej, czy ofert pozostałych wykonawców i zanotowane różnice, stanowią przesłankę do wykazania podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę, niepozwalającą na zrealizowanie w sposób należyty zamówienia z wypracowaniem zysku przez wykonawcę.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż ustalenia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zawsze należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Podnoszone przez odwołującego zarzuty w odniesieniu do oferty wybranego wykonawcy sprowadzały się natomiast do wykazania, iż poszczególne części przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji wyceny dotyczących konkretnych elementów robót zostały zaniżone.

Tego rodzaju argumentacja odwołującego nie mogła zostać uwzględniona. Zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania stawek jednostkowych. Każdy z wykonawców, w zależności od własnego potencjału i możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, dokonywał kalkulacji stawek jednostkowych dla poszczególnych pozycji wchodzących w skład zamówienia. Nawet gdyby któreś z tych cen jednostkowych nie pokrywały kosztów świadczenia danej części robót, to stawiane zarzuty nie dotyczą zaniżenia wszystkich cen jednostkowych, (składających się na cenę oferty za przedmiot zamówienia), które łącznie jako cena oferty, mogą być kalkulowane na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku za całość zamówienia. Liczy się wyłącznie cena całkowita oferty, przyjmowana do porównania ofert. Stanowisko takie wynika z ugruntowanego i przeważającego poglądu piśmiennictwa oraz orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych.

Należy podkreślić, iż kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Kalkulacja własna ceny jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym "z elementów ceny" (wyrok z 27 lipca 2009 r. KIO/UZP

878/09). Stosownie do poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,” wyroku z dnia 24 marca 2005 r. Sygn. akt II Ca 425/04 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty - przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.”

Mając na uwadze powyższe niedopuszczalnym jest - tak jak żądał tego odwołujący, stosując wybiórcze porównywanie wybranych pozycji (elementów) kosztorysu ofertowego, z innymi ofertami, aby cena wybranego wykonawcy została uznana za rażąco niską. Ustalenie rażąco niskiej ceny ma się bowiem odbywać w stosunku do „przedmiotu zamówienia,” a nie wyłącznie jego części, o czym stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów świadczących, iż ceny oferowane za porównywalny przedmiot zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu, kształtują się na poziomie znacząco wyższym, zatem nie dowiódł zgłaszanych zarzutów w rozumieniu art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Kolejnym z zarzutów był zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek zaniechania wezwania wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby, sam fakt subiektywnego odczucia odwołującego o uchybieniach w postępowaniu i zaniechaniach zamawiającego, a w szczególności chęć wyeliminowania korzystniejszej oferty, przy pomocy nie do końca weryfikowalnego zarzutu rażąco niskiej ceny, nie jest podstawą do zarzucenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i naruszenia art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby trafność stawianych zarzutów w tym zakresie, – że ceny podobnych zamówień kształtują się na znacząco wyższym poziomie i nie ma możliwości należytego wykonania zamówienia za cenę wybranej oferty. Izba podziela poglądy wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. Akt X Ga 140/08, wyroku Izby sygn. akt KIO/UZP 1906/2009, sygn. akt KIO/UZP 117/10, że brak wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, nie daje *apriori* podstaw do stawiania zarzutu rażąco niskiej ceny wybranej oferty.

Zamawiający miał zatem prawo i obowiązek przyjąć ofertę niepodlegającą odrzuceniu Inżynierii Rzeszów S.A. - najkorzystniejszą według ustalonego kryterium oceny.

Izba ustaliła w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego;

1) art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,

2) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, przez bezzasadne wezwanie wybranego wykonawcy do uzupełnienia oferty,

3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przez umożliwienie niedopuszczalnej zmiany w treści oferty najkorzystniejszej,

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz zawierającej rażąco niską cenę,

2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w złożonej ofercie.

- nie znalazły potwierdzenia.

Przyznane przez zamawiającego naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie i orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie § 3 pkt 2b 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 2).

Przewodniczący:

.....

