

Sygn. akt: KIO 392/17

Sygn. akt: KIO 394/17

WYROK
z dnia 21 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 2 marca 2017 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa,

B. w dniu 2 marca 2017 r. przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno,

w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WUPRINŻ S.A. i Wiertmar Sp. z o.o. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 392/17 oraz KIO 394/17 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 394/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 392/17,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa na rzecz Zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3. uwzględnia odwołanie wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno w sprawie o sygn. akt: KIO 394/17 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę oferty Odwołującego, w tym nakazuje przeprowadzenie uzupełniającego postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w ofercie Odwołującego,

3.1. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa i:

3.1.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno tytułem wpisu od odwołania,

3.1.2. zasądza od Zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa na rzecz wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 392/17

KIO 394/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawa S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa sieci wodociągowej DN 400 mm, L ca 7,1 km, doprowadzająca wodę do SUW Stara Miłosna, na terenie Dzielnicy Wesoła i Dzielnicy Wawer m.st. Warszawy z podziałem na zadania” - nr sprawy 00907/WS/PW/PZL-DZA-WRI/B/2016.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.06.2016 roku pod numerem 2016/S 111 -198444.

W dniu 20.02.2017r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania przetargowego o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę, złożoną przez Konsorcjum WUPRINŻ opiekującą na kwotę 8.971.620,00 zł. Zgodnie z kryteriami oceny ofert, cena stanowiła 98% kryterium. Drugim kryterium był okres gwarancji, przy czym wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu uzyskali w zakresie tego kryterium maksymalną ilość punktów.

KIO 392/17

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności oraz zaniechania Zamawiającego obejmujące:

- 1) badanie i ocenę ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę - Konsorcjum firm: WUPRINŻ S.A. i Wiertmar Sp. z o.o. (dalej Konsorcjum WUPRINŻ);
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WUPRINŻ z powodu rażąco niskiej ceny;
- 3) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WUPRINŻ z powodu złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WUPRINŻ z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ;
- 5) zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez

Konsorcjum WUPRINŻ.

Powyższym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” poprzez niezgodny z ustawą Pzp wybór wykonawcy Konsorcjum WUPRINŻ;

2) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum WUPRINŻ, mimo, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) art 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art 3 ust 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum WUPRINŻ, mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia;

4) art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum WUPRINŻ pomimo, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wykonania robót w pasie drogowym ul. Łysakowskiej, Kaczeńca, Skrzyneckiego, Kościuszkowców, B. Czecha, Trakt Brzeski ponieważ Konsorcjum nie przewidziało zastosowania rur osłonowych;

5) art. 8 ust 1 - 3 w zw. z art 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust 4 uznk poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum WUPRINŻ, pomimo że Konsorcjum WUPRINŻ nie wykazało zasadności dokonanego zastrzeżenia i informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny powinny być odtajnione; a w ich wyniku

6) art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem przepisów wskazanych powyżej oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższym wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum WUPRINŻ.;

2) dokonanie ponownej oceny ofert;

3) ujawnienie zastrzeżonych wyjaśnień Konsorcjum WUPRINŻ w zakresie rażąco niskiej ceny;

4) odrzucenie ofert Konsorcjum WUPRINŻ;

5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią nieutajnionych wyjaśnień Konsorcjum WUPRINŻ z dnia 12.09.2016r. zwrócił uwagę, że z ich treści wynika, że zaoferowana przez Konsorcjum WUPRINŻ cena jest ceną rażąco niską i Wykonawca ten nie wykazał - do czego jest zobowiązany na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - okoliczności przeciwnej.

Jednocześnie na podstawie tych wyjaśnień uznać należy – zdaniem Odwołującego, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a także została złożona w warunkach oferty z rażąco niską ceną stanowiącą też czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n. tj. świadczenie usług poniżej kosztów.

W pierwszej kolejności zauważył, że takie czynniki, jak dysponowanie dużą wiedzą i doświadczeniem nie stanowi wyjątkowo sprzyjającej okoliczności, która mogłaby warunkować obniżenie ceny.

Podniósł przy tym, że pozostali wykonawcy również dysponują określoną, dużą wiedzą i doświadczeniem i nie jest to cecha właściwa tylko i wyłącznie Konsorcjum WUPRINŻ, która w jakikolwiek sposób wpływałaby na obniżenie ceny.

Odwołujący wskazał również, iż każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym zamówieniu może powołać się na ww. okoliczności, gdyż ustanowione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu pozwalają na udział jedynie wykonawcom, którzy posiadają określone doświadczenie w realizacji zamówień o profilu zbliżonym do przedmiotowego zamówienia, dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia, która objawia się poprzez dysponowanie określonym personelem oraz sprzętem.

Po drugie, Konsorcjum nie wskazało w jakim stopniu posiadana wiedza czy doświadczenie wpłynęły na obniżenie kosztów, a tym samym zaoferowanej ceny, co czyni wyjaśnienia w tym zakresie za zupełnie nieistotne dla oceny czy nie zaoferowano rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do wyjaśnień w zakresie optymalnego doboru metodologii i logistyki prowadzenia robót, to również wskazał, że tak ogólne wyjaśnienia nie wnoszą nic do oceny czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W szczególności, zaznaczył, że Konsorcjum WUPRINŻ nie wskazało, jak ta metodologia czy logistyka wpływa na cenę kontraktową.

Odnosząc się do kwestii wysokości wynagrodzenia członków brygad realizujących roboty, Odwołujący przyznał, że wprawdzie stawki wskazane przez Konsorcjum przekraczają

wysokość minimalnego wynagrodzenia, jednak Konsorcjum w żaden sposób nie przedstawiło wyliczenia ilości roboczogodzin i poniesionych w związku z tym kosztów w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego, minimalna ilość roboczogodzin niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie realizacji robót budowlanych to ponad 50.000 roboczogodzin, co przy przyjęciu nawet minimalnej stawki wskazanej przez Konsorcjum WUPRINŻ daje kwotę rzędu ok. 800.000 zł, a jest to tylko wynagrodzenie podstawowego personelu wykonującego roboty budowlane.

Wobec powyższego – w opinii Odwołującego - istnieje potrzeba skonfrontowania tej wartości z pozostałymi wyliczeniami wskazanymi przez Konsorcjum WUPRINŻ w celu ustalenia, czy faktycznie cena obejmuje zakładaną ilość roboczogodzin.

W zakresie wskazania, że każdy z członków Konsorcjum posiada bazę sprzętu i transportu, to zarzucił, że brak jest w wyjaśnieniach informacji czy sprzęt ten został zamortyzowany czy też wykonawca ponosi koszty w tym zakresie.

Jednocześnie zwrócił uwagę, że siedziby obu tych podmiotów znajdują się poza Warszawą (Kalisz i Poznań), w związku z czym Konsorcjum ponosi dodatkowe koszty związane z transportem tych urządzeń do miejsca realizacji przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego okoliczność ta ma również wpływ na koszty pracownicze, gdyż jak wskazano w wyjaśnieniach na str. 2 członkowie brygady roboczej stanowią pracownicy członków Konsorcjum, w związku z czym jest on zobowiązany do wypłacenia delegacji tym pracownikom z tytułu wykonywania pracy w innej miejscowości.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum nie wyjaśniło w swoich wyjaśnieniach tej kwestii i nie ujęło tych kosztów przy kalkulacji swojej ceny, a jeżeli brak jest wyjaśnień w tym zakresie, to Zamawiający nie miał prawa uznać złożonych wyjaśnień za wystarczające.

Zauważył również, że w wyjaśnieniach z dnia 21.10.2016r. Konsorcjum WUPRINŻ wskazało, że zgodnie z Decyzją Zarządu Dróg Miejskich z dnia 22 lipca 2015r. wykonanie pewnych robót musi się odbyć metodą przewiertu sterowanego i taką metodę Konsorcjum skalkulowało w swojej ofercie.

Wyjaśnił również, że zgodnie z tą Decyzją - pkt 4 - Wykonawca musi zapewnić dodatkowo rury osłonowe, a z uwagi na długość przewiertów koszt niezbędnych rur osłonowych kształtuje się na poziomie ok. 1.100.000 zł.

W związku z tym zarzucił, że koszt ten nie został ujęty w kalkulacji cenowej i wnosi o zweryfikowanie powyższego.

Dodatkowo, zaznaczył, że Konsorcjum WUPRINŻ nie wskazało w wyjaśnieniach jakie są koszty uzyskania wadium, gwarancji należytego wykonania umowy, wymaganego ubezpieczenia, czy utrzymania zaplecza.

Brak tych elementów powoduje – zdaniem Odwołującego, że nie można uznać, że złożone wyjaśnienia są wiarygodne i potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niską.

Poza tym, brak tych elementów powoduje konieczność uznania, że złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji tj. sprzedaży usług poniżej kosztów, a brak kalkulacji i uwzględnienia wyżej wskazanych elementów w cenie ofertowej powoduje, że po doliczeniu tych kosztów przekroczą one zakładaną cenę ofertową co wypełnia przesłankę określoną w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Oдноśnie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Odwołujący wskazał, że Wykonawcy mają zrealizować roboty budowlane zgodnie z OPZ, na który składa się m.in. decyzja nr ZDM/ZUWD/PS/POST/771/2015 Zarządu Dróg Miejskich.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami tej decyzji, roboty drogowe w pasie drogowym ul. Łysakowskiej, Kaczeńca, Skrzyneckiego, Kościuszkowców, B. Czecha, Trakt Brzeski mają być wykonane metodą przewiertu sterowanego z zastosowaniem rury osłonowej.

Natomiast w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 21.10.2016r. Konsorcjum WUPRINŻ wskazano jedynie na metodę przewiertu sterowanego nie odnosząc się w żaden sposób do konieczności zastosowania rur osłonowych, co pozwala na przyjęcie, że takich rur osłonowych Konsorcjum WUPRINŻ nie ujęło w swojej ofercie, a tym samym wykonanie tych robót będzie niezgodne z treścią SIWZ.

Oдноśnie niezasadnego utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zauważył, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, który pragnie zastrzec część złożonej przez siebie oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa jest zobowiązany złożyć wraz z ofertą uzasadnienie zasadności utajnienia zastrzeganych dokumentów.

Podniósł, że w treści uzasadnienia wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż zastrzegane informacje stanowią „tajemnicę przedsiębiorstwa” w myśl art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższa zasada ma analogiczne zastosowanie do wyjaśnień oraz uzupełnień składanych przez wykonawców w toku całego postępowania.

Wskazał, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje, które łącznie spełniają następujące przesłanki:

- nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości,
- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub mają wartość gospodarczą,
- przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucił, iż sformułowane przez Konsorcjum WUPRINŻ uzasadnienie utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie spełnia wymagań wynikających z art. 8 ust 3 ustawy Pzp oraz wynikających z ugruntowanego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, a poczynione przez Konsorcjum uzasadnienie charakteryzuje znaczna doza ogólności, lakoniczności.

Zaznaczył, że uzasadnienie wskazuje jedynie, że złożone wyjaśnienia spełniają wszystkie przesłanki wynikające z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazał przy tym, że w kolejnych wyjaśnieniach z dnia 21.10.2016r. w zakresie rażąco niskiej ceny Wykonawca ten ujawnił dane podwykonawcy - SWECO, jak również zaoferowaną przez tego podwykonawcę cenę, w związku z czym ten dokument winien stać się jawny.

Odwołujący stwierdził, że nie znalazł w treści wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa żadnego racjonalnego i spełniającego przesłanki wskazane w uzkn wytłumaczenia utajnienia kalkulacji kosztów.

W związku z powyższym brak jest podstaw do utajnienia tego dokumentu.

W zakresie podwykonawców i zaoferowanych przez nich cen, to z ostrożności Odwołujący podniósł, że dokumenty te po przeprowadzeniu anonimizacji również powinny być odtajnione w zakresie cen i zakresu oferty. Takie odtajnienie pozwoli z jednej strony zachować istotę tajemnicy, którą są dane podwykonawcy oferującego określone usługi lub

materiały, a z drugiej pozwoli spełnić zasadę jawności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 6 marca 2017r.wykonawca WUPRINŻ S.A. i Wiertmar Sp. z o.o. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

KIO 394/17

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: : Polaqua Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej, ul. Dworska 1 05-500 Piaseczno wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, zgodnie z pismem Zamawiającego PZL.DZA.WR0.280.00907.20171051AKr z dnia 20 lutego 2017r. - Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego mimo, iż oferta Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert ustalonych przez Zamawiającego.

Czynnościom Zamawiającego zarzucił:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

- naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i wybór innej oferty niż oferta Odwołującego;

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania, w tym dokonanie oceny oferty Odwołującego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazał również, że Zamawiający w dniu 20.02.2017r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp uznając, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że dokonana ocena wyjaśnień złożonych przez odwołującego wraz z dostarczonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w

postępowaniu;

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego;
- wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W ocenie Odwołującego jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co zostało potwierdzone przez Odwołującego złożonymi wyjaśnieniami wraz z dowodami, o które Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę na niewielką różnicę pomiędzy ceną oferty złożonej przez Odwołującego (opiewającą na kwotę 8.605.370,97 zł brutto) od drugiej oferty, którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą - oferty złożonej przez WUPRINŻ S.A. i Wiertmar Sp. z o.o. (opiewająca na kwotę 8.971.620 zł brutto). Różnica pomiędzy tymi 2 cenami ofertowymi wynosi tylko 4%.

Natomiast różnica pomiędzy ofertą Odwołującego, a kolejną - trzecią ceną oferty, złożonej przez Sack Invent Poland Sp. z o.o. opiewającą na kwotę 9.040.500 zł brutto wynosi zaledwie 5%.

Powyższe niewielkie różnice cen pomiędzy ofertami złożonymi przez różnych oferentów potwierdzają - zdaniem Odwołującego, że cena oferty przez niego złożonej jest ceną rynkową i nie może być mowy o tym, że jest to cena rażąco niska, nierealna.

Zdaniem Odwołującego taki zarzut jest bezpodstawny.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismami z dnia 8 września 2016 r., 18 października 2016 r. oraz 20 stycznia 2017 r., działając na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wykonawca złożył Zamawiającemu wyjaśnienia pismami z dnia 13 września 2016 r., 31 października 2016 r. oraz 25 stycznia 2017 r., zastrzegając jednocześnie, że wyjaśnienia wraz z załącznikami mają charakter poufny i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podniósł, że z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, zawartego w piśmie Zamawiającego z dnia 20.02.2017 r. (Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty) wynika,

że Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że Odwołujący nie uwzględnił w cenie wszystkich materiałów.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że niedoszacowana została wartość Zamówienia w przedmiocie ilości materiałów, o których mowa w SIWZ.

W kontekście powyższego Odwołujący zwrócił uwagę, że w SIWZ nie ma mowy o ilości materiałów. Przedmiot zamówienia obejmuje projektowanie i budowę, a konkretne ilości będą więc znane po wykonaniu projektu wykonawczego.

Zauważył, że Zamawiający w postępowaniu przetargowym nie wymagał przygotowania projektów na etapie ofertowania, a odrzucił ofertę POLAQUA na podstawie braku przedstawionych ofert na konkretne ilości wszystkich materiałów.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący oświadczając, że oferowana przez niego cena w ofercie zawiera całkowity koszt wszystkich materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, Odwołujący zaznaczył, że w wyjaśnieniach z dnia 13.09.2016 r. wskazał, że wycenił wszystkie elementy projektu, w tym materiały, sprzęt i robociznę, jak również koszty elementów nieujętych w dokumentacji projektowej, a niezbędne do realizacji zadania takie jak koszty zaplecza i organizacji budowy, opłaty administracyjne, koszty obsługi budowy, koszty związane z wypełnieniem wymagań ogólnych, kosztów finansowych oraz zysk we wskazanej w tym piśmie wysokości.

Wyjaśnił przy tym, że do pisma z dnia 13.09.2016 r. Odwołujący załączył ofertę na kluczowe elementy tj. rury i uszczelki, które stanowią zasadniczą część kosztową wszystkich materiałów.

Odwołujący załączył do tego pisma ofertę otrzymaną od dostawcy rur i uszczelek, ponieważ te materiały stanowiły główne materiały do wykonania zadania i były głównym czynnikiem cenotwórczym.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wyszczególnił w opisie przedmiotu zamówienia zestawienia ilości materiałów, które są objęte przedmiotem zamówienia, wezwał natomiast Wykonawcę do przedstawienia ofert dostawców na wszystkie materiały z podaniem ilości.

Odwołujący stwierdził, że załączył do tego pisma również wewnętrzny cennik sprzętu funkcjonujący w spółce Polaqua Sp. z o.o. do którego zostały doliczone koszty paliwa i operatorów. Dodatkowo, do tego pisma Polaqua załączyła tabelaryczne zestawienie zawierające rozbięcie całej ceny ofertowej na poszczególne roboty i rodzaje kosztów. Stawka roboczogodziny przyjęta przez Spółkę Polaqua była zgodna z obowiązującymi w tym zakresie przepisami.

Po otrzymaniu powyżej opisanego pisma Odwołującego z dnia 13.09.2016 r. Zamawiający pismem z dnia 18.10.2016 r. wezwał Odwołującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień w bardzo szczegółowym zakresie - w ocenie Odwołującego - wykraczającym poza wymagania dotyczące konstruowania ceny określone w SIWZ.

Między innymi Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że przedstawił on oferty tylko na podstawowe materiały tj. rury i uszczelki i wezwał do przedstawienia dodatkowych dowodów dotyczących innych materiałów.

Ponadto, Zamawiający wezwał do przedstawienia harmonogramu prac wraz z określeniem ilości osób zaangażowanych w realizację robót, podczas gdy takiego wymagania nie było w SIWZ, aby na etapie składania oferty przedkładać Zamawiającemu harmonogram prac z ilością osób.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie ze wzorem umowy załączonym do SIWZ dopiero po podpisaniu umowy Wykonawca był zobowiązany przedstawić Zamawiającemu harmonogram (§3 punkt 5 wzoru umowy: „Terminy wykonania poszczególnych Robót Częściowych określa Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, który zostanie sporządzony przez Wykonawcę w terminie 21 dni od dnia zawarcia Umowy.”).

Niezależnie od oceny Odwołującego, że dodatkowe wymagania Zamawiającego wykraczały ponad zakres wymagań z SIWZ, Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 31.10.2016 r. przedstawił dodatkowe oferty na pozostałe materiały, harmonogram prac wraz z ilością pracowników oraz rodzajem i ilością sprzętu oraz złożył wyjaśnienia w zakresie żądanym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18.10.2016 r.

Odwołujący oświadczył, że dążąc do spełnienia żądań Zamawiającego dołączył do wyjaśnień z dnia 31.10.2016 r. ofertę na armaturę otrzymaną podczas wyceny w tym samym czasie innego zamówienia obejmującego znacznie większą ilość i asortyment materiałów,

zawierającą jednakże pewne elementy, które można było wykorzystać do kalkulacji ceny na przedmiotowe zamówienie.

Według Odwołującego Zamawiający błędnie zsumował wszystkie przedstawione w tej tabelce materiały i przyjął, że Odwołujący planuje ponieść koszt armatury do przedmiotowego zamówienia w łącznej wysokości 1 388 271,20 zł, pomimo jednoznacznego wyjaśnienia Odwołującego zawartego w piśmie z 31.10.2016 r. dotyczącego charakteru przedstawionej oferty.

Wyjaśnił przy tym, że oferta, która została załączona do pisma z 31.10.2016 r. dotyczyła innego zadania i podane w niej ilości materiałów nie miały zastosowania do przedmiotowego zadania.

Odwołujący podniósł, że w celu wyceny przedmiotowego zadania wykorzystał z tej oferty tylko niektóre elementy i przyjął inne ilości.

Odwołujący stwierdził, że wskazał w pkt 1 ww pisma, iż „na elementy uzupełniające, pomocnicze w wycenie zostały przyjęte oferty podwykonawców i dostawców, które otrzymujemy na analogiczne zadania”.

W ocenie Odwołującego wobec powyższej pomyłki, Zamawiający błędnie przyjął, że załączona do pisma z 31.10.2016 r. oferta dot. armatury i wyszczególnione w niej rodzaje i ilości materiałów dotyczy przedmiotowego zamówienia.

W konsekwencji, stanął na stanowisku, że Zamawiający dokonał następującego błędnego obliczenia: do ogólnej kwoty na materiały wskazanej przez Odwołującego w piśmie z dnia 13.09.2016 r. tj. kwoty 2 430 000,00 zł dodał kwotę 1 388 271,20 zł, podczas gdy ta ogólna kwota na materiały (2 430 000,00 zł) obejmowała koszt wszystkich materiałów, również tych, wybranych wyszczególnionych z oferty uzyskanej na analogiczne zadanie w innym postępowaniu a które były zakończone w tabeli sumą 1 388 271,20 zł.

Oświadczył, że w swoich wyjaśnieniach przedstawił ogólny koszt materiałów na łączną kwotę 2 430 000,00 PLN dołączając ofertę na główne materiały tj. rury na kwotę 2 278 492,24 PLN (zgodnie z wyliczeniami Zamawiającego), a różnica tych wartości była przeznaczona na pokrycie kosztów pozostałych materiałów np. armatury, uszczelek itp.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie uwzględnił w swojej ofercie materiałów w ilości wymaganej przez Zamawiającego (Zamawiający nie

wymagał żadnych ilości w materiałach przetargowych), a w uzasadnieniu odrzucenia wzięt pod uwagę koszty innych materiałów z przedstawionej przez Odwołującego przykładowej oferty na analogiczne zadanie.

W kontekście powyższego Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego twierdząc, że w jego ofercie były niedoszacowane koszty materiałów, których jednocześnie Zamawiający nigdy w żadnym miejscu dokumentacji nie wyspecyfikował, a wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

Odwołujący podkreślił przy tym, że w żadnych materiałach przetargowych, w tym w ofercie Zamawiający nie wymagał rozbicia ceny ryczałtowej na materiały, robociznę i sprzęt ani na asortymenty robót. W ofercie należało podać tylko jedną kwotę - całkowitą cenę ryczałtową za wykonanie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie Zamawiającego w tym zakresie jest nie tylko niespójne ale całkowicie błędne.

Zauważył również, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził również, że Polaqua nie zawarła w swojej ofercie kosztu materiałów niezbędnych do przebudowy sieci energetycznej czy sieci gazowej.

Odwołujący wyjaśnił, że przebudowa sieci energetycznej i gazowej jest zakresem prac towarzyszących głównym robotom budowlanym wykonywanym przez specjalistycznych wykonawców. Cały zatem zakres tych prac wraz z materiałami został ujęty w wyjaśnieniach w pozycji „inne koszty” i mieści się w kwocie 93 291,93 PLN.

Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym co do zarzutu dotyczącego nie udowodnienia prawidłowości przyjętych założeń w zakresie organizacji ruchu oraz zajęcia pasa drogowego.

Odwołujący argumentował, że przedstawił w swoich wyjaśnieniach koszt organizacji ruchu wraz z zajęciem pasa drogowego na kwotę 125 782,93 PLN.

Przekonywał, że określony został czas trwania tego zadania ujęty w harmonogramie oraz przedstawione zostały ceny jednostkowe zajętości terenów przyjęte do kalkulacji wraz z dowodem.

Zdaniem Odwołującego są to wystarczające dane, aby określić prawidłowość zaoferowanej ceny.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że przygotowanie projektu organizacji ruchu nie było wymagane na etapie przetargowym i rozwiązanie tymczasowej organizacji ruchu będzie wynikało ze szczegółowych uzgodnień w trakcie realizacji zadania z zarządcą drogi oraz Policją.

Odwołujący zauważył również, że przedmiotowe zamówienie polega na zaprojektowaniu i wybudowaniu, a zatem szczegółowe ilości materiałów będą wynikały z projektów.

Podniósł, że Zamawiający nie podał w materiałach przetargowych konkretnych ilości materiałów jakie należało uwzględnić w kalkulacji ofert, a wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy.

W opinii Odwołującego cena zaoferowana przez niego jest ceną realną i adekwatną, nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący trzykrotnie (pismami z dnia 13 września 2016 r., 31 października 2016 r. oraz 25 stycznia 2017 r.) składał szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów zaoferowanej ceny, załączając jednocześnie oferty od podwykonawców, dostawców oraz własne wewnętrzne cenniki obowiązujące w spółce Polaqua, jak również harmonogram prac ze wskazaniem ilości pracowników i sprzętu, sporządzając przy tym różnego rodzaju tabelaryczne zestawienia kosztów.

Zdaniem Odwołującego, wykazał on, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną adekwatną i rynkową.

Odwołujący nie zgodził się z oceną Zamawiającego jakoby cena ofertowa Odwołującego była ceną rażąco niską.

W ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę, co wskazuje na bezprawność, a zatem nieskuteczność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego, naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w wyniku dokonania wyboru oferty złożonej przez WUPRINŻ S.A. i Wiertmar Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji gdy to oferta Odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza.

Według Odwołującego Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego naruszył tym samym art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto stwierdził, że oferta Odwołującego jest ofertą korzystniejszą od wybranej oferty pod względem ekonomicznym, opiewa bowiem na kwotę 8.605.370,97 zł brutto, natomiast oferta złożona przez wybranego Wykonawcę tj. WUPRINŻ S.A. i Wiertmar Sp. z o.o. opiewa na kwotę 8.971.620 zł brutto, co jest istotne z uwagi na konieczność celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych zgodnie z art. 44 ustawy o finansach publicznych oraz, tym samym, doszło do naruszenia prawa Odwołującego do uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Pismem z dnia 6 marca 2017r. wykonawca WUPRINŻ S.A. i Wiertmar Sp. z o.o. i wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

KIO 392/17

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego WUPRINŻ S.A. i Wiertmar Sp. z o.o., odwołania wraz z załącznikami, wezwań Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 8 września 2016r., 18 października 2016r., 20 stycznia 2017r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwania wraz załącznikami z dnia 12 września 2016r., z dnia 21 października 2016r., 24 stycznia 2017r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 lutego 2017r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7

ust.1 i 3, art. 8 ust.1 – 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust.4 ustawy uznk, art.89 ust.1 pkt.2, 3, 4, art.90 ust. 3, art.91 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności Izba uznała zarzut naruszenia art. 8 ust.1 – 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust.4 ustawy uznk za bezpodstawny.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający ostatecznie odtajnił zastrzeżone przez Przystępującego dokumenty, co oznacza, że przeprowadził on postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem zasady jawności.

Dodatkowo należy wskazać, że na rozprawie pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że cofa zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust 1 do 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust 1 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust 4 uznk z tego powodu, że Zamawiający odtajnił wszystkie wyjaśnienia konsorcjum WUPRINŽ składane w zakresie rażąco niskiej ceny (pkt 5 odwołania).

Następnie pełnomocnik Odwołującego w stanowisku końcowym przed zamknięciem rozprawy wycofał to oświadczenie odnoszące się do wcześniejszego oświadczenia w zakresie wycofania zarzutu utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej nie podając przyczyny dla tego stanowiska.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Przystępującego między innymi na stronach 7- 8 pisma z dnia 12 września 2016r. nie spełniało przesłanek z art.11 ust.4 uznk.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w części I IDW w pkt. 12.2 SIWZ postanowił, że cena oferty(wynagrodzenie) musi być skalkulowane w sposób jednoznaczny, powinna zawierać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem warunków realizacji przedmiotu zamówienia opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz Projekcie Umowy.

Poza tym Izba stwierdziła, że spośród 14 złożonych ofert Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 8 971 620, 00 zł., zaś Odwołujący za kwotę brutto 11 002 350,00 zł.

Przechodząc do omówienia zarzutu istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, Izba uznała ten zarzut za bezzasadny.

Według zapatrywania Izby Odwołujący formułując zarzuty dotyczące oceny przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny oparł się jedynie na własnych rachubach i przypuszczeniach.

Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący w swoim odwołaniu nie udowodnił, że Przystępujący w swojej ofercie nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przedstawił jedynie własne symulacje kalkulacji cenowych oferty konkurenta wynikające z przedłożonego dokumentu prywatnego o nazwie Wykazanie rażąco niskiej oferty WUPRINŻ, które nie są dla Izby przekonujące z tego między innymi powodu, że Zamawiający w SIWZ nie przewidział szacowania kosztów robocizny w oparciu o KNR.

Nadto, w pkt 1 tego dokumentu Odwołujący nie wziął pod uwagę, że długość magistrali – 7100m wykonania należało pomniejszyć o jej długość, która będzie wykonywana w oparciu o technologię przewiertu sterowanego (bezwykopową) - długość zadeklarowana przez Przystępującego 1645 mb.

Izba również uznała, że wywody kalkulacyjne Odwołującego w pkt 2 omawianego dokumentu nie są trafne z tego względu, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ wykonania wodociągu w rurze osłonowej, a zabezpieczenie takie wchodziło w rachubę jedynie pod trasami, węzłami komunikacyjnymi, ulicami (vide: pkt 7.1 Wytycznych do opracowywania dokumentacji technicznych oraz budowy przewodów i przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych oraz przepompowni kanalizacyjnych).

Odwołujący nie wykazał jaka jest długość takich odcinków pod trasami, węzłami komunikacyjnymi, ulicami, lecz wskazał jedynie długość wykonania odcinków metodą przewiertu sterowanego.

Poza tym - według zapatrywania Izby - zezwolenie Zarządu Dróg Miejskich z dnia 22 lipca 2015r. w pkt 4 nie ustalało kwestii zastosowania rur osłonowych przy metodzie przewiertu sterowanego, lecz przewidywało wykonanie robót w pasie drogowym bez naruszenia konstrukcji jezdni oraz zjazdów metodą przewiertu sterowanego.

Z tego też powodu – w ocenie Izby – nie potwierdził się również zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Przystępujący oświadczył, że w ramach wykonania przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu powyższej metody nie będzie naruszał konstrukcji jezdni i zjazdów oraz zgodnie z pkt 6 decyzji Zarządu Dróg Miejskich nie zakładał odtworzenia pobocza, lecz jedynie przywrócenie go do stanu uprzedniego.

Odwołujący nie udowodnił również, że założona w pkt 3 powołanego dokumentu wartość dotycząca kosztów odtworzenia pobocza przy ul. Czecha jest wiarygodna i pewna.

Rozpoznając zarzut rażąco niskiej ceny Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego wynikającej z treści odwołania.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a.W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej

arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Rozpatrując problem rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego należy przede wszystkim wskazać, że cena jego oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia, która, co należy podkreślić była oszacowana przez Zamawiającego w sposób istotnie odbiegający o wartości wszystkich złożonych w przetargu ofert i cena jego oferty jest niższa o ponad 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wobec powyższego stanu rzeczy Zamawiający mógł skorzystać z cyt. wyżej przepisu prawa.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Według Izby Przystępujący wykonał należycie powyższy obowiązek przedstawiając szczegółowe kalkulacje – załącznik nr 1 wraz ofertami materiałowymi – załącznik nr 2, gdzie wyliczył poszczególne koszty podając ich źródła.

W szczególności w załącznikach przedstawił on koszty robocizny (poz.2 kalkulacji), koszty pośrednie (poz.6 kalkulacji) obejmujące koszty amortyzacji, samochodów (transportu), koszty delegacji i noclegów, utrzymania zaplecza, koszty finansowe spółki (wadium, gwarancja należytego wykonania umowy)

Jeżeli chodzi o wykazanie istnienia wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy dotyczących doświadczenia, organizacji i logistyki przedsięwzięcia należy przyznać rację Odwołującemu, że informacje te mają charakter nazbyt ogólny, aby mogły wpływać na obniżenie ceny oferty.

Powyższe kalkulacje przedstawione przez Przystępującego są jednak – zdaniem Izby – dostosowane do zakresu wymagań Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Nadto należy wskazać, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych innych wykonawców, niegwarantująca wykonania przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby z porównania złożonych ofert nie można również wnioskować o istnieniu takiej ceny, bowiem występujące różnice cenowe oferty Przystępującego i innych wykonawców, w tym z wykonawcą z najniższą ceną nie są drastyczne.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że zaoferowana przez Przystępującego cena nie stanowiła rażąco niskiej ceny, a zatem brak było przesłanek do odrzucenia oferty na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Powyższego zapatrywania Izby nie zmieniły powyższe przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci analiz niektórych kosztów ceny oferty Przystępującego, które mogą, co najwyżej potwierdzać kalkulacje Odwołującego, natomiast nie mają one związku z kalkulacjami i danymi przedstawionymi przez Przystępującego. Innymi słowy propozycje ofertowe wyliczone przez Odwołującego nie przesądzają o możliwościach ofertowych Przystępującego.

Nadto Izba uznała, że dowody(oferty z rynku) złożone przez Odwołującego mogą, co najwyżej ilustrować część rynku tego rodzaju zamówień, które nie mają jednak charakteru zamkniętego.

Ostatecznie Izba dostrzegła, że pomiędzy stronami nie było sporu w zakresie zapewnienia przez Przystępującego zatrudnionym pracownikom przy realizacji kontraktu wynagrodzenia za pracę w wysokości nie mniejszej od jego minimalnej wartości.

Z powyższych względów nie potwierdził się również zarzut złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, skoro zaoferowana cena nie była poniżej kosztów realizacji zadania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego dotyczącego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 8 września 2016r., z dnia 18 października 2016r., z dnia 20 stycznia 2017r., odpowiedzi Odwołującego na powyższe wezwania wraz załącznikami z dnia 13 września 2016r., z dnia 31 października 2016r., z dnia 25 stycznia 2017r. wraz z załączonymi dokumentami, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 20 lutego 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba określiła granice rozpoznania przedmiotowego odwołania, uznając, że są one ograniczone zgłoszonymi zarzutami odwołania, a także zaskarżoną czynnością Zamawiającego.

Zgodnie z art.192 ust.7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W sprawie tej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa w ramach wskazanej przez niego podstawy faktycznej zaskarżonej czynności odrzucenia oferty.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego przetargu z powodu rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w przedmiotowym przetargu złożono 14 ofert, z najniższą ceną ryczałtową w wysokości 8 605 370 zł brutto (oferta Odwołującego), z najwyższą ceną ryczałtową w wysokości 19 985 642 zł brutto (wykonawca wykluczony), przy czym wartości szacunkową przedmiotu zamówienia ustalona przez Zamawiającego została na kwotę 29 741 400 zł.

Powyższe ustalenia doprowadziły Izbę do jednoznacznego wniosku, że Zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia w sposób odbiegający od warunków rynkowych.

Dodatkowo na rozprawie Zamawiający oświadczył, iż dokumentu potwierdzającego dokonanie szacunku nie posiada, co utwierdza Izbę w przekonaniu o braku jakichkolwiek rzetelnych założeń do przyjęcia powyższej kwoty wartości zamówienia.

Z powyższych względów okoliczność złożenia oferty z około trzykrotnie niższą w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia nie może przesądzać o istnieniu rażąco niskiej ceny.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba stanęła na stanowisku, że wyjaśnienia Odwołującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny nie dawały Zamawiającemu podstawy do odrzucenia jego oferty z tej przyczyny.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Odwołującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec powyższego stanu rzeczy Zamawiający mógł skorzystać z cyt. wyżej przepisu prawa.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi przez Odwołującego dowodami nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według zapatrywania Izby Zamawiający taką ocenę dokonał, jednak nie w sposób wszechstronny, bez należytej staranności, co skutkuje brakiem możliwości przyjęcia, że taka ocena została dokonana w rozumieniu art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Przede wszystkim należy wskazać, że Zamawiający wyjaśnił większość kwestii związanych z badanymi kosztami zawartymi w cenie oferty Odwołującego, jednakże dokonał on wadliwego założenia, że przyjęta w załączonej kalkulacji Odwołującego wartość materiałów w części dotyczącej robót montażowych(l.p. 2 zakresu robót) w wysokości 2 430 000 zł została zadeklarowana w sposób nieprzewidujący wartości materiałów dodatkowych poprzez uznanie, że w powyższej wartości nie może zmieścić się wartość kwoty 1 388 271, 20 zł wynikająca z oferty firmy AVK Armadan sp. z o.o., skoro wartość 7100 mb rury żeliwnej kielichowej DN400 wynikająca z oferty firmy HTI sp. z o.o. s.k. wyniosła 2 278 492, 24 zł.

W badanym zakresie Zamawiający nie dostrzegł okoliczności zaoferowania Odwołującemu przez AVK Armadan sp. z o.o. znacznie szerszego asortymentu niż ten dedykowany do przedmiotowego zamówienia.

Z wyjaśnień Odwołującego wynika, że jedynie pozycje 2, 4, 7 i 9 dotyczyły przedmiotu zamówienia, zaś pozostałe dwadzieścia pozycji odnosiło się do innych realizowanych przez Odwołującego zamówień nie związanych z przedmiotem zamówienia.

Według zapatrywania Izby Zamawiający analizując szczegółowo przedstawione przez Odwołującego dokumenty źródłowe powinien on tą okoliczność wziąć pod uwagę i zażądać wyjaśnienia tej kwestii ze stosownym wyliczeniem wartości wszystkich materiałów, zarówno tych głównych, jak i akcesoryjnych.

Jeżeli chodzi o koszty dotyczące materiałów niezbędnych do przebudowy sieci gazowej i elektroenergetycznej Izba przyjęła oświadczenie Odwołującego, że złożył on takie wyliczenie i mieści się ono w kalkulacji załączonej do wyjaśnień z dnia 13 września 2016r. pod liczbą porządkową 2 roboty montażowe – inne i mieści się w tej wartości - 93 291,93 zł netto.

Zdaniem Izby Zamawiający weryfikując ten element kosztowy powinien zwrócić się do Odwołującego o jego wyjaśnienie wskazując jego zakres przedmiotowy.

Jeżeli chodzi o koszty odnoszące się do organizacji ruchu oraz zajęcia pasa drogowego Izba oparła się o wyjaśnienia Odwołującego zawarte w kalkulacji z dnia 13 września 2016r. pod liczbą porządkową 4 - organizacja ruchu oraz zajęcie pasa drogowego o wartości około 125 782,93 zł oraz o harmonogram realizacji zadania, który uwzględnia również czas zajętości i dołączoną uchwałę Rady m.st. Warszawy z cenami jednostkowymi za zajęcie pasa drogowego przedłożonymi w kolejnych wyjaśnieniach.

Poza tym Izba w powyższym zakresie nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że wykonawcy mają obowiązek kalkulowania wszystkich czynności wynikających z załącznika nr 2 wytycznych do opracowania dokumentacji technicznych oraz budowy przewodów i przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych oraz przepompowni kanalizacyjnych.

Według zapatrywania Izby celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów.

Jedynie przedłożenie przez wykonawcę ogólnych, lakonicznych wyjaśnień i niewiarygodnych dowodów może prowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego, bez prowadzenia dodatkowych wyjaśnień.

Poza tym wymaga zauważenia, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający przy swojej czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie podjął się nawet próby przeciwdowodu dla wykazania rażącego zaniżenia poszczególnych kosztów, a w konsekwencji podania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny.

Wprawdzie zgodnie z art.190 ust. 1a pkt. 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Jednak złożone w postępowaniu odwoławczym wyjaśnienia i dowody wymagają przeprowadzenia przeciwdowodu, jeżeli Zamawiający ma wiedzę, że podana przez Odwołującego cena jest rażąco niska i zawiera rażąco niskie koszty, które nie zapewniają należytego wykonania zadania.

W przeciwnym razie należałoby przyjąć, że rozstrzygnięcie postępowania przetargowego o odrzuceniu oferty wykonawcy z powodu istnienia rażąco niskiej ceny jest aktem jednostronnym zbliżonym do uznaniowej decyzji administracyjnej, a nie aktem konsensualnym równorzędnych podmiotów obrotu zamówień publicznych.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, a jej uruchomienie mogłoby nastąpić jedynie, gdyby dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzała, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę nie zostało przeprowadzone przez niego w sposób wszechstronny i wyczerpujący, w tym także w zakresie precyzji zgłaszanych wobec Odwołującego wątpliwości do poszczególnych elementów kosztowych.

Izba zatem nie mogła uznać takiego działania za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ust.3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....