

Sygn. akt KIO/UZP 1138/09

WYROK
z dnia 17 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Urząd Morski w Szczecinie, 70-207 Szczecin, Pl. Batorego 4, protestu z dnia 16 lipca 2009 r.,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” S.A., 71-281 Szczecin, ul. Lucjana Szenwalda 20 (lider konsorcjum) i COWI POLSKA Sp. z o.o., 54-204 Wrocław, ul. Legnicka 56

- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz ECM GROUP POLSKA Sp. z o.o., 00-024 Warszawa, Al. Jerozolimskie 44.

Uzasadnienie

Zamawiający - Urząd Morski w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi - pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu wraz z pełnieniem nadzoru inwestorskiego na zadaniu „Przebudowa falochronu wschodniego w Świnoujściu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dz. Urz. U.E. w dniu 2.05.2009 r. nr 2009 / S 84-121193.

W postępowaniu pięciu wykonawców złożyło oferty. Trzech wykonawców zamawiający wykluczył, cztery oferty odrzucił i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę nr 3 złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” S.A. z siedzibą w Szczecinie (lider konsorcjum) i COWI POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Zamawiający wykluczył z postępowania odwołującego – ECM GOUPL POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp i uznał ofertę tego wykonawcy oznaczoną nr 1 za odrzuconą (pismo z dnia 9 lipca 2009 r. znak: PO-II-370/ZZP-3/ZIU-I/02/09, doręczone odwołującemu w dniu 10 lipca 2009 r.). W uzasadnieniu zawiadomienia podał, że wystąpił do wykonawcy o uzupełnienie oferty, zgodnie z wymogiem siwz, część I pkt 8.2.1a), o co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją budowy, remontu lub przebudowy budowli

hydrotechnicznej, o wartości robót budowlanych brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł. Wykonawca w złożonym wyjaśnieniu wskazał te same usługi, które podał w ofercie, tj.:

- „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej – gospodarka osadami”,
- „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej – technologia uzdatniania wody”,
- „Modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek”,
- „Rozbudowa oczyszczalni ścieków wraz z budową sieci kanalizacyjnej w gminie Stare Babice”

oraz wyjaśnił, że na podstawie definicji budowli hydrotechnicznej, zawartej w wersji internetowej Encyklopedii PWN, stacje uzdatniania wody i oczyszczalnie ścieków są budowlami hydrotechnicznymi. Zamawiający podał, że w pkt 8.2.1 IDW podał definicję budowli hydrotechnicznej przywołując art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, który stanowi jednoznaczną prawną wykładnię tej definicji. W załączniku do ustawy podane są kategorie obiektów budowlanych, tj. kategoria XXVII – budowle hydrotechniczne piętrzące, upustowe i regulacyjne oraz kategoria XXX – obiekty służące do korzystania z zasobów wodnych, w której wymienione są oczyszczalnie ścieków i stacje uzdatniania wody. Zamawiający powołał się również na przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 86, poz. 579), które stanowi akt wykonawczy wydany na podstawie ustawy Prawo budowlane.

We wskazanym piśmie zamawiający również podał, że występuje przesłanka do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp, gdyż w złożonych wyjaśnieniach wykonawca nie wykazał w sposób dostateczny, że cena prac nurkowych, a w konsekwencji cena oferty, jest skalkulowana na podstawie rzeczywistych kosztów i że nie jest to cena rażąco niska. Wykonawca podał w wyjaśnieniu, że „ ... Kwota wskazana w formularzu cenowym dotycząca prac nurkowych ... wynika z rozmów prowadzonych z przyszłymi wykonawcami usługi”.

Zamawiający stwierdził, że koszt pracy ekipy nurkowej, zgodnej z pkt 22.1 IDW, jest znacznie wyższy, potwierdza to udokumentowane rozeznanie zamawiającego oraz stawki za prace wykazane w kosztorysach ofertowych wykonawców, którzy ubiegają się o wykonanie robót budowlanych tego zadania. Wskazał także, że nie określił w siwz wynagrodzenia wykonawcy, jako wynagrodzenia ryczałtowego.

Na czynności zamawiającego odwołujący wniósł pismem z dnia 16 lipca 2009 r. protest i wobec jego oddalenia pismem z dnia 29 lipca 2009 r., wniósł w dniu 6 sierpnia 2009 r. odwołanie, składając pismo w placówce pocztowej operatora publicznego – Warszawa 8. W proteście i odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu: nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej, niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania i niezasadne odrzucenie jego oferty. Podał, że w ofercie wykazał doświadczenie żądane w siwz,

a ponadto na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 26 czerwca 2009 r. do uzupełnienia wykazu wykonanych usług, złożył uzupełnienie wykazu i wyjaśnienia. Podał, że zamawiający nie sprecyzował w ogłoszeniu definicji budowli hydrotechnicznej, w szczególności nie zastrzegł, że nie może to być budowla hydrotechniczna stosowana w inżynierii sanitarnej.

Stwierdził, że zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty, dokonał bezprawnej modyfikacji warunku opisanego w zakresie doświadczenia, gdyż w siwz nie sprecyzował pojęcia budowli hydrotechnicznej, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów określił, że chodzi o budowlę hydrotechniczną według klasyfikacji wynikającej z wyżej powołanego rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. Odwołujący powołał się na klasyfikację zawartą w załączniku nr 2 do rozporządzenia podając, że w wykazie nie mieści się falochron, będący przedmiotem zamówienia, a mieści się stacja uzdatniania wody.

Wskazał, że jedyna ustawowa definicja budowli hydrotechnicznej zamieszczona jest w § 3 pkt 1 rozporządzenia, gdzie podano m.in. wyloty ścieków, pompownie, rurociągi hydrotechniczne, zbiorniki gromadzące substancje płynne i półpłynne. Odwołujący powołał się na art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (Dz. U. z 2005 r. Nr 239, poz. 2019) wywodząc, że z treści przepisów ustawy i rozporządzenia MŚ wynika, że do budowli hydrotechnicznych zalicza się również oczyszczalnie ścieków i stacje uzdatniania wody.

W zakresie rażąco niskiej ceny odwołujący podał, że nie można uznać ceny oferty za rażąco niską na podstawie jednego składnika cenowego.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący zacytował liczne orzecznictwo KIO i sądowe, w tym Sądu Okręgowego w Poznaniu i Sądu Najwyższego.

Wskazując w odwołaniu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 91 ust.1 Pzp, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego,
- 3) dokonania powtórnej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający oddalił protest w całości jako niezasadny.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podał, że odwołujący wniósł protest, w którym zarzucił zamawiającemu:

- 1) wybór oferty, jako najkorzystniejszej złożonej przez: Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin, z naruszeniem art. 7 Pzp,

- 2) niezasadne wykluczenie protestującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp,
- 3) niezasadne odrzucenie oferty protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp,
- 4) zaniechanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez protestującego, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Zamawiający stwierdził:

Ad. 1. Protestujący wniósł protest na wybór oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Energopol-Szczecin S.A., w sytuacji, gdy oferta takiego podmiotu nie została złożona w prowadzonym postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał jako najkorzystniejszą ofertę jeszcze innego podmiotu, a mianowicie Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.

Zamawiający uznał więc, że jego czynność dokonania wyboru oferty konsorcjum firm - Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO-INWEST” S.A. i COWI POLSKA Spółka z o.o. nie została oprotestowana, stąd zarzut podany w pkt 1 uznał za bezpodstawny, gdyż dotyczy oferty, która w rzeczywistości nie została wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu. W związku z powyższym niezasadne jest również żądanie dokonania wyboru oferty protestującego, jako najkorzystniejszej.

Ad. 2. Zamawiający podtrzymał czynność wykluczenia protestującego z postępowania i w całości argumentację zawartą w zawiadomieniu o wynikach postępowania (pismo znak PO-II-370/ZZP-3/ZIU-1/02/09 doręczone w dniu 10 lipca 2009 r.), uzasadniającą twierdzenie, iż protestujący nie wykazał wymaganego doświadczenia tj. wykonania co najmniej jednej usługi, której przedmiotem było pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją remontu, budowy lub przebudowy budowli hydrotechnicznej o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 10 000 000 zł.

Uznał twierdzenie protestującego o treści, iż zamawiający „nie doprecyzował definicji obiektu hydrotechnicznego, pozostawił możliwość dowolnej interpretacji tego zagadnienia” za nieuzasadnione. Podał, że zarzut protestującego w tym zakresie został oparty „na bazie pojęcia obiektu hydrotechnicznego, które nie występuje w treści siwz”. Wskazał, że formułując warunki udziału w postępowaniu w zakresie pkt 8.2.1a) siwz, odwołał się do „zdefiniowanego przepisami prawa pojęcia budowli hydrotechnicznej”.

Podał, że pojęcie budowli hydrotechnicznej jest pojęciem ściśle zdefiniowanym w § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. z dnia 16 maja 2007 r.), wydanego na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, w której ponadto ustawodawca w sposób nie budzący wątpliwości odróżnia pojęcie „budowli hydrotechnicznej” od pojęcia „oczyszczalni ścieków” - vide

art. 3 pkt 3 ustawy Prawo budowlane oraz XXVII i XXX kategorii obiektów budowlanych, określone w załączniku do ustawy Prawo budowlane.

Ad. 3. Uznał, że stwierdzenie zawarte w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu przetargu, a dotyczące dodatkowej przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, było jedynie dodatkowym rozstrzygnięciem. Wcześniej bowiem nastąpiło wykluczenie wykonawcy z postępowania, a jego ofertę zamawiający uznał za odrzuconą.

Niezależnie od powyższego, zamawiający stwierdził, iż protestujący nie zawarł w proteście żadnych argumentów wskazujących na nieprawidłowość stanowiska zamawiającego w tej kwestii. Podał, że bazowanie na pojęciu „ceny ryczałtowej” jest nieuprawnione, gdyż w siwz nie przewidziano takiej formy wynagrodzenia i stąd zamawiający zażądał od wykonawców określenia cen jednostkowych brutto przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej.

Tak więc zarzut sformułowany w pkt 3 jest bezzasadny.

Ad. 4. Zarzut o zaniechaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający uznał również za bezzasadny.

Uwzględniając powyższe uzasadnienie, zamawiający stwierdził, że nie zachodzą przesłanki zweryfikowania rozstrzygnięcia prowadzonego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, oryginalną dokumentację postępowania dostarczoną przez zamawiającego wraz ze złożonymi ofertami oraz wyjaśnienia stron i przystępującego do postępowania odwoławczego, złożone na rozprawie, zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, wnosząc protest i odwołanie. Interes prawny wynikający ze wskazanego przepisu sprowadza się do doznania uszczerbku w uzyskaniu zamówienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku wykazania przez odwołującego naruszenia przez zamawiającego podanych w odwołaniu przepisów, naruszenie to jako mające wpływ na wynik postępowania, ewentualnie stworzyłoby możliwość odwołującemu uzyskania zamówienia.

W ocenie KIO, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W siwz w części I w pkt 3 w opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający podając, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na wykonaniu całości czynności przypisanych Inżynierowi, zgodnie z Warunkami Kontraktowymi FIDIC dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez zamawiającego (...) oraz czynności określonych w siwz, wskazał, że również wynikających z aktualnych przepisów ustawy

Prawo budowlane. W pkt 8.1.1 siwz zamawiający opisał, że warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie przez wykonawców niezbędnego doświadczenia. W celu potwierdzenia tegoż warunku polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi, której przedmiotem było pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Projektu w ramach kontraktu związanego z realizacją inwestycji w zakresie budowy lub przebudowy budowli lub obiektu budowlanego, zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, o wartości robót budowlanych brutto minimum 15 000 000 zł, nad którymi był pełniony nadzór oraz co najmniej jednej usługi, której przedmiotem było pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją remontu, budowy lub przebudowy budowli hydrotechnicznej, o wartości robót budowlanych brutto nie mniejszej niż 10 000 000 zł., wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wykazu wykonanych usług, zawierającego informacje określone w siwz, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do IDW (siwz – pkt 8.2.1 lit. a).

Nie ulega wątpliwości, że z przedstawionego opisu warunku udziału w postępowaniu i opisu dokumentów, jakie miały być składane na potwierdzenie spełniania warunku wynika, że obowiązkiem wykonawców było wykazanie doświadczenia (druga część warunku sporna pomiędzy stronami), nabytego w wyniku pełnienia nadzoru inwestorskiego nad wykonywaniem robót budowlanych (remont, budowa lub przebudowa budowli hydrotechnicznej). Definicje remontu, budowy, przebudowy, obiektu budowlanego, budowli, itd. służące celom inwestycyjnym, zawarte są w ustawie szczególnej z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz.1118, z późn. zm.) i stosowane są w procesie inwestycyjnym niezależnie, czy inwestor wskaże je w swoich opracowaniach, czy też nie.

Przepis art. 3 pkt 3 ustawy Prawo budowlane jednoznacznie określa, że przez budowlę - należy rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: (...) budowle hydrotechniczne, (...) oczyszczalnie ścieków, (...) stacje uzdatniania wody (...). Wyraźne rozróżnienie i oddzielenie wskazanych pojęć: budowle hydrotechniczne, oczyszczalnie ścieków i stacje uzdatniania wody oznacza, w ocenie KIO, że budowle hydrotechniczne są to inne budowle niż oczyszczalnie ścieków i stacje uzdatniania wody, chociaż te ostatnie też są budowlami w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Dalsze regulacje przywoływane przez strony i uczestnika postępowania, tj. kategorie obiektów budowlanych wykazane w załączniku do ustawy Prawo budowlane - XXVII i XXX, nie zmieniają przedstawionego wyводу, bowiem przedmiotem załącznika jest regulacja w zakresie zaliczenia obiektów budowlanych do konkretnych kategorii w celu przypisania im współczynników: kategorii obiektu (k) i wielkości obiektu (w).

Również określenie, co rozumie się przez budowle hydrotechniczne, tj. budowle wraz z urządzeniami i instalacjami technicznymi z nimi związanymi, służącymi gospodarce wodnej oraz kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich, w tym m.in. wyloty ścieków, pompownie, zawarte w § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowania (Dz. U. Nr 86, poz.579), wydanego na podstawie ustawy Prawo budowlane, z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (Dz. U. z 2005 r. Nr 239, poz.2019, z późn. zm.), nie zmienia faktu, że doświadczenie nabyte przez odwołującego przy nadzorze w czasie wykonywania robót budowlanych polegających na: Modernizacji Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej – gospodarka osadami (MPWiK Rzeszów Sp. z o.o.), Modernizacji Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej – Technologia Uzdatniania Wody, Modernizacji oczyszczalni ścieków Radocha II i budowy kolektora Bobrek (Miasto Sosnowiec), Rozbudowie oczyszczalni ścieków wraz z budową sieci kanalizacyjnej w Gminie Stare Babice, w świetle przepisu art. 3 pkt 3 ustawy Prawo budowlane, także w kontekście złożonych przez zamawiającego i przystępującego wyjaśnień, nie stanowi podstawy do uznania, że doświadczenie przy wskazanych usługach jest równoznaczne z doświadczeniem nabytym przy usługach, których przedmiot zamówienia stanowiły roboty budowlane dotyczące budowli hydrotechnicznych, adekwatne dla wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia – Inżynier Kontraktu wraz z nadzorem inwestorskim przy przebudowie falochronu wschodniego w Świnoujściu. Nawet jeśli zamawiający nie określił w siwz, czy innych dokumentach, że nabyte doświadczenie ma odnosić się do przedmiotu zamówienia, nie jest uprawnione, zdaniem KIO, wywodzenie z tego faktu, że potwierdzeniem doświadczenia może być doświadczenie nabyte w innym obszarze działalności, zwłaszcza wobec takiej różnicy w przedmiocie robót budowlanych, jak morska budowla hydrotechniczna i stacje uzdatniania wody, czy oczyszczalnie ścieków.

Z przekonujących wyjaśnień przystępującego wynika również, że z zakresu inżynierii sanitarnej, urządzenia dotyczące uzdatniania wody i oczyszczalnie ścieków, mogą stanowić budowle hydrotechniczne, ale w zakresie tylko części podwodnej ujęcia wody odprowadzającego ścieki, bądź pobierającego wodę, do linii brzegowej. Natomiast stacje uzdatniania wody innego rodzaju są to zwykle budowle inżynierii sanitarnej. W okazanej przez przystępującego na rozprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w poz. 2.21.2151 określono budowle portowe, w tym falochrony, natomiast rurociągi przesyłowe, stacje uzdatniania wody, oczyszczalnie ścieków wykazano w innej pozycji – 2.22.2212 – stacje pomp, filtrów lub ujęć wody, natomiast w poz. 2.22.2223 podano oczyszczalnie wód i ścieków, co potwierdza dowodzone w sporze różnice w budowlach hydrotechnicznych i budowlach - oczyszczalnie ścieków oraz uzdatniania wody.

Odwołujący oświadczył, że posiada doświadczenie w zakresie remontu stacji uzdatniania wody, usługa ta została podana w wykazie usług załączonym do oferty w poz. 3 i 7 (po uzupełnieniu). Powołał się na art. 2 pkt 21 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, twierdząc, że w tym przepisie zawarta jest definicja zbiorowego zaopatrzenia w wodę. Uznał, że skoro pojęcie uzdatniania wody mieści się w pojęciu zbiorowego zaopatrzenia w wodę, to stacja uzdatniania wody jest budowlą hydrotechniczną. Wywód ten, w ocenie KIO, z uwagi na omówione wyżej regulacje prawne, nie jest uzasadniony dla uznania doświadczenia odwołującego za porównywalne.

Odwołujący wyjaśnił również, że w proteście pomyłkowo wskazał firmę Energopol-Szczecin S.A. (lidera konsorcjum), jako wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a więc wykonawcę, który, w istocie, nie bierze udziału w tym postępowaniu, z uwagi na fakt, że zamawiający, pismem z dnia 9 lipca 2009 r., przesłanym faksem w dniu 10 lipca 2009 r. podał, że oferta wykonawcy, którego reprezentuje Energopol-Szczecin została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca ten uczestniczy w równoległe prowadzonym postępowaniu na wykonanie robót budowlanych, dotyczących przebudowy falochronu wschodniego w Świnoujściu. W ocenie KIO, fakt ten nie ma znaczenia dla skuteczności wniesienia odwołania i nie stanowi podstawy jego oddalenia, jak wnosił zamawiający, gdyż odwołujący poza zarzutem niewłaściwego wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy jego oferta jest najtańsza, przy jedynym kryterium oceny ofert – cena o znaczeniu 100 %, nie podnosił zarzutów merytorycznych zarówno wobec oferty, istotnie wybranej w tym postępowaniu, jako najkorzystniejszej, jak i wobec oferty błędnie wskazanej.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, odwołujący odniósł się z ostrożności do tego problemu. Podważył wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie, twierdząc, że wyjaśnienia powinny dotyczyć ceny oferty, jako końcowej kwoty wskazanej w formularzu ofertowym, a nie tylko w zakresie kosztu prac nurkowych, co nie ma znaczenia przy ryczałtowej cenie oferty. Podał, że cena prac nurkowych w jego ofercie wynosi 150 000 zł, zaś wartość netto całej usługi stanowi kwotę 1 089 400 zł. Przedstawił deklarację, określoną jako ofertę wystawioną przez firmę „PROAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w której prezes zarządu tej spółki podał, iż szacuje wykonanie wskazanego zakresu prac nurkowych dla zadania będącego przedmiotem zamówienia, na kwotę 148 000 bez podatku VAT. Odwołujący wyjaśnił, że wskazana spółka nie jest podwykonawcą w złożonej przez niego ofercie.

Podał, że cena jego oferty jest niższa zaledwie o 18% od ceny oferty wykonawcy, który uzyskał drugą w kolejności lokatę pod względem ceny.

KIO uznała wezwanie zamawiającego, w związku z wątpliwościami odnośnie wyceny pracy nurków za zasadne, w kontekście opisanego przez zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty, gdzie w pkt 22.1 siwz zamawiający podał, że prace nurkowe wymagać będą 356 dniówek, co odpowiada ok. 2850 m-g (maszynogodzin), aczkolwiek odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp, uprzednio wykluczonego z postępowania ze skutkiem odrzucenia jego oferty na podstawie innej przesłanki (art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp), nie ma znaczenia dla pozycji odwołującego w postępowaniu. KIO uznała również za uzasadnione stanowisko wynikające z wyjaśnień zamawiającego złożonych na rozprawie, że należy przyjąć, że koszt pracy nurków wyniesie od 280 000 zł do 300 000 zł za pracę liczoną w maszynogodzinach, przy czym kwotę tę należy zwiększyć o około 60-80% kosztów ogólnych oraz podatek VAT. Z powyższego wynika zatem, iż koszt pracy nurków to kwota ponad 1 mln zł, bez uwzględnienia wynagrodzenia inżyniera kontraktu (inspektora nadzoru), co wynika również z porównania ceny pracy nurków podanej w innych ofertach, okazanych przez zamawiającego (od 313,60 zł - 845,14 zł). Koszt taki to kwoty ok. 600 000 zł i 700 000 zł, przy kwocie odwołującego 150 000 zł. W ocenie zamawiającego, cena podana przez odwołującego wynika z nieznamomości tematu i w zasadzie błędnej informacji spółki, która podała, że wykona prace nurków za kwotę 140 000 zł.

Zamawiający potwierdził, że w pierwszej kolejności wykluczył odwołującego z postępowania ze skutkiem, z mocy prawa, odrzucenia oferty tego wykonawcy, a następnie również odrzucił tę ofertę z powodu rażąco niskiej ceny.

Oceniając zebrany materiał dowodowy, KIO uznała, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów prawnych - art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 91 ust.1 Pzp, dokonując podważanych przez odwołującego czynności. Z tych względów oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego KIO orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do wyniku sprawy.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....