

WYROK

z dnia 5 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

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

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 września 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 sierpnia 2016 r.** przez wykonawcę: **POLAQUA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **I. Łódzką Spółkę Infrastrukturalną Sp. z o.o. - upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia prowadzonego i udzielanego wspólnie wraz z zamawiającym II - Miasto Łódź-Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 190, 90-368-Łódź,** przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o., ul. Komuny Paryskiej 5, 30-389 Kraków,

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: POLAQUA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **POLAQUA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa kolektora sanitarnego VA i wodociągu w ul. Gimnastycznej oraz przebudowa/rozbudowa skrzyżowania ulic Konstantynowska/Juszczakiewicza wraz z budową chodnika wzdłuż ul. Juszczakiewicza w Łodzi” (Dz. Urz. UE 2016/S 077-135662 z 20.04. 2016 r. ze zm.), w dniu 26 sierpnia 2016 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: POLAQUA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, (dalej także „POLAQUA”) w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec powiadomienia wykonawców drogą elektroniczną w dniu 17 sierpnia 2016 r. o wyniku przetargu, w tym o wyborze oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, (dalej także „INKOP”).

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego przesłane drogą elektroniczną z dnia 26 sierpnia 2016r. pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, złożył w dniu 29 sierpnia 2016 r. wykonawca wybrany: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Izba postanowiła dopuścić ww. wykonawcę do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, gdyż przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane. Oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. została wybrana do realizacji zamówienia, zatem interes przystępującego na rzecz utrzymania w mocy tej czynności zamawiającego - jest niewątpliwy.

Odwołanie wniesiono wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na:

- a) dokonaniu błędnego badania i oceny ofert w postępowaniu;
- b) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o., albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”),
- c) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy INKOP, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- d) wyboru oferty wykonawcy INKOP jako najkorzystniejszej;

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) dalej zwaną „ustawą Pzp”, tj:

- a) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z pkt. 1 i 3 Rozdziału 8 SIWZ, poprzez brak prawidłowej oceny oferty wykonawcy INKOP i zaniechanie jej odrzucenia ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

- b) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez brak prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty wykonawcy INKOP oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INKOP zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- a) unieważnienia decyzji zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2016 roku o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę INKOP;

- b) dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w rezultacie odrzucenia oferty wykonawcy INKOP, jako nie odpowiadającej treścią SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę;

- c) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego;

- d) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że złożył ofertę na wykonanie prac będących przedmiotem zamówienia - z czego wywodził swój interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że gdyby zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie to odrzuciłby ofertę wykonawcy INKOP, jako nie odpowiadającą treścią SIWZ oraz zawierającą rażąco niską cenę i wybrałby jako najkorzystniejszą ofertę odwołującego. Odwołujący wyjaśniał, że jego oferta zajęła trzecie miejsce w rankingu oceny ofert sporządzonym przez zamawiającego, przy czym sklasyfikowana na drugiej pozycji oferta SKANSKA S.A. została odrzucona. Ponadto, wskazywał na przesłankę możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Postulował o uwzględnienie odwołania - co doprowadzi do usunięcia stanu niezgodnego z prawem, tj. do wyboru oferty odwołującego i uzyskania przez niego zamówienia.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt 9.2 SIWZ), kryteriami oceny ofert w postępowaniu były: cena (80 %), termin obowiązywania udzielonej przez wykonawcę gwarancji jakości dla Zadań 1 i 2 (10 %), oraz termin obowiązywania udzielonej przez wykonawcę gwarancji jakości dla Zadania 3 (10 %).

Zgodnie z pkt 14.1 SIWZ dla dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający przewidział zastosowanie aukcji elektronicznej zgodnie z regulacją art. 91a-91c ustawy Pzp.

Aukcje elektroniczną przeprowadzono w dniu 3 sierpnia 2016 roku, a jej wyniki przedstawiały się następująco:

INKOP - cena oferty brutto (PLN) - 15 450 200,00

SKANSKA - cena oferty brutto (PLN) - 15 499 000,00

POLAQUA - cena oferty brutto (PLN) - 16 830 000,00

M. - cena oferty brutto (PLN) - 17 490 900,00

STRABAG - cena oferty brutto (PLN) - 21 954 849,85

MOSTY ŁÓDŹ - cena oferty brutto (PLN) - 27 525 450,79

W toku postępowania, dnia 4 sierpnia 2016 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy INKOP z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia czy oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

Dowód: pismo zamawiającego z 4 sierpnia 2016 r., znak BZU.AW.2291-18-26/16 - w aktach postępowania przetargowego.

Na pismo zamawiającego z 4 sierpnia 2016 roku, znak BZU.AW.2291-18-26/16 INKOP udzielił odpowiedzi dnia 8 sierpnia 2016 r.

Dowód: pismo wykonawcy INKOP z 8 sierpnia 2016 r.

W udzielonej odpowiedzi INKOP przekazał kosztorys, przygotowany w oparciu o przedmiar robót udostępniony przez zamawiającego, stanowiący Załącznik nr 10 do SIWZ.

Dowód: pismo wykonawcy INKOP z 8 sierpnia 2016 r.

Dowód: SIWZ - przedmiar robót dla zadania 1.

W piśmie z dnia 8 sierpnia 2016 r. INKOP złożył wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, oraz przedłożył kosztorys stanowiący wycenę ceny ofertowej dla Zadania 1. W przekonaniu odwołującego w kosztorysie dla zadania 1 pominięto wycenę robót polegających na stabilizacji podłoża metodą „jet grouting” wymaganych w projekcie budowlano wykonawczym - branża technologia (str. 43) oraz zgodnie z pkt 7 przedmiaru robót, co świadczy to o nieuwzględnieniu w cenie elementu robót wymaganego do wykonania w SIWZ, i co czyni ofertę INKOP niezgodną z SIWZ.

Dowód: pismo wykonawcy INKOP z 8 sierpnia 2016 roku.

Dowód: SIWZ - Załącznik nr 10 - projekt budowlano-wykonawczy

Ponadto odwołujący zarzucał, że jak wynika z kosztorysu firmy INKOP - elementy robót dotyczących wykonania drabin wewnętrznych ze stali kwasoodpornej OH18N9 oraz konstrukcji pomostów ze stali kwasoodpornej OH18N9 zostały wycenione w sposób rażąco niski, przy czym ilości przyjęte dla wyceny pomostów są inne aniżeli określone w projekcie. Stanowi to w przeświadczeniu odwołującego - o złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę jak również świadczy wprost o niezgodności treści oferty z SIWZ, albowiem cena nie uwzględnia ilości materiału określonej w przekazanej przez zamawiającego dokumentacji technicznej.

Dowód: pismo wykonawcy INKOP z 8 sierpnia 2016 roku.

Dowód: SIWZ - Załącznik nr 10 - projekt budowlano-wykonawczy

Zamawiający 17 sierpnia 2016 roku poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 17 sierpnia 2016 roku, znak pisma: BZU.AW.2291-18-33/16).

Zgodnie z przekazaną informacją zwycięską ofertą okazała się oferta wykonawcy INKOP zawierająca cenę 15 450 200,00 zł brutto oraz wskazująca termin gwarancji dla każdego z zadań wynoszący 60 miesięcy. Oferta odwołującego, różniąca się jedynie ceną wynoszącą 16 830 000,00 zł brutto, została sklasyfikowana na miejscu drugim, albowiem oferta złożona przez SKANSKA S.A. została przez zamawiającego odrzucona.

Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 17 sierpnia 2016 roku, znak pisma: BZU.AW.2291-18-33/16).

Zarzut, iż treść oferty INKOP nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący przywołał pkt 8 ust. 1 SIWZ, zgodnie z którym cena podana w ofercie musi uwzględniać wszystkie wymagania określone w SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty określone w pkt 8 ust. 3 SIWZ. Pkt. 8 ust. 3 SIWZ stanowi, że cena oferty dla zadania 1, 2, i 3 musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również koszty wszelkich robót przygotowawczych, odtworzeniowych, porządkowych, zagospodarowania terenu budowy i utrzymania zaplecza budowy, prowadzenia gospodarki odpadami, wysypiska i tymczasowego składowania odpadów, wykonania dokumentacji powykonawczej oraz projektu organizacji ruchu, odwodnienia wykopów, tablicy informacyjnej, wyłączenia i załączenia urządzeń, dozór przez pracowników gestora sieci, a

także zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT.

Jak natomiast wynika z projektu budowlano-wykonawczego - branża technologia (str. 43) oraz zgodnie z pkt 7 przedmiaru robót Specyfikacji Technicznej dołączonej do dokumentacji projektowej stanowiącej Załącznik nr 10 do SIWZ, w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany był uwzględnić koszt stabilizacji podłoża metodą „jet grouting” ze względu na występowanie w obszarze inwestycji gruntów nienośnych oraz tzw. kurzawkowych.

Dowód: SIWZ - Załącznik nr 10 - projekt budowlano-wykonawczy

Analiza kosztorysu przedłożonego przez INKOP wraz z pismem z 8 sierpnia 2016 r. przywołała odwołującego do wniosków, że oferta INKOP nie uwzględnia w cenie ofertowej kosztu stabilizacji podłoża wymaganą przez zamawiającego metodą „jet grouting”, co czyni ją niezgodną z treścią SIWZ. Oferta nie uwzględnia bowiem w swej treści prac stanowiących przedmiot zamówienia, nie zawiera również ceny za wykonanie prac stabilizacji podłoża.

Dowód: pismo wykonawcy INKOP z 8 sierpnia 2016 r.

Ponadto, odwołujący podnosił, że zgodnie z treścią projektu budowlano-wykonawczego - branża technologia (str. 47), w ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany do instalacji 4,913 T pomostów w studzienkach kanalizacyjnych. Tonaż pomostów wynika z wyliczenia ilości pomostów wymaganych do zainstalowania w danym typie studni i rodzaju pomostu. Ażeby więc należycie wykonać przedmiot zamówienia należało uwzględnić w ofercie cenę za określony przez zamawiającego, obliczony zgodnie ze specyfikacją techniczną i projektem, tonaż materiału w postaci pomostów w ilości 4,913 T.

Rodzaj Studni (\emptyset); Ilość sztuk; Waga pomostu; Waga łączna

Studnia 1500;	1;	53 kg;	53 kg
Studnia 2000;	5;	125 kg;	625 kg
Studnia 2500;	12;	165 kg;	1980 kg
Studnia 3200;	11;	205 kg	2255 kg
RAZEM:			4.913 kg

Dowód: SIWZ - Załącznik nr 10 - projekt budowlano-wykonawczy.

Odwołujący zaznaczał, że wszelka modyfikacja tonażu pomostów w stosunku do określonej projektem ilości stanowiłaby konieczność wykonania innego aniżeli określonego w SIWZ elementu, tym samym uwzględniając w ofercie dla pomostów tonaż 3,360 T, a nie jak to było określone w SIWZ 4,913 T, INKOP złożył ofertę niezgodną z SIWZ, albowiem przewidział inny aniżeli określony SIWZ rodzaj elementu.

Zarzut, iż zaoferowana przez INKOP cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwe wykonanie całego zakresu zamówienia.

Wybór oferty wykonawcy PRI INKOP jako najkorzystniejszej, stanowi zdaniem odwołującego, naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący powołał się na utrwalone poglądy doktryny prawa zamówień publicznych oraz orzecznictwa, że rażąco niską cenę stanowi cena znacznie odbiegająca od cen rynkowych, za którą nie jest możliwe prawidłowe zrealizowanie całego zakresu zamówienia. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza („KIO”) w wyroku z dnia 9 stycznia 2012 roku, sygn. KIO 2771/11: *„za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe. Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości.”*

Odwołujący przyznał, że nie istnieją ustalone reguły określające co można uznać za rażąco niską cenę. Ocena czy dana kwota jest zaniżona, musi być przeprowadzona indywidualnie w ramach konkretnego przypadku. Zgodnie z brzmieniem art. 90 ustawy Pzp, obowiązującym do dnia 19 października 2014 roku, w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do zaoferowanej przez danego wykonawcę ceny, wzywa on tego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. Poprzednio przepis ten nie zawierał jednoznacznego wskazania jaka dysproporcja stanowi, że w danym przypadku mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Według odwołującego, ukształtował się wówczas pogląd, że wystarczająca dla przyjęcia rażąco niskiej ceny jest dysproporcja rzędu 10 %.

Odwołujący podnosił, że przedstawione w ofercie wykonawcy INKOP ceny jednostkowe dla drabin i pomostów odbiegają w sposób rażący od cen rynkowych oferowanych przez dostawców.

Proporcje różnic cen ofertowych i rynkowych przedstawił w tabeli na stronie 7 odwołania:

Element, Cena jednostkowa (INKOP),Wartość, Cena jednostkowa (Rynek),Wartość(Rynek)

Drabina wewnętrzna ze stali k.o. OH18N9 1 307,52 zł; 18 775,99 zł; 24 357,00 zł;
350.010,00 zł;

Pomosty ze stali k.o. OH18N9 14 5485,zł; 4 888,30; 28 333,00 zł ;139 200,00 zł.

Na podstawie przedstawionych powyższej danych odwołujący stwierdził, że założenia ofertowe INKOP stanowiące element oferty zostały przyjęte na poziomie cen nierealnych i rażąco niskich w stosunku zarówno do cen rynkowych jak i do przedmiotu zamówienia. Oferowana przez INKOP cena jednostkowa za elementy ze stali k.o. OH18N9 stanowi odpowiednio 5,37 % rynkowej ceny dla drabin, oraz 5,13 % rynkowej ceny dla pomostów.

Dowód: pismo wykonawcy INKOP z 8 sierpnia 2016 roku.

Dowód: oferta POLFENDER P.P.H.O. z dnia 19 maja 2016 roku.

Zdaniem odwołującego szacunkowa wartość zamówienia określona została po przeprowadzeniu przez zamawiającego szczegółowych analiz. Gdyby zamawiający przewidział możliwość wykonania przedmiotu zamówienia po cenie niższej, ująłby ten fakt w swoich wyliczeniach. Odwołujący nie przeczył, że ewentualnie obniżenie kosztów prac, przy zaproponowaniu przez wykonawcę alternatywnych, tańszych rozwiązań, byłoby możliwe, ale nie o kwotę w wysokości prawie pół miliona złotych. Mając powyższe na uwadze odwołujący podtrzymał, że wykonanie całego zakresu zamówienia o tak obniżoną wartość wynagrodzenia jest nierealne, co w konsekwencji spowoduje powstanie strat po stronie zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie i do protokołu rozprawy potrzymał stanowisko wyrażone w powiadomieniu o rozstrzygnięciu przetargu. Odnosząc się do zarzutu, że ze względu na nie zaoferowanie wykonania niepełnego zakresu stabilizacji gruntu przy posadowieniu studni metodą Jet Grouting cena INKOP jest rażąco niska, i występuje niezgodność treści oferty z SIWZ. Podał w oparciu o opis dokumentacji technicznej, że zamawiający nie wyznaczył konkretnej ilości studni do wzmocnienia podłoża, a wskazał że może dotyczyć to „jakiejs” części tych studni. I wykonawca mógł to skalkulować na podstawie własnego rozeznania w zależności od sytuacji jaka wystąpi w danym miejscu. Za nieuprawnione uznał twierdzenie odwołującego, że wzmocnienie podłoża dotyczyło wszystkich 55 studni. Zamawiający wprost zapisał „że przedmiar ma charakter pomocniczy i nie służy do obliczenia ceny oferty.” Nie było wymagane złożenie żadnego kosztorysu ofertowego. Zamawiający w oparciu o kosztorys uproszczony INKOP złożony w ramach wyjaśnień i załączone dodatkowo dowody oferowanych cen materiałów, tj. studni betonowych wraz przykryciami ustalił realność ceny wymienionego elementu.

Przystępujący w przedstawionym kosztorysie uproszczonym dla studni zapuszczanych przyjął kalkulację własną, którą opisał w pozycjach 18, 19, 21, 22, 52, 53, 73 i 74 złożonego kosztorysu i wszystkie te pozycje do montażu studni - kalkulacja własna kosztów - składają się na całość robót danego elementu, tj. wraz ze wzmocnieniem podłoża. Porównując to z cenami materiałów z ofert, które załączył przystępujący do swoich wyjaśnień, zostaje kwota

ponad 580 tys na ewentualne wzmocnienia podłoża studni, gdy wystąpi taka konieczność. Przystępujący wykazał zysk na poziomie 10%, z tych względów zamawiający przyjął te wyjaśnienia i koszty wraz z uwzględnieniem kosztów wzmocnienia podłoża. I w tym zakresie zamawiający nie uznał, że cena tego elementu zamówienia jest poniżej kosztów koniecznych do prawidłowej realizacji zadania. Nie podzielił argumentacji odwołującego, że zaoferowana cena nie obejmuje kosztów wzmocnienia podłoża dla wszystkich 55 sztuk studni, bo taki wymóg nie był postawiony w SIWZ.

Jeżeli chodzi o wykonanie zejść i podestów do studni, to jeżeli zestawia się treść dwóch dokumentów - projekt budowlany i przedmiar - są rozbieżności ilościowe w ilości stali. Przyznał, że jest to błąd zamawiającego, gdyż ilości nie zostały podane tak samo w przedmiarze jak i w dokumentacji projektowej. Zamawiający oświadczył, że w przedmiarze została podana ilość 3, 360 T, a w dokumentacji technicznej została podana ilość 4, 913 T stali koniecznej do wykonania zejść i pomostów. Przystępujący w kosztorysie złożonym w odpowiedzi oparł się na przedmiarze i do wyceny przyjął ilość z przedmiaru. W przypadku nieuwzględnienia wszystkich robót i rozbieżności projektu z przedmiarem, zgodnie z postanowieniami SIWZ - wykonawca nie otrzyma dodatkowego wynagrodzenia, co wynika z ryczałtowego charakteru ceny, że cena nie może wzrosnąć i ma charakter stały. Zamawiający opierając się na kosztorysie inwestorskim, ceny tam przyjętej stali i stwierdzonej tam ilości różnicowej pomiędzy projektem a przedmiarem, stwierdził, że różnica cenowa z tego tytułu z kosztorysu inwestorskiego wynosiłaby 30 tysięcy zł. INKOP przyjął liczby wynikające z przedmiaru i odnotowana różnica nie wpłynęłaby na cenę tej oferty, biorąc pod uwagę, że cena nie była by poniżej progu kosztów koniecznych do poniesienia dla całego przedsięwzięcia, a i tak wykonawca będzie zobowiązany do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z projektem. Cena ma charakter ryczałtowy, zatem zamawiający badając cenę - ocenił ją w sposób globalny, a nie w odniesieniu do poszczególnych elementów. Wymagane było podanie globalnej ceny. Podział na zadania wynikał z tego, że jest dwóch zamawiających i będą prowadzone odrębne rozliczenia. Częstkowe wynagrodzenia dla każdego zadania i dla zadania 3 w rozbiu na branże, są ryczałtowe. Zatem nawet skalkulowanie pewnych elementów zamówienia poniżej kosztów, nie świadczyłoby o rażąco niskiej cenie w stosunku do cen całkowitych oferty. Koszty są rozliczone w całej cenie, niezależnie w jakiej pozycji zostały ujęte. Dopuszczalna była kalkulacja indywidualna wykonawcy. Zestawienie procentowe różnic w stosunku do cen złożonych ofert, pokazuje, że różnice cenowe mieszczą się w przyjętych wycenach rynkowych, funkcjonujących w obrocie dla tego typu robót. Odwołujący przyznał, że różnica pomiędzy ceną przystępującego a jego oferty jest na poziomie niewiele ponad 8%, co biorąc pod uwagę wykazany zysk w ofercie przystępującego INKOP - na poziomie 10%, pozwalało zamawiającemu na pozytywne

zweryfikowanie wyjaśnień wybranego wykonawcy, że została podana cena, za którą można prawidłowo wykonać zamówienie zgodnie z dokumentacją projektową. Cena - realna.

Przystępujący Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w obronie własnej oferty i w odpowiedzi na zarzuty odwołującego naruszenia:

a) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z pkt. 1 i 3 Rozdziału 8 SIWZ, poprzez brak prawidłowej oceny oferty wykonawcy INKOP i zaniechanie jej odrzucenia ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

b) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez brak prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty wykonawcy INKOP oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INKOP zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - przedstawił następującą argumentację.

„4. Wynagrodzenie ryczałtowe. Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz umowy, rozliczenie kontraktu jest rozliczeniem ryczałtowym natomiast załączony przez Zamawiającego przedmiar robót stanowi jedynie materiał pomocniczy. W dniu podpisania umowy, wybrany Wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu kosztorys szczegółowy, opracowany na podstawie własnego zestawienia planowanych prac. W rozdziale 8 pkt 6 SIWZ Zamawiający zawarł następujący zapis: „Załączony do niniejszej SIWZ przedmiar robót, należy traktować jako materiał pomocniczy, niesłużący bezpośrednio do obliczenia ceny oferty. Dodatkowo, w rozdziale 8 pkt 7 SIWZ Zamawiający zastrzegł wyraźnie iż: „W przypadku nie ujęcia w kosztorysie wszystkich robót wynikających z projektu budowlanego wykonawczego oraz STWiORB Wykonawca nie otrzyma za nie dodatkowego wynagrodzenia, a kosztorys stanowić będzie podstawę do wyceny ewentualnych robót dodatkowych które nie zostały ujęte w projekcie oraz w STWiORB bez których nie można wykonać i oddać do użytkowania przedmiotu zamówienia”.

5. W związku z powyższym, nieuzasadnione jest powoływanie się Odwołującego na ilości oraz elementy zawarte w przedmiarze robót załączonym przez Zamawiającego do SIWZ ponieważ nie stanowił on wiążącego dokumentu, który miał posłużyć do obliczenia ceny ofertowej.

6. Orzecznictwo KIO. Przedstawioną przez Przystępującego argumentację wspiera aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym ryzyko nieujęcia określonych pozycji kosztorysowych w ofercie ponosi sam wykonawca - por. np. orzeczenie KIO z dnia 6 czerwca 2012 r. (KIO 1058/12): „Przy rozliczeniu ryczałtowym brak wyceny określonych pozycji kosztorysowych nie oznacza, iż wykonawca nie będzie zobowiązany do wykonania prac w nich ujętych i to w ramach ustalonego wynagrodzenia. Brak wyceny tej

pozycji nie będzie również stanowił przeszkody dla rozliczenia inwestycji, bowiem cena za realizację inwestycji została określona w ofercie i tylko to cena ma charakter wiążący. W okolicznościach towarzyszących sporządzeniu oferty, kosztorys ofertowy ma znaczenie jedynie pomocnicze dla wykonawcy przy szacowaniu kwoty, za którą jest w stanie podjąć się realizacji zamówienia. Skoro wykonawca zaniechał wyceny określonych pozycji, to konsekwencje tegoż zaniechania ponosi sam wykonawca, ale są one jedynie takie, iż wykonawca będzie zobowiązany do realizacji całego przedmiotu zamówienia, określonego przez zamawiającego, za cenę podaną w ofercie. Konsekwencją braku wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych, nie jest zaś wadliwość oferty, polegająca na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem zakres świadczenia, przyjmując ryczałtowy charakter zamówienia i wynikające z istoty tegoż wynagrodzenia skutki, odpowiada temu wynikającemu z SIWZ.

7. Z kolei w wyroku z dnia 29 marca 2011 r. (KIO 560/11) KIO uznała, że: „kosztorys ofertowy, jeżeli jest załączony do oferty, powinien odpowiadać przedmiarom - jednak, o ile w s.i.w.z. nie zostanie mu nadana szczególna ranga, to przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy nie wpływa na zakres zobowiązania. Zasadą jest, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszelkie prace konieczne do wykonania zamówienia. Brak wyceny pozycji przedmiarowej w kosztorysie ofertowym nie ma znaczenia przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Brak wyceny pozycji nie jest bowiem przeszkodą dla rozliczenia inwestycji, gdy zamawiający przewidział płatność za poszczególne etapy wykonanych prac, a wartość tych etapów nie odwoływała się do kosztorysu ofertowego, lecz do wartości wskazanych w formularzu ofertowym, a wykonawca zobowiązuje się wykonać całość zamówienia i roboty wynikające z dokumentacji projektowej” (por. również KIO 689/11, KIO 1673/11, KIO 2594/11, KIO 2602/11).

8. Na marginesie należy wskazać, że przyjęcie koncepcji, iż braki w kosztorysie ofertowym stanowią niezgodności oferty z SIWZ powodowałyby i tak konieczność ich konwalidowania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (por. wyrok KIO 1803/11).

9. Brak wyraźnej konieczności przewidzenia metody Jet Grouting w kosztorysie. W dniu 4 sierpnia 2016 roku Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 oraz art. 87 ust 1 PZP elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia. W dniu 8 sierpnia Przystępujący przesłał zamawiającemu odpowiedź, załączając sporządzony samodzielnie kosztorys uproszczony dla lepszego zobrazowania czynników cenotwórczych, pomimo że Zamawiający nie wymagał tego od Przystępującego. Kosztorys ten, zgodnie z zapisami SIWZ został

przygotowany przez Przystępującego samodzielnie i jedynie częściowo opierał się na wzorze zamieszczonym przez Zamawiającego.

Zgodnie z projektem budowlano-wykonawczym dla budowy kanału sanitarnego VA, „Ponieważ część studni zapuszczanych wykonywana będzie w miejscach występowania na poziomie ich projektowanego dna nawodnionych gruntów kurzawkowych (piaski pylaste, pył piaszczysty), należy się liczyć w tych przypadkach z koniecznością wzmocnienia podłoża celem zastabilizowania studni w gruncie. W takich przypadkach projektuje się zastosowanie do wzmocniania gruntu iniekcji strumieniowej (Jet grouting) betonem B-10". (...). Projektuje się w razie takiej konieczności wykonanie po obwodzie studni 6 sztuk kolumn iniekcyjnych o średnicy 1,0 m i wysokości 4m".

10. Jak wynika z powyższego zapisu, w projekcie nie ma wyraźnie wskazanych konkretnych lokalizacji, w których stabilizacja metodą Jet Grouting jest konieczna i niezbędna do prawidłowego wykonania zamówienia. Projektant używa słów „należy się liczyć”, „w razie takiej konieczności”, co wyraźnie sugeruje konieczność samodzielnego oszacowania przez wykonawcę konieczności zastosowania w konkretnych miejscach danej metody lub całkowitego odstąpienia od niej jeżeli konieczność zastosowania tej metody nie znajdzie potwierdzenia w rzeczywistości. Z przeprowadzonej przez nas wizji lokalnej, doświadczenia w wykonywaniu podobnego kontraktu w bliskiej odległości przedmiotowej inwestycji oraz analizy dokumentacji projektowej wynika, że grunty kurzawkowe mogą występować jedynie w okolicach studni 5,13 oraz 22. Koszt wykonania tego zabezpieczenia został przez nas skalkulowany w koszcie zapuszczania studni. Brak osobnej pozycji kosztorysowej na wykonanie iniekcji metodą Jet Grouting nie przeświadcza o złym skalkulowaniu ceny ryczałtowej przez Wykonawcę.

11. Podsumowując, Przystępujący skalkulował ewentualne dokonanie iniekcji w miejscu prowadzenia robót oraz jakiegokolwiek dodatkowe wykorzystanie metody Jet Grouting i tak w całości obciążać będzie Przystępującego, w związku z zastrzeżeniem w ofercie wynagrodzenia ryczałtowego.

12. Rzekoma rażąco niska cena. Odnosząc się do kolejnego zarzutu Odwołującego, dotyczącego błędnego skalkulowania kosztów montażu pomostów w studzienkach kanalizacyjnych Przystępujący informuje, że koszty wykonania pomostów zostały przez Przystępującego skalkulowane zgodnie z projektem wykonawczym i zostały ujęte częściowo w koszcie wykonania studni a częściowo w osobnej pozycji w kosztorysie ofertowym.

13. Zgodnie z wyrokami KIO twierdzenie, że niektóre pozycje kosztorysowe są zaniżone nie uzasadnia tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona rażąco niskiej ceny, por. np. wyrok KIO z dnia 24 maja 2012 r.: „Rażąco niską cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) należy odnosić do całkowitej ceny oferty, a nie do jej cen jednostkowych."

14. Z kolei w wyroku z dnia 15 maja 2015 r. (KIO 876/15) Izba wskazała, że: „Przesądzenie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny oferty, bądź przesądzenie o zaistnieniu podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej, przewidzianej w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), nie może osadzać się jedynie na niższej wycenie kilku czy kilkunastu pozycji kosztorysowych, spośród setek tego rodzaju pozycji zawartych w kosztorysie ofertowym."

15. Przedstawiony przez Przystępującego kosztorys uproszczony miał charakter poglądowy, który miał za zadanie wykazać główne elementy mające wpływ na kalkulację ceny i nie można zarzucać rażąco niskiej ceny opierając się na jednej czy dwóch pozycjach kosztorysowych bez odniesienia się do ceny całkowitej oraz pozostałych elementów cenotwórczych.

16. Ponadto, Zamawiający z wyjątkową wnikliwością analizował przedłożone przez Przystępującego dwukrotnie wyjaśnienia, w całości akceptując wyjaśnienia Przystępującego w zakresie zaproponowanej ceny ofertowej.

17. Jako firma z wieloletnim doświadczeniem w wykonywaniu prac związanych z mikrotunelingu oraz zapuszczaniem studni Przystępujący zrealizował szereg kontraktów w trudnych warunkach gruntowo wodnych każdorazowo wykonując prace z należytą starannością, zgodnie z projektami technicznymi i wymaganiami Zamawiającego w terminach zastrzeżonych w umowie. (...)"

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z postanowień ogłoszenia, SIWZ z wyjaśnieniami i zmianami, oferty przystępującego, korespondencji między zamawiającym a przystępującym, z protokołu postępowania i z zawiadomienia o wyniku przetargu.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

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

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - dopuszczanych jako dowód w sprawie w trybie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp wynika następujący stan faktyczny.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zwana „SIWZ”)

Rozdział 1. Niniejsze zamówienie na podstawie art. 16 ustawy Pzp jest udzielane wspólnie przez:

- I. Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi
- II. Miasto Łódź-Zarząd Dróg i Transportu ul. Piotrkowska 175, 90-447-Łódź,

- upoważnionym do przeprowadzenia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty jest Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

Rozdział 2. Punkt 3. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych.

Punkt 7. Zamawiający przewiduje zastosowanie aukcji elektronicznej.

Rozdział 3. Opis przedmiotu zamówienia

Postępowanie prowadzone jest pod nazwą: „Budowa kolektora sanitarnego VA i wodociągu w ul. Gimnastycznej oraz przebudowa/rozbudowa skrzyżowania ulic Konstantinowska/ Juszczakiewicza wraz z budową chodnika wzdłuż ul. Juszczakiewicza w Łodzi”.

Zadanie 1- Budowa kolektora sanitarnego VA;

Zadanie 2 - Budowa wodociągu w ul. Gimnastycznej;

Zadanie 3 - Przebudowa/rozbudowa skrzyżowania ulic Konstantinowska/ Juszczakiewicza wraz z budową chodnika wzdłuż ul. Juszczakiewicza w Łodzi", dla którego inwestorem jest miasto Łódź.

Wszelkie nazwy własne produktów i materiałów przywołane w Dokumentacjach Projektowych oraz w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) zamówienia służą ustaleniu pożądanego standardu wykonania i określeniu właściwości i wymogów technicznych założonych w dokumentacji technicznej. Dopuszcza się urządzenia i materiały równoważne rozumiane jako urządzenia/ materiały wykonane przez dowolnych producentów przy zachowaniu identycznych lub lepszych parametrów technicznych i walorów użytkowych oraz w pełni kompatybilnych z resztą urządzeń pod warunkiem, iż spełnią one te same właściwości techniczne oraz na etapie realizacji uzyskają akceptację LSI lub ZDiT. Decyzje LSI lub ZDiT w tym zakresie oparte będą na wymaganiach sformułowanych w dokumentach umowy, a także normach i wytycznych.

Zamawiający potwierdził, że można było zaoferować materiał równoważny do opisanego w dokumentacji technicznej.

Rozdział 8. Opis sposobu obliczenia ceny

1. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w polskich złotych (PLN) (...) Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, o których mowa w pkt 3.

2. Cenę oferty należy obliczyć odpowiednio dla Zadania 1 i 2 w Formularzu oferty oraz w Formularzu nr 1a dla Zadania 3, a następnie podać liczbowo i słownie w Formularzu oferty. Cena oferty musi zawierać podatek VAT.

3. Obliczona przez Wykonawcę cena oferty dla zadania 1, 2 i 3 powinna zawierać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie, jakie Wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla terminowego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia (musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również następujące koszty: wszelkich robót przygotowawczych, odtworzeniowych, porządkowych, zagospodarowania terenu budowy i utrzymania zaplecza budowy, prowadzenia gospodarki odpadami, wysypiska i tymczasowego składowania, wykonania dokumentacji powykonawczej oraz projektu organizacji ruchu, odwodnienia wykopów, tablicy informacyjnej (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ), wyłączenia i załączenia urządzeń, dozór przez pracowników użytkownika/gestora sieci), zysk Wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT.

4. W cenie zadania 3 należy uwzględnić również cenę, opracowania projektu organizacji ruchu, prowadzenia gospodarki odpadami, badania zagęszczenia gruntu, pełnej obsługi geodezyjnej, opracowania dokumentacji powykonawczej, nagrania na płycie CD/DVD stanu nawierzchni na odcinkach poza pasem robót drogowych przed rozpoczęciem prac, opłaty za zajęcie pasa drogowego poza pasem robót drogowych oraz inne koszty wynikające z umowy.

5. Zamawiający zaleca dokonanie wizji lokalnej terenu budowy.

6. Załączony do niniejszej SIWZ przedmiar robót, należy traktować jako materiał pomocniczy, niesłużący bezpośrednio do obliczenia ceny oferty.

Zamawiający przyznał, że ustalony przez niego sposób obliczenia ceny ma charakter ryczałtowy w rozumieniu art. 632 K.c., co wynika również z paragrafu 14 Wzoru umowy.

7. Wybrany Wykonawca, nie później niż w dniu podpisania umowy, zobowiązany będzie dostarczyć Zamawiającym kosztorys ofertowy szczegółowy (dla każdego zadania osobno) opracowany na podstawie własnego Zestawienia Planowanych Prac (przedmiar robót), które należy sporządzić z uwzględnieniem ust. 2 niniejszego rozdziału. Kosztorys należy opracować na podstawie Publikacji Stowarzyszenia Kosztorysantów Budownictwa Pt, „Polskie Standardy Kosztorysowania Robót Budowlanych” pkt. 3.2 - Metoda szczegółowa kalkulacji kosztorysowej. W przypadku nie ujęcia w kosztorysie wszystkich robót wynikających z projektu budowlanego wykonawczego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, Wykonawca nie otrzyma za nie dodatkowego

wynagrodzenia. Kosztorys ten stanowić będzie podstawę do wyceny ewentualnych robót dodatkowych, które nie zostały ujęte w projekcie budowlanym i wykonawczym oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a bez których nie można wykonać i oddać do użytkowania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie kosztorys ten będzie stanowił podstawę do weryfikacji wartości robót zleconych podwykonawcom, zgodnie z § 8 ust.15 wzoru umowy stanowiącego załącznik 8 do SIWZ.

8. Cena podana przez Wykonawcę w ofercie jest stała i nie będzie mogła wzrosnąć w trakcie realizacji zamówienia z zastrzeżeniem § 26 wzoru umowy.

Rozdział 9. Opis kryteriów oceny ofert (...) 2, Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosował będzie następujące kryteria:

- kryterium cena - 80 % - maksymalnie 80 pkt
- kryterium termin gwarancji jakości za wady fizyczne i prawne dla zadania 1 i 2 - 10 % - maksymalnie 10 pkt. Należy podać konkretną ilość miesięcy zgodnie z poniższym zapisem . W ramach kryterium terminu gwarancji Zamawiający będzie przyznawał punkty (P2) wg reguły:

- okres gwarancji 36 miesięcy- 0 pkt
- okres gwarancji 48 miesięcy - 5 pkt
- okres gwarancji 60 miesięcy -10 pkt

4. Zamawiający informuje, że w celu wyboru oferty najkorzystniejszej zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna. Szczegółowe zapisy dotyczące aukcji zawarte są w rozdziale 14 niniejszej SIWZ.

5. Niniejsze zamówienie zostanie udzielone temu wykonawcy, który uzyska największą ilość punktów łącznie za trzy kryteria (maksymalnie 100 pkt).

Rozdział 12, Opis sposobu przygotowania ofert

14. Kompletna oferta powinna zawierać:

- a. Formularz oferty - sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ;
- b. Formularz cenowy - sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1a do niniejszej SIWZ, dla Zadania 3.

Rozdział 15, Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia

1. W ramach niniejszego postępowania będzie zawarta 1 umowa trójstronna.
2. Zamawiający zawrze umowę z Wykonawcą, którego oferta uzyska największą ilość punktów łącznie w ramach kryteriów oceny ofert określonych w niniejszej SIWZ.

4. Treść zawartej umowy będzie zgodna z treścią wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ.

7. Przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, a najpóźniej w chwili jej zawarcia Wykonawca złoży: (...)

c) kosztorys ofertowy szczegółowy zgodnie z Rozdziałem 8 punkt 7 niniejszej SIWZ.

Rozdział 19 załączniki:

Załącznik 1 - Formularz oferty

Załącznik 1a - Formularze cenowe

Załącznik 8 - Wzór umowy

Załącznik 10 - Dokumentacje projektowe oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

W załączniku nr 8 - Wzór umowy w § 1 ust. 3 wykonawca oświadczał, że całość inwestycji opisanej w ust. 1 zobowiązuje się zrealizować za kwotę wynagrodzenia ustaloną zgodnie z zasadami określonymi w § 14 ust. 1 zdanie 1 w oparciu o dokumentację projektową, a także zgodnie z zasadami prawa budowlanego warunkami technicznymi, STWiORB, zasadami dobrej praktyki budowlanej oraz należytej staranności (...).

W § 4 Wzoru umowy ust. 48 wykonawca oświadczał, że zapoznał się z dokumentacją określającą przedmiot umowy. Wszelkie roboty dodatkowe, które wystąpią w okresie realizacji inwestycji, a które wykonawca - jako jednostka działająca zgodnie ze sztuką budowlaną, wiedzą i doświadczeniem - mógł przewidzieć na etapie składania oferty - muszą być wykonane w ramach wynagrodzenia określonego powyżej.

§ 4 Wzoru umowy ust. 8 b) odpowiednio do rodzaju robót występujących w niniejszym zamówieniu wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia obsługi geologicznej i geodezyjnej (...); pokrycia wszelkich kosztów prac projektowych związanych z wprowadzeniem na jego wniosek zamiennych rozwiązań projektowych w stosunku do dokumentacji projektowej i innych.

§ 14 Ryczałtowe wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie [odpowiednio] zadania 1,2,3 wynosi brutto Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ Wzoru umowy w dniu 11 maja 2016 r.

Pytania do SIWZ

Pytanie 17; Zestaw 9. Odpowiedź: Informacje materiałowe dotyczące drabinek i pomostów znajdują się w opisie technicznym w części Konstrukcja, str. 46

Odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 11 maja 2016 r. Zestaw 3, pytanie 1 - w przedmiarach zamieszczonych wraz z dokumentacją projektową (...) brak jest przedmiaru

obejmującego budowę kolektora VA od studni 43 do studni 50. Odpowiedź: zamawiający nie udostępni przedmiarów od studni 43 do studni 50 ponieważ odcinek ten nie jest objęty zamówieniem. Dokumentacja dostępna na stronie obejmuje szerszy zakres (...) Zakres zamówienia określony jest w Rozdziale 3 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia oraz w § 1 Wzoru umowy - zał. 8 do SIWZ.

Zestaw 4, pytanie 1 i 2. Odpowiedź. Wyceny należy dokonać zgodnie z dokumentacją projektową (...) Załączony do niniejszej SIWZ przedmiar należy traktować jako materiał pomocniczy.

W Załączniku 1 - Formularzu oferty wykonawca składał oświadczenie w punkcie 2, że całe niniejsze zamówienie zostanie wykonane na podstawie treści: SIWZ, wyjaśnień i zmian do SIWZ oraz na podstawie złożonej oferty.

W Załączniku 1 - Formularzu oferty wykonawca składał oświadczenie w punkcie 4, że cena oferty brutto wynosi, w tym:

- A. za Zadanie 1 ...
- B. za Zadanie 2 ...
- C. za Zadanie 3 ...

Załącznik 1a - Formularz cenowy dla Zadania 3, z wyszczególnieniem cen brutto w zakresie:

- Branży drogowej;
- Branży zieleni;
- Branży elektroenergetycznej;
- Branży teletechnicznej;
- Organizacji ruchu, oraz
- ceny Razem.

Dowód wnioskowany przez odwołującego zał. nr 5 do odwołania - wyciąg z projektu budowlano-wykonawczego dla budowy kanału sanitarnego VA, podaje: Ponieważ część studni zapuszczanych wykonywana będzie w miejscach występowania na poziomie ich projektowanego dna nawodnionych gruntów kurzawkowych (piaski pylaste, pył piaszczysty), należy się liczyć w tych przypadkach z koniecznością wzmocnienia podłoża celem zastabilizowania studni w gruncie. W takich przypadkach projektuje się zastosowanie do wzmocniania gruntu iniekcji strumieniowej (Jet grouting) betonem B-10". (...). Projektuje się w razie takiej konieczności wykonanie po obwodzie studni 6 sztuk kolumn iniekcyjnych o średnicy 1,0 m i wysokości 4m. Kolumny należy umieścić symetrycznie.

Studnie o głębokości przekraczającej 6 m należy wyposażyć w atestowane drabiny zjazdowe. Oraz pośredni pomost roboczy (rys. 4/iG) wykonany z ceowników 120 i dwuteowników 120

(stal nierdzewna, na których pasowo będą ułożone prefabrykowane elementy krat pomostowych. Pomosty należy zamontować w połowie wysokości studni.

Zamawiający potwierdził, że ilość studni, gdzie zajdzie konieczność wzmocnienia podłoża przy pomocy Jet Grouting betonem B-10 nie została dokładnie wskazana, bo dokładnie będzie ustalona podczas robót, gdzie będzie widoczny stan podłoża.

Do ustalonego terminu składania ofert - 7 czerwca 2016 r. oferty złożyli wykonawcy, których ceny ofert po przeprowadzeniu aukcji przedstawiały się następująco:

Przeprowadzona aukcja odbyła się 3 sierpnia 2016 r.

1. INKOP - cena oferty brutto (PLN) - 15 450 200,00; punktacja 80 cena; 20 gwarancja; razem - 100, (przed aukcją 22 357 400,00 zł)
2. SKANSKA - cena oferty brutto (PLN) - 15 499 000,00 - oferta odrzucona
3. POLAQUA - cena oferty brutto (PLN) - 16 830 000,00; punktacja 73,44 cena; 20 gwarancja; razem - 93,44
4. Konsorcjum M. - cena oferty brutto (PLN) - 17 490 900,00; punktacja 70,67 cena; 20 gwarancja; razem - 90,67
5. STRABAG - cena oferty brutto (PLN) - 21 954 849,85; punktacja 80 cena; 20 gwarancja; razem - 76,30
6. Konsorcjum MOSTY ŁÓDŹ - cena oferty brutto (PLN) - 27 525 450,79; oferta odrzucona; cena przed aukcją,
7. Konsorcjum METRO cena oferty brutto (PLN) - 19 341 750,00; wykonawca wykluczony. Cena przed aukcją.

Zamawiający w tym postępowaniu przetargowym oszacowanie wartości zamówienia przeprowadził w lutym 2016 r. Wartość szacunkową ustalił w oparciu o kosztorys inwestorski, opracowany w ramach dokumentacji przetargowej przez firmę: „Projektowanie Instalacji Wodno-kanalizacyjnych P. L.”.

Szacunkowa wartość zamówienia (protokół) - 30 730 697,74 zł z zamówieniami uzupełniającymi

Kwota jaką zamawiający podał na otwarciu ofert i zamierzył przeznaczyć na realizację zamówienia (protokół) - 25 199 172,15 zł brutto

W tym dla zadania 1 i 2 ŁSI - 21 251 042,74 zł

W tym dla zadania 3 Miasta Łódź - 3 948 129,41 zł

Zamawiający w protokole komisji przetargowej podał, że średnia arytmetyczna cen ofert złożonych podczas aukcji wynosi 19 125 066,00 zł

Cena oferty INKOP stanowi 80,79% średniej arytmetycznej cen ofert złożonych podczas aukcji.

Przystępujący złożył ofertę na wyznaczonych Formularzach podając wymagane ceny, zarówno na etapie przed aukcją, jak i zaktualizowane po aukcji.

Zamawiający przyznał, że średnie ceny wyliczył z cen ofert po aukcji, nie uwzględniając cen wykonawców niezaproponowanych do aukcji.

Miedzy ofertą przystępującego a odwołującego różnica cenowa wynosi 8,19%, co odwołujący przyznał.

Zamawiający po przeprowadzeniu aukcji wezwał wykonawców:

1. INKOP - cena oferty brutto (PLN) - 15 450 200,00 zł;
2. SKANSKA - cena oferty brutto (PLN) - 15 499 000,00 zł
3. POLAQUA - cena oferty brutto (PLN) - 16 830 000,00;
4. Konsorcjum M. - cena oferty brutto (PLN) - 17 490 900,00 zł

- do wypowiedzenia się na temat cen ich ofert, w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia brutto, gdyż różnice były wyższe niż 30% - oraz do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Pismem z 4 sierpnia 2016 r., znak BZU.AW.2291-18-26/16 - zamawiający wezwał wykonawcę INKOP w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający podał, że po aukcji cena oferty INKOP brutto 15 450 200,00 zł stanowi 61,31% kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia; żądał wyjaśnień i dowodów w szczególności w zakresie:

- szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych kosztów, w tym: robocizny, materiałów, sprzętu, kosztów pośrednich oraz innych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, z podziałem na grupy robót;

- wysokości rabatów i upustów na które wykonawca powołuje się w złożonych wyjaśnieniach oraz wysokości ich wpływu na cenę oferty;

- zysku;

- kosztów zatrudnienia pracowników, (które zgodnie z przepisami prawa polskiego nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę); oraz

- innych czynników mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.

Zamawiający przywołał postanowienia Rozdziału 8 SIWZ (opisu sposobu obliczenia ceny).

W przypadku zadania Nr 3 należy uwzględnić cenę projektu organizacji ruchu prowadzenia gospodarki odpadami, badania zagęszczenia gruntu, pełnej obsługi geodezyjnej dokumentacji powykonawczej opłaty za zajęcie pasa drogowego poza pasem robót drogowych.

Przedmiotowe wyjaśnienia będą służyć zamawiającemu dla oceny czy zaproponowana cena jest realna, a wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ jest możliwe bez obniżenia standardu i jakości wykonania przedmiotu zamówienia bez występowania o nieuzasadnione zamówienia dodatkowe, czy uzupełniające.

W związku z powyższym wykonawca powinien szczegółowo określić i udowodnić w jaki sposób skalkulowano cenę oferty, tak aby zamawiający był w stanie wywnioskować z czego wynika cena i czy daje ona gwarancje należytej realizacji zamówienia bez szkody dla zamawiającego według warunków określonych w projekcie umowy. Prosimy zatem o wyjaśnienie, w tym złożenie dowodów, przedstawienie szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co umożliwi zamawiającemu zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny.

Zamawiający przywołał wyrok sygn. akt KIO 5913/13 z dnia 27 marca 2013 r., że wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnikowego.

Zamawiający przypomniał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 8 sierpnia przystępujący przesłał zamawiającemu odpowiedź, załączając sporządzony samodzielnie i niewymagany kosztorys uproszczony dla lepszego zobrazowania czynników cenotwórczych na zadania 1, 2 i 3

„W odpowiedzi na pismo z dnia 04.08.2016 roku nr BZU.AW.2291-18-26/16 udzielamy wyjaśnień dotyczących przedstawionej przez nas ceny za wykonanie niniejszego zamówienia.

Informujemy, że w złożona przez nas oferta cenowa obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ, odpowiedziami Zamawiającego i projektem technicznym.

W celu lepszego zobrazowania struktury kosztów, do niniejszych wyjaśnień załączamy kosztorysy dla zadania 1 i 2 wykonane metodą kalkulacji uproszczonej sporządzone w

oparciu projekt techniczny i nasze doświadczenie a także ofertę cenową proponowanego przez nas podwykonawcy w zakresie zadania 3 oraz zabezpieczenia torowiska.

Jak można stwierdzić po ich przeanalizowaniu, ceny robocizny, materiałów i sprzętu oraz koszty pośrednie i zysk mieszczą się pomiędzy minimalnymi a średnimi stawkami SEKOCENBUDU za II kwartał 2016 roku nie można ich więc uznać za rażąco niskie. Decydującym elementem mającym wpływ na cenę ofertową jest wykonanie mokrotunelingu oraz przecisków sterowanych rurami kamionkowymi (poz. 35, 36, 67, 70, 101 kosztorysu nr 4-515) Mikrotuneting wraz z ceną rur stanowi 49 % wartości przedmiotowego zamówienia ma więc największy wpływ na końcową cenę ofertową. Przedstawiona przez nas cena mikrotunelowania i przecisków sterowanych nie odbiega od obecnych cen rynkowych. Na naszą korzyść przemawia również fakt, że sprzęt którym wykonywać będziemy niniejsze zamówienie, czyli zestaw mikrotunelowy Herrenknecht AVN 600 oraz wiertnice poziome sterowane WPS 60 i WPS 80 są naszą własnością, w związku z tym nie musimy ponosić bardzo wysokich kosztów wypożyczenia. Na naszą cenę 1 mb wykonanego przewiertu składają się więc tylko i wyłącznie koszt pracy sprzętu i agregatów prądotwórczych oraz koszt robocizny (operator maszyny mikrotunelowej oraz 4 monterów) i cena rur spełniających wszystkie wymagania Zamawiającego. Pozwala to uzyskać zysk na poziomie min. 10%.

Kolejnym czynnikiem, który pozwolił na złożenie najbardziej korzystnej cenowo oferty jest wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu komór technologicznych metodą zapuszczaną w gruntach mocno nawodnionych bez zastosowania systemowego odwodnienia. Wypracowana przez lata technika i doświadczenie naszych pracowników pozwalają znacznie skrócić czas zapuszczania studni co przedkłada się na zmniejszenie kosztów robocizny i pracy sprzętu, skrócenie czasu wykonywania zamówienia a co za tym idzie mniejsze opłaty z tytułu zajęcia pasa drogowego oraz utrzymania zaplecza budowy.

Pragniemy zwrócić uwagę, że średnia cena z przeprowadzonego postępowania w dniu 03.08.2016r wynosi: 16.317.525,00 zł brutto zatem nasza cena stanowi aż 95 % średniej ceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie czy cena zaproponowana przez Wykonawcę jest rażąco niska nie jest wystarczające, należy także wziąć pod uwagę ceny innych oferentów (np. wyrok KIO z dnia 21 lipca 2008 roku KIO/UZP 691/08 lub wyrok z dnia 21 stycznia 2010 roku KIO/UZP 1906/09). Nasza oferta jest jedynie o 0,3% niższa od kolejnej złożonej w niniejszym postępowaniu.

Na złożenie tak korzystnej oferty cenowej wpływ miały również uzyskane rabaty od producentów rur kamionkowych oraz producentów studni zapuszczanych. Koszty zakupu rur

i studni stanowią nieomal 84 % wartości materiałów. Ich cena ma kluczowe znaczenie dla kosztów realizacji całej inwestycji. Ostateczne rabaty wynegocjowane przez nas podczas przygotowań do aukcji elektronicznej oraz trwania samej aukcji, a pisemne potwierdzenia ofert producentów zostały dostane po zakończeniu aukcji. Na Polskim rynku działa więcej niż jeden producent rur kamionkowych i studni zapuszczanych co spowodowało dużą konkurencję.

Jako dowody załączamy oferty producentów rur oraz studni zapuszczanych przed i po rabatach.

Firma PRI INKOP działa na rynku wiele lat, zatrudniając wysokiej klasy specjalistów z ogromnym doświadczeniem. Struktura wewnętrzna firmy i metody zarządzania są skoncentrowane na maksymalnym obniżeniu kosztów, co daje ogromną przewagę nad konkurencją.

Zamawiający na realizację przedmiotowego zadania dał 36 miesięcy. Biorąc pod uwagę warunki gruntowo - wodne a także warunki terenowe założyliśmy, że do wykonania zamówienia - zadanie 1 i 2 potrzebujemy czasu ok. 8 miesięcy. Zastosowanie takiego rozwiązania spowoduje znacznie obniżenie kosztów robocizny, pracy sprzętu, utrzymania zaplecza, opłat związanych z zajętością pasa drogowego i in. Nadmieniamy, że skrócenie czasu wykonywania Zamówienia przyniesie wymierne korzyści Zamawiającemu a także Mieszkańcom miasta ze względu na skrócenie czasu występowania ograniczeń związanych z prowadzeniem robót na bardzo ruchliwej drodze jaką jest ulica Konstantynowska. Pragniemy nadmienić, że w ostatnim okresie wykonywaliśmy podobny kontrakt w centrum Warszawy (ul. Mydlarska) gdzie kanał metodą mikrotunelingu o długości 950 mb i średnicy 600 mm wykonaliśmy w ciągu ok. 3 miesięcy. Kolejnym zadaniem gdzie czas grał kluczową rolę był tzw. „Kolektor Zaroślak” w Gdańsku, gdzie 1,5 km kanalizacji o średnicy 1000 mm wykonaliśmy w czasie ok. 4 miesięcy.

Jeśli chodzi o zakres zadania 3 Przebudowa/rozbudowa skrzyżowania ulic Konstantynowska/ Juszczakiewicza wraz z budową chodnika w ul. Juszczakiewicza otrzymaliśmy korzystną ofertę od firmy UNIDRO S.A., którą załączamy jako dowód.

Długoletnie doświadczenie w wykonywaniu robót o jednym z najwyższych stopni skomplikowania, jakim są roboty mikrotunelinguowe pozwalają na spore obniżenie kosztów przy zastosowaniu wysokiego poziomu kapitału intelektualnego.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych prosimy o utajnienie stron 19-34 niniejszych wyjaśnień tj. ofert cenowych firm Sweillem Ceramic Polska Sp. z o.o., Prefabet Kluczbork S.A. oraz UNIDRO S.A. stanowiących tajemnicę handlową przedsiębiorstwa.

Jako załącznik do niniejszego pisma przesyłamy także formularz ofertowy uwzględniający cenę podaną podczas aukcji elektronicznej.”

Zamawiający ponownie pismem z dnia 11 sierpnia 2016 r. wezwał przystępującego INKOP do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny podczas aukcji w zakresie stawki robocizny określonej w złożonym kosztorysie na kwotę 10,50 zł /r-g w odniesieniu do średniej stawki opublikowanej w biuletynie Sekocenbud z II kwartału 2016 dla robót ziemnych i inżynierskich netto 14,08 zł/r-g. Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy wykonawca uwzględnił koszty zakwaterowania pracowników w okresie realizacji inwestycji, jeżeli posiada - jak wyjaśnił własną wyspecjalizowaną kadrę.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2016 r. INKOP udzielił dodatkowych wyjaśnień żądanych przez zamawiającego, podał, że część kosztów robocizny i związanych mieści się w kosztach pośrednich.

Zamawiający oświadczył w odniesieniu do różnic dotyczących wartości procentowej do średnich cen ofert, jeżeli chodzi o ofertę przystępującego, że średnia arytmetyczna wszystkich ofert po aukcji wynosi 19 156 021, 52 zł, zatem różnica procentowa od tej średniej ceny - oferty przystępującego wynosi 19,35%.

Przystępujący oświadczył, że pomyłkowo podał w swoich wyjaśnieniach, że różnica pomiędzy średnią cen jego oferty wynosi jedynie 5 %.

W zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z 17 sierpnia 2016 roku, znak pisma: BZU.AW.2291-18-33/16), zamawiający informował, że wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich INKOP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Oferta firmy SKANSKA została odrzucona. Następną sklasyfikowaną najwyżej ofertą jest oferta odwołującego.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiadał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy INKOP - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co prowadzi do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy z zamawiającym i uzyskania wynagrodzenia za zrealizowanie zamówienia.

Materiał dowodowy sprawy potwierdził stosunkowo nieznaczne rozwarstwienie cenowe ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu - po aukcji (oprócz oferty konsorcjum MOSTY ŁÓDŹ - cena brutto (PLN) - 27 525 450,79 zł) oraz potwierdził znaczącą rozbieżność cen ofert z wartością szacunkową zamówienia przyjętą przez

zamawiającego w wysokości - 25 199 172,15 zł brutto, podaną na otwarciu ofert - jako kwotą którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przesłanki wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp chociaż stanowią istotną wskazówkę interpretacyjną - nie mają charakteru wyczerpującego, a ponadto nie muszą występować łącznie. Sama zatem rozbieżność między wartością szacunkową zamówienia a ceną ofert stwarzała podstawy do żądania wyjaśnień, a wezwani wykonawcy nie kwestionowali zasadności wezwania i się do niego dostosowali.

Przepis art. 32 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Przepis art. 35 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu ustalenie wartości zamówienia nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania, o ile przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Zamawiający w tym postępowaniu przetargowym oszacowanie wartości zamówienia przeprowadził w lutym 2016 r. Łączna kwota, jaką zamawiający przewidział na realizację zamówienia wynosi brutto 25 199 172,15 zł brutto. Przy ustalaniu wartości szacunkowej zamawiający kierował się wartością przedmiotu zamówienia ustaloną w oparciu o kosztorys inwestorski opracowany w ramach dokumentacji projektowej. Zamawiający nie ujawnił jaki „poziom” cen projektant przyjął do kalkulacji kosztorysu inwestorskiego.

Wobec powyższego, szacunki zamawiającego nie mogły stanowić jedynej miarodajnej podstawy do porównania oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót

Inżynierskich INKOP Sp. z o.o. i zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny za realizację zamówienia oraz badania, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny. Szacunki zamawiającego nie odnoszą się do konkretnych możliwości każdego z wykonawców, ale najczęściej zawierają koszty uśrednione, kalkulowane w takiej wysokości, aby zabezpieczyć finansowanie dla danego zamówienia w całym okresie realizacji.

Zamawiający wzywając czterech wykonawców, którzy złożyli oferty najniższymi cenami, w tym przystępującego INKOP - do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny miał na względzie, że ceny całkowite w tych ofertach są niższe o ponad 30% w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, a więc wskazywał na arytmetyczną rozbieżność tych cen z kwotą wartości szacunkowej zamówienia.

Arytmetyczna rozbieżność ceny oferty z kwotą wartości szacunkowej zamówienia stwarza jedynie podstawy do żądania wyjaśnień, natomiast nie może automatycznie przesądzać o uznaniu ceny badanej oferty za rażąco niską, gdyż szacunki zamawiającego nie były w tym postępowaniu wiarygodne, wobec odnotowanej średniej cen wszystkich złożonych ofert po aukcji - wynoszącej 19 156 021,52 zł brutto - w najpełniejszy sposób oddającej aktualny poziom cen rynkowych stosowanych przez podmioty z danej branży. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do cen wszystkich złożonych ofert, a nie tylko do ofert sklasyfikowanych podczas aukcji elektronicznej.

Cena oferty przystępującego PRI INKOP Sp. z o.o. była niższa od średniej cen wszystkich złożonych ofert w tym postępowaniu jedynie o 19,35%, i stanowiła 61,31% wartości szacunkowej zamówienia. Cena oferty odwołującego wynosząca brutto 16 830 000,00; zł, była również niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia. Odnotowana różnica procentowa między ceną oferty przystępującego a odwołującego wynosiła 8,19%.

Zamawiający w dokumentacji technicznej, w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych określił rodzaj materiałów, które wykonawca winien zastosować. Nie można było jednak nie zauważyć, że zamawiający dopuścił w SIWZ użycie wyrobów równoważnych stanowiąc, że: *„Wszelkie nazwy własne produktów i materiałów przywołane w Dokumentacjach Projektowych oraz w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) zamówienia służą ustaleniu pożądanego standardu wykonania i określeniu właściwości i wymogów technicznych założonych w dokumentacji technicznej. Dopuszcza się urządzenia i materiały równoważne rozumiane jako urządzenia/ materiały wykonane przez dowolnych producentów przy zachowaniu identycznych lub lepszych parametrów technicznych i walorów użytkowych oraz w pełni kompatybilnych z resztą urządzeń pod warunkiem, iż spełnią one te same*

właściwości techniczne oraz na etapie realizacji uzyskają akceptację LSI lub ZDiT. Decyzje LSI lub ZDiT w tym zakresie oparte będą na wymaganiach sformułowanych w dokumentach umowy, a także normach i wytycznych.”

W przypadku materiałów budowlanych równoważnych, zgodnie z art. 30 ust 5 ustawy, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego materiały spełniają wymagania opisane przez zamawiającego.

Z powyższego wynika, że kalkulując cenę oferty wykonawca mógł zakładać zastosowanie rozwiązań materiałowych równoważnych opisywanym, i stosownie do tych założeń oszacować koszt oferty.

Odwolujący także zupełnie pominął istotną kwestię ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, z którym wiążą się określone następstwa.

W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, obowiązującego w tym postępowaniu, co wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy, oraz co zamawiający potwierdził wprost do protokołu rozprawy, właściwa jest cena ofertowa za cały przedmiot zamówienia - określony dokumentacją projektową i Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Stosownie do art. 31 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. W skład dokumentacji technicznej zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. nr 202, poz. 2072) wchodzi przedmiar robót. Kosztorys ofertowy jest obowiązujący, gdy zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, jako wspólną podstawę do obliczenia ceny oferty w oparciu o rozliczenia obmiarowe powykonawcze. Wówczas to dla zapewnienia porównywalności ofert, złożone kosztorysy ofertowe muszą zawierać wszystkich pozycje w wielkościach ściśle odpowiadających przedmiarowi.

W rozpatrywanej sprawie, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wynagrodzenie zostało określone jako ryczałtowe w rozumieniu art. 632 § 1 K.c., zatem uznaje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W przypadku ryczałtowej formy wynagrodzenia zamawiający może zrezygnować z identyfikacji źródeł kosztów składających się na realizację poszczególnych robót budowlanych i ograniczyć się do żądania od wykonawcy przedstawienia w formularzu oferty łącznej ceny za wykonanie wszystkich robót określonych dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi

wykonania i odbioru robót oraz postanowieniami projektu umowy. Wykonawca będzie zobowiązany wykonać całość prac za stałą cenę, podaną w ofercie, i tylko ta cena stanowi treść oferty. Kosztorys w takim przypadku ma charakter pomocniczy, uzasadniający sposób obliczenia ceny ryczałtowej oferty (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6.03.2001 sygn. akt I ACa 1147/2000). Cena ryczałtowa jest właściwa bez względu na sposób jej obliczenia i wiążąca dla stron umowy. Zatem nawet ewentualne pominięcie w kosztorysie ofertowym wyceny jakiegokolwiek elementu, nie ma żadnego znaczenia, dla porównywalności ofert. Funkcjonowanie ceny ryczałtowej w obrocie gospodarczym wynika z art. 632 K.c., który przez odesłanie z art. 14 Pzp, znajduje zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Izba podziela pogląd wyrażony w przywołanym przez przystępującego INKOP Sp. z o.o. orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1058/12, zgodnie z którym ryzyko nieujęcia określonych pozycji kosztorysowych w ofercie ponosi sam wykonawca: *„Przy rozliczeniu ryczałtowym brak wyceny określonych pozycji kosztorysowych nie oznacza, iż wykonawca nie będzie zobowiązany do wykonania prac w nich ujętych i to w ramach ustalonego wynagrodzenia. Brak wyceny tej pozycji nie będzie również stanowił przeszkody dla rozliczenia inwestycji, bowiem cena za realizację inwestycji została określona w ofercie i tylko to cena ma charakter wiążący. W okolicznościach towarzyszących sporządzeniu oferty, kosztorys ofertowy ma znaczenie jedynie pomocnicze dla wykonawcy przy szacowaniu kwoty, za którą jest w stanie podjąć się realizacji zamówienia. Skoro wykonawca zaniechał wyceny określonych pozycji, to konsekwencje tegoż zaniechania ponosi sam wykonawca, ale są one jedynie takie, iż wykonawca będzie zobowiązany do realizacji całego przedmiotu zamówienia, określonego przez zamawiającego, za cenę podaną w ofercie. Konsekwencją braku wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych, nie jest zaś wadliwość oferty, polegająca na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem zakres świadczenia, przyjmując ryczałtowy charakter zamówienia i wynikające z istoty tegoż wynagrodzenia skutki, odpowiada temu wynikającemu z SIWZ.”*

Zamawiający w sposób jednoznaczny podał, że za cenę ofertową wykonawca zobowiązany będzie wykonać całość przedmiotu zamówienia, zgodnie z dokumentacją projektową, a nawet uwzględnić w cenie konieczne roboty dodatkowe, które byłyby możliwe do przewidzenia dla profesjonalnego wykonawcy, a zostały pominięte w dokumentacji.

Zamawiający udostępnił w dokumentacji przetargowej przedmiar robót, lecz zapowiedział w SIWZ, że załączony do niniejszej SIWZ przedmiar robót, należy traktować jako materiał pomocniczy, niesłużący bezpośrednio do obliczenia ceny oferty i nie wymagał złożenia kosztorysu ofertowego opartego na tym przedmiarze.

Zamawiający ustalił w SIWZ, że: „Wybrany wykonawca, nie później niż w dniu podpisania umowy, zobowiązany będzie dostarczyć zamawiającym kosztorys ofertowy szczegółowy (dla każdego zadania osobno) opracowany na podstawie własnego Zestawienia Planowanych Prac (przedmiar robót). Kosztorys należy opracować na podstawie Publikacji Stowarzyszenia Kosztorysantów Budownictwa Pt, „Polskie Standardy Kosztorysowania Robót Budowlanych” pkt. 3.2 - Metoda szczegółowa kalkulacji kosztorysowej. W przypadku nie ujęcia w kosztorysie wszystkich robót wynikających z projektu budowlanego wykonawczego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, Wykonawca nie otrzyma za nie dodatkowego wynagrodzenia. Kosztorys ten stanowić będzie podstawę do wyceny ewentualnych robót dodatkowych, które nie zostały ujęte w projekcie budowlanym i wykonawczym oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a bez których nie można wykonać i oddać do użytkowania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie kosztorys ten będzie stanowił podstawę do weryfikacji wartości robót zleconych podwykonawcom, zgodnie z § 8 ust.15 wzoru umowy stanowiącego załącznik 8 do SIWZ. Cena podana przez wykonawcę w ofercie jest stała i nie będzie mogła wzrosnąć w trakcie realizacji zamówienia z zastrzeżeniem § 26 wzoru umowy.”

Zamawiający w ramach wezwania wykonawcy INKOP Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień elementów ceny oferty pismem z dnia 4 sierpnia 2016 r. nie wymagał złożenia pełnego kosztorysu ofertowego. Kosztorys taki opracowany metodą uproszczoną został złożony samodzielnie przez przystępującego dla pełniejszego zobrazowania sposobu skalkulowania ceny jego oferty.

W odniesieniu do zarzutów odwołującego:

a) nie uwzględniła w cenie ofertowej INKOP kosztu stabilizacji podłoża wymaganą przez zamawiającego metodą „jet grouting”, co czyni ofertę niezgodną z treścią SIWZ; oferta nie uwzględnia bowiem w swej treści prac stanowiących przedmiot zamówienia, nie zawiera również ceny za wykonanie prac stabilizacji podłoża,

b) uwzględnienia w ofercie dla pomostów tonażu 3,360 T, a nie jak to było określone w projekcie technicznym 4,913 T, że wykonawca INKOP złożył ofertę niezgodną z SIWZ, albowiem przewidział inny aniżeli określony SIWZ rodzaj elementu

- Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego INKOP, gdyż znajduje ono oparcie w materiale dowodowym sprawy.

Zgodnie z projektem budowlano-wykonawczym dla budowy kanału sanitarnego VA - „Ponieważ część studni zapuszczanych wykonywana będzie w miejscach występowania na poziomie ich projektowanego dna nawodnionych gruntów kurzawkowych (piaski pylaste, pył piaszczysty), należy się liczyć w tych przypadkach z koniecznością wzmocnienia podłoża

celem zastabilizowania studni w gruncie. W takich przypadkach projektuje się zastosowanie do wzmocnienia gruntu iniekcji strumieniowej (Jet grouting) betonem B-10". (...). Projektuje się w razie takiej konieczności wykonanie po obwodzie studni 6 sztuk kolumn iniekcyjnych o średnicy 1,0 m i wysokości 4m". W projekcie technicznym nie ma jednak wyraźnie wskazanych konkretnych lokalizacji w których stabilizacja metodą Jet Grouting jest konieczna i niezbędna do prawidłowego wykonania zamówienia. Projektant używa słów „należy się liczyć”, „w razie takiej konieczności”, co wyraźnie sugeruje konieczność samodzielnego oszacowania przez wykonawcę konieczności zastosowania w konkretnych miejscach danej metody lub całkowitego odstąpienia od niej, o ile konieczność zastosowania tej metody nie znajdzie potwierdzenia w rzeczywistości.

Przystępujący zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą ocenił w oparciu o wizję lokalną, doświadczenie w wykonywaniu podobnego kontraktu w bliskiej odległości od przedmiotowej inwestycji oraz analizy dokumentacji projektowej, że grunty kurzawkowe mogą występować jedynie w okolicach studni 5,13 oraz 22. Koszt wykonania tego zabezpieczenia został przez niego skalkulowany w koszcie zapuszczania studni.

Brak osobnej pozycji kosztorysowej na wykonanie iniekcji metodą Jet Grouting nie przeświadcza o złym skalkulowaniu ceny ryczałtowej przez wykonawcę INKOP, ani o niezgodności treści oferty z SIWZ. Przystępujący INKOP w przedstawionym kosztorysie dla studni zapuszczanych dla zadania 1 przyjął uprawnioną kalkulację własną opisaną w poz. 18,18,21,22,52,53,73,74 i wszystkie te pozycje odnoszące się do montażu studni - składają się na całość robót danego elementu. Porównując koszty z ww. pozycji z cenami ofertowymi dostawców elementów (materiałów) studni zapuszczanych, zamawiający ustalił rezerwę kosztów w kwocie ponad 580 000,00 zł na ewentualne wzmocnienia podłoża studni w razie takiej konieczności. Przystępujący skalkulował ewentualne dokonanie iniekcji w celu wzmocnienia podłoża w miejscach prowadzenia robót, gdzie uznawał, że zachodzi prawdopodobieństwo wystąpienia gruntów słabonośnych, a jakiegokolwiek dodatkowe wykorzystanie metody Jet Grouting i tak w całości obciążać będzie wykonawcę zamówienia w związku z zastrzeżeniem w ofercie wynagrodzenia ryczałtowego.

W odniesieniu do pomostów i tonażu 3,360 T, a nie jak to było określone w dokumentacji technicznej 4,913 T - za daleko idący jest wniosek odwołującego, że wykonawca wybrany złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, albowiem przewidział inny aniżeli określony SIWZ rodzaj elementu.

Izba uwzględniła stanowisko przystępującego, że koszty montażu pomostów w studzienkach kanalizacyjnych zostały skalkulowane zgodnie z projektem wykonawczym i zostały ujęte częściowo w koszcie wykonania studni a częściowo w osobnej pozycji w

kosztorysie załączonym do złożonych wyjaśnień z dnia 8 sierpnia 2016 r. Sposób ujęcia kosztów w cenach jednostkowych, z uwagi na niewiążący charakter przedmiaru i ryczałtowy sposób wynagrodzenia - nie został wykonawcom narzucony w postanowieniach SIWZ.

Okoliczność przyznaną stanowiło, że zamawiający rozbieżnie podał ilości stali w przedmiarze i w projekcie technicznym dla wykonania zejść oraz pomostów. Przystępujący wykorzystał przedmiar i do wyceny przyjął ilość stali z przedmiaru, tj. 3,360 T. Zamawiający opierając się na kosztorysie inwestorskim i ceny stali tam przyjętej, stwierdził że różnica cenowa wynikająca z tej pomyłki wynosiłaby około 30 000,00 zł, i zasadnie ustalił, że nie wpłynęłaby na cenę globalną oferty INKOP i nie sprowadziłby jej poniżej progu kosztów koniecznych do poniesienia dla całego przedsięwzięcia. Cena ma charakter ryczałtowy - całkowity, i zamawiający był zobowiązany tak ją weryfikować, a nie w odniesieniu do poszczególnych elementów zamówienia.

W ocenie Izby, postanowienia SIWZ, dopuszczające rozwiązania równoważne zaprojektowanym - stwarzały również dla wykonawców możliwość zastosowania zejść i pomostów równoważnych, tj. atestowanych, spełniających wymagania odnośnych norm, jednakże o mniejszej materiałochłonności, i stosownie do zamierzeń skalkulowania ceny oferty. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są wiążące tak dla wykonawców, jak i samego zamawiającego, który nie może czynić od nich odstępstw na etapie oceny ofert.

Z powyższego wynika, że zarzuty odwołującego - naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z pkt. 1 i 3 Rozdziału 8 SIWZ - oparte na analizie kosztorysu skarżonego konkurenta, poprzez brak prawidłowej oceny oferty wykonawcy INKOP i zaniechanie jej odrzucenia ze względu na to, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ - nie znalazły żadnego oparcia w materiale dowodowym sprawy.

Wyjaśnienia wykonawcy INKOP nawet biorąc pod uwagę złożony kosztorys, nie upoważniał do twierdzeń, że treść oferty wybranego wykonawcy odbiega od treści SIWZ i zachodzą obligatoryjne podstawy do jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu, że zaoferowana przez INKOP cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwe wykonanie całego zakresu zamówienia, należało zważyć, że odwołujący oparł ten zarzut na wybiórczym przywołaniu wybranych cen jednostkowych z kosztorysu przystępującego dotyczących, zwłaszcza cen jednostkowych dla drabin i pomostów, które uznał za odbiegające w sposób rażąco od cen rynkowych oferowanych przez dostawców, które ustalił na podstawie oferty firmy POLFENDER P.P.H.O. z dnia 19 maja 2016 r. - wnioskowanej jako dowód w sprawie.

Izba nie uwzględniła, że dowolna (jedna) oferta ww. firmy stanowi o poziomie cen rynkowych na drabiny wewnętrzne i pomosty ze stali k.o. OH18N9. Ponadto, nawet zaniżenie danego elementu wyceny nie mogłoby dowodzić rażąco niskiej ceny całkowitej oferty, odnoszonej do przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, ale tylko taką, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do całości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zupełnie pominął, że różnica między ceną oferty wykonawcy INKOP i średnią cen złożonych ofert wynosi 19,35%, a między ofertą odwołującego wynosi 8,19%, podczas gdy przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mówi o różnicy 30 %, stanowiącej co do zasady podstawę uruchomienia przez zamawiającego procedury wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ustawodawca nie bez przyczyny, użył określenia „cena rażąco niska”, a więc cena która w konkretnych warunkach zamówienia - w sposób nieodparty narzuca takie wnioski, że nie pokrywa koniecznych kosztów dla prawidłowego wykonania zamówienia, czego nie można przypisać cenie ofertowej przystępującego INKOP, w której wykonawca zawarł również 10% zysk.

Izba za nieuprawniony uznała zarzut stawiany zamawiającemu - naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez brak prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty wykonawcy INKOP oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INKOP zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wbrew twierdzeniom odwołującego wyjaśnienia wykonawcy INKOP wraz z przedłożonymi dowodami spełniają wymagania określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w kontekście wezwania zamawiającego z dnia 4 i z 11 sierpnia 2016 r. Wykonawca INKOP w celu lepszego zobrazowania struktury kosztów, załączył kosztorysy dla zadania 1, 2 i 3 wykonane metodą kalkulacji uproszczonej, zawierające w cenach jednostkowych koszty materiałów, robocizny i sprzętu, będąc uprawnionym do indywidualnych kalkulacji i ujmowania kosztów oznaczonych elementów robót w pozycjach kosztorysu, jakie uznawał za powiązane, bilansujące się z ceną oferty, wynikającą z Formularza ofertowego i Formularzy cenowych. Przystępujący INKOP przedstawił założenia wyceny najbardziej znaczących kosztowo elementów, tj.:

- wykonanie mokrotunelingu oraz przecisków sterowanych rurami kamionkowymi (poz. 35, 36, 67, 70, 101 kosztorysu nr 4-515). Mikrotunetling wraz z ceną rur stanowi 49 % wartości przedmiotowego zamówienia ma więc największy wpływ na końcową cenę ofertową

- sprzęt, którym wykonywać będzie zamówienie, czyli zestaw mikrotunelowy Herrenknecht AVN 600 oraz wiertnice poziome sterowane WPS 60 i WPS 80 są własnością wykonawcy INKOP, w związku z tym nie musi ponosić wysokich kosztów jego wypożyczenia
- na cenę 1 mb wykonanego przewiertu składają się więc tylko i wyłącznie koszt pracy sprzętu i agregatów prądotwórczych oraz koszt robocizny (operator maszyny mikrotunelowej oraz 4 monterów) i cena rur spełniających wszystkie wymagania zamawiającego
- czynnikiem, który pozwolił na złożenie najbardziej korzystnej cenowo oferty jest wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu komór technologicznych metodą zapuszczaną w gruntach mocno nawodnionych bez zastosowania systemowego odwodnienia; wypracowana przez INKOP technika i doświadczenie pracowników pozwalały założyć znaczne skrócenie czasu zapuszczania studni, co przedkłada się na zmniejszenie kosztów robocizny i pracy sprzętu, skrócenie czasu wykonywania zamówienia, a co za tym idzie mniejsze opłaty z tytułu zajęcia pasa drogowego oraz utrzymania zaplecza budowy
- zamawiający na realizację przedmiotowego zadania wyznaczył 36 miesięcy; biorąc pod uwagę warunki gruntowo - wodne a także warunki terenowe przystępujący założył, że do wykonania zamówienia - zadnie 1 i 2 potrzebuje czasu ok. 8 miesięcy; zastosowanie takiego rozwiązania spowoduje znacznie obniżenie kosztów robocizny, pracy sprzętu, utrzymania zaplecza, opłat związanych z zajętością pasa drogowego i pozostałych
- jeśli chodzi o zakres zadania 3 Przebudowa/rozbudowa skrzyżowania ulic Konstantinowska/ Juszczakiewicza wraz z budową chodnika w ul. Juszczakiewicza przystępujący bazował na ofercie podwykonawcy - firmy UNIDRO S.A., którą załączył jako dowód.

Wyjaśnienia przystępującego mają charakter konkretny i weryfikowalny i odnoszą się do zasadniczych i najbardziej kosztotwórczych elementów zamówienia, w pełni wpisują się w dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zostały poparte wiarygodnymi dowodami - ofertami podwykonawcy i dostawców materiałów - rur oraz studni zapuszczanych, tj. firm Sweillem Ceramic Polska Sp. z o.o., Prefabet Kluczbork S.A. oraz UNIDRO S.A. - podającymi oferowane przystępującemu ceny i upusty.

Przystępujący INKOP prawidłowo spełnił żądanie zamawiającego w odniesieniu do wyjaśnień i dowodów w szczególności w zakresie:

- szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych kosztów, w tym: robocizny, materiałów, sprzętu, kosztów pośrednich oraz innych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, z podziałem na grupy robót;
- wysokości rabatów i upustów na które wykonawca powołuje się w złożonych wyjaśnieniach oraz wysokości ich wpływu na cenę oferty;
- zysku;

- kosztów zatrudnienia pracowników, (które zgodnie z przepisami prawa polskiego nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę); oraz
- innych czynników mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.

Przedmiotowe wyjaśnienia z dnia 8 i 16 sierpnia 2016 r. potwierdziły, że zaproponowana przez wybranego wykonawcę cena jest realna, a wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ jest możliwe bez obniżenia standardu i jakości wykonania przedmiotu zamówienia i bez występowania o nieuzasadnione zamówienia dodatkowe, czy uzupełniające.

Wezwany wykonawca szczegółowo określił i udowodnił sposób skalkulowania ceny jego oferty, a zamawiający był w stanie wywnioskować z czego wynika cena, i że daje ona gwarancje należytej realizacji zamówienia według warunków określonych w projekcie umowy. Przedstawione zostały całkowite kalkulacje cenowe w złożonym kosztorysie, obrazujące sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co umożliwiło zamawiającemu zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem wykluczenia zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia za rażąco niską cenę - niepokrywającą koniecznych do poniesienia kosztów. Wyjaśnień przystępującego nie można było uznać za ogólnikowe. Przystępujący zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia wykonawcy INKOP zasadnie zostały uwzględnione przez zamawiającego, który poprzez ich przyjęcie w żadnym stopniu nie naruszył przepisów art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp - poprzez brak prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty wykonawcy INKOP oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INKOP, gdyż w świetle udzielonych wyjaśnień i przedstawionych dowodów - nie zachodziły podstawy do uznania oferty INKOP jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła 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.

Na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....