

Sygn. akt: KIO 621/12

**WYROK**  
z dnia 16 kwietnia 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **30 kwietnia 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, 33-380 Krynica-Zdrój, Mochnaczka Wyżna 59** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o., ul. Kępa 19, 97-200 Tomaszów Mazowiecki**

przy udziale wykonawcy **PU-P Sanbud, ul. Karpacka 12, 62-800 Kalisz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawcy **WUPRINŻ SA z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, 33-380 Krynica-Zdrój, Mochnaczka Wyżna 59**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę

**Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, 33-380 Krynica-Zdrój, Mochnaczka Wyżna 59**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, 33-380 Krynica-Zdrój, Mochnaczka Wyżna 59** na rzecz zamawiającego **Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o., ul. Kępa 19, 97-200 Tomaszów Mazowiecki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o., ul. Kępa 19, 97-200 Tomaszów Mazowiecki wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Projektowanie i budowa kanalizacji sanitarnej dla zadania 5, 6, 10 objętego Projektem pt „Modernizacja oczyszczalni ścieków i skanalizowanie części aglomeracji Tomaszowa Mazowieckiego” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej – Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 pod numerem CCI 2007PL161PO002«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14.12.2011 r. pod nrem 2011/S 240-389078.

Zamawiający 20.03.2012 r. zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sanbud;
- 2) odrzuceniu ofert wykonawców Eko-Bet Sp. z o.o. z siedzibą w Złocienicach oraz wykonawcy PRI 7 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdyż treść ofert nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) wykluczeniu wykonawcy Ekolobud SA z siedzibą w Suwałkach gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i PBI Machnik gdyż złożył ofertę z rażąco niską ceną, na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wykonawca Krzysztof Machnik Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, 33-380 Krynica-Zdrój, Mochnaczka Wyżna 59, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 30.03.2012 r. do Prezesa KIO odwołanie na czynność zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ w dziale III str. 4 informacji o wyborze oferty cyt. „Zamawiający informuje, iż z postępowania zostali wykluczeni wykonawcy”, a dalej w tym dziale III pkt 2 podaje, że powodem wykluczenia (a nie odrzucenia oferty) był przepis „art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy”;
- 2) art. 90 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wezwanie wykonawcy Krzysztof Machnik do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a nie wezwał wykonawców tj. EKOBET z ceną oferty 18.094.286,77 zł tj. 72,04% kosztorysu inwestorskiego oraz wybranego wykonawcy tj. wykonawcy Sanbud z ceną 18.897.720,00 zł tj. 75,24% kosztorysu inwestorskiego;
- 3) art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ wykonawca złożył wyjaśnienia, a ich ocena przez zamawiającego była subiektywna, co narusza art. 7 Pzp, bo na tym etapie przetargu „zaprojektuj i wybuduj” wykonawca nie miał możliwości udzielenia bardziej szczegółowych odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania (przepisane z ustawy), a niedoprecyzowane przez zamawiającego do sytuacji, gdy nie ma jeszcze dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (dalej STWiORB);
- 4) art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień odwołującego w kwestii nie wpisania do ceny ofertowej kosztu nadzoru przyrodniczego, jednak zawarcie tego kosztu nie było wymagane w specyfikacji;
- 5) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający nie dokonał poprawy innej omyłki w ofercie odwołującego na kwotę 52 zł (przy cenie 16.979.976,82 zł brutto), a w wybranej ofercie wykonawcy Sanbud zamawiający dokonał poprawy omyłki w cenie, czym zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 Pzp, bo nie prowadził postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne Sanbud;
- 2) unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego z uwzględnieniem jednego kryterium oceny oferty – 100% cena.

Argumentacja odwołującego

1. Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ w dziale III str. 4 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniach oraz odrzuceniach ofert, cyt. „Zamawiający

informuje, iż z postępowania zostali wykluczeni wykonawcy”, a dalej w dziale III pkt 2 podaje, że powodem wykluczenia (a nie odrzucenia oferty) był przepis „art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp”.

Przepis art. 90 ust. 3 Pzp stanowi tylko o odrzuceniu oferty wykonawcy, gdy nie złożył wyjaśnień lub złożone wyjaśnienia nie zostaną uznane, że cena nie jest rażąco niska.

Tak samo przypis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi tylko i wyłącznie o odrzuceniu oferty wykonawcy, a nie o wykluczeniu z postępowania.

Wykluczenie z postępowania a odrzucenie oferty – są to dwa zupełnie inne stany prawne i faktyczne. Zatem zamawiający naruszył także art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ponieważ zamawiający nie podał uzasadnienia prawnego, które było przyczyną wykluczenia, lecz podał tylko, że „wyklucza”, a uzasadnienie prawne i faktyczne podał dla odrzucenia oferty.

Z tego powodu oferta odwołującego nie mogłaby być odrzucona. Zamawiający ma ustawowy obowiązek podać właściwe przepisy, gdy stwierdza, że „wyklucza wykonawcę”, a nie stwierdzać „że wyklucza”. Zamawiający ma obowiązek podać przepisy dla odrzucenia oferty, bo nie stwierdził, że „odrzuca ofertę”, lecz stwierdził, że „wyklucza wykonawcę z postępowania”, a są to dwie całkiem inne przesłanki prawne.

2. Naruszenie art. 90 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Jednocześnie zamawiający nie wezwał wykonawców EKOBET z ceną oferty 18.094.286,77 zł, tj. 72,04% kosztorysu inwestorskiego oraz wybranego wykonawcy tj. wykonawcy Sanbud z ceną 18.897.720,00 zł tj. 75,24% kosztorysu inwestorskiego.

Zamawiający stwierdził tylko w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty, a nie wykluczeniu z postępowania, że wykluczył odwołującego z postępowania oraz że cyt. „Zdaniem zamawiającego zaoferowana cena jest nieadekwatną do przedmiotu zamówienia” nie podając w ogóle na czym polega ta „nieadekwatność”. Zamawiający ma obowiązek podać uzasadnienie faktyczne art. 92 ust. 2 lub 3 Pzp. W postępowaniu nie wiadomo, na który ustęp powołuje się zamawiający, bo nie wiadomo także czy zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, czy też odrzucił jej ofertę, bo raz podaje iż wyklucza odwołującego, a dalej zamawiający podaje przepis o odrzuceniu oferty.

Dalej zamawiający podaje, że cyt. „Jednocześnie znacznie odbiega od cen zaoferowanych przez innych oferentów”. Nie wnikając w fakt nieprawidłowego słownictwa bo ustawa nie używa słowa „oferent” lecz „wykonawca”, odwołujący wskazuje, że zamawiający nie uzasadnia na czym polega to „znacznie odbiega”, gdy różnica cen pomiędzy ofertą wykonawcy EKOBET a odwołującego wynosi tylko w stosunku do kosztorysu inwestorskiego  $72,04\% - 67,60\% = 4,44\%$ , a wybranym wykonawcą Sanbud –  $75,24\% - 67,60\% = 7,64\%$  –

nie jak podaje zamawiający: 10%. Ceny ofert, które są wyższe o 4,44% i 7,64% od ceny oferty najniższej, nie mogą w ocenie odwołującego, w świetle doktryny i orzecznictwa KIO być uznane za znacznie odbiegające od cen następnych ofert.

Różnic cen nie bada się w stosunku do cen ofert, lecz w stosunku do kosztorysu inwestorskiego zgodnie z doktryną i orzecznictwem KIO. Gdyby to były różnice pomiędzy cenami ofert w stosunku do kosztorysu inwestorskiego np. 30% wówczas można by uznać za znaczne odbieganie.

Zamawiający naruszył także w tym przypadku art. 7 ust. 1 Pzp, bo prowadzi postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 2 Pzp, bo nie dokumentując wyrażen „adekwatność” i „znacznie odbiega” dowodzi to tylko, że osoby, które przygotowały i przeprowadzają postępowanie nie zapewniają obiektywizmu i bezstronności.

Zamawiający naruszył ponadto art. 7 ust. 3 Pzp, bo udzielano zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy.

Zamawiający przy ocenie złożonych wyjaśnień nie uwzględnił, że zamówienie obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót, dlatego przytoczone wyroki KIO nie są adekwatne, bo opisują wyjaśnienia w postępowaniach, gdzie była dokumentacja projektowa.

Inna jest forma wyjaśnień, gdy nie ma dokumentacji projektowej, gdy wykonawca ma tylko hasło, że ma wykonać dane roboty, a jak je wykonać ma to dopiero określić dokumentacja projektowa i STWiORB, których na tym etapie postępowania nie ma.

Ważną rzeczą są tutaj badania podłoża gruntownego i warunków wodnych, bo to rzutuje na koszty wykonania robót. Zamawiający wprawdzie zamieścił wymagane w § 19 pkt 4 lit. b rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 oraz z 2010 r. Nr 72, poz. 464) (§ 19. Część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje: 4) inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności: b) wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów) „Wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów”, ale na podstawie tych badań nie można projektować, ze względu na brak takich danych jak:

- 1) rzędnych zwierciadła wody gruntowej;
- 2) profili geotechnicznych i przekrojów geotechnicznych wzdłuż tras projektowych kanalizacji;
- 3) szczegółowego określenia rodzaju i parametrów gruntów w podłożu na trasie kanalizacji;

4) szczegółowego określenia współczynników filtracji o poszczególnych warstwach gruntu w podłożu.

Z powyższych względów nie można było udzielić wyjaśnień na temat oszczędności wykonania odwodnienia, metod umocnienia wykopów, sposobu posadowienia przewodów itp.

Brak ten wynika także z faktu, że wykazie cen nr 1 zamawiający w pkt 1.5 polecił m.in. wyceniać badania geotechniczne (powinno być geologiczno-inżynierskie). Umieszczone w PF-U materiały są niekompletne i nie mogą służyć bez dodatkowych badań do celów projektowych – nie mając wymaganej formy i treści zgodnie z przepisami, a ich wykonawca zlecił wykonanie badań dodatkowych.

Brak inwentaryzacji dendrologicznej zieleni w § 19 pkt 4 lit. d, pomiarów ruchu drogowego lit. f, inwentaryzacji lub dokumentacji obiektów budowlanych do rozbiórki, a żąda ich wyceny – nie spełnił wymogu § 19 pkt 4 lit g ww. rozporządzenia.

Zamawiający zażądał wyjaśnień rażąco niskiej ceny w takiej formie, że jest już dokumentacja projektowa kompletna dla wszystkich branż wraz ze STWiORB dla wszystkich branż tj. oszczędność metody wykonania zamówienia. Jednak metoda wykonania będzie określona w dokumentacji projektowej i harmonogramach realizacji np. potokowa, pracy ciągłej, zadaniowa itd. Wybrane rozwiązania techniczne – będą dopiero określone w dok. projektowej, STWiORB, których na dzień składania wyjaśnień nie było.

Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy – nie wiadomo o jakie warunki chodzi – być może będą to wykopy otwarte lub przewierty i przeciski, ale będzie to ustalone w dokumentacji projektowej i STWiORB.

Oryginalność projektu wykonawcy, którego jeszcze nie ma, jest tylko hasło o rodzajach robót i ilościach, a oryginalność np. fundamentowania, wykopów, lub przecisków i przewiertów – będzie można określić dopiero w dok. proj. i STWiORB.

W ocenie odwołującego przy różnicy ceny oferty wykonawcy Machnik w stosunku do ceny kosztorysu inwestorskiego przyjętego na 100%, tj.  $100\% - 67,7\% = 32,40\%$  i podanymi powyżej różnicami cenowymi dwóch następnych ofert w stosunku do kosztorysu ofertowego oraz różnicami cen oferty wykonawcy Machnik, a dwoma następnymi ofertami nie mogły sugerować zamawiającemu, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska i nie mogły upoważniać zamawiającego do wystąpienia o wyjaśnienie ceny.

Zamawiający zrobił to celowo, aby odrzucić ofertę wykonawcy Machnik (a nie jak pisze bezpodstawnie – wykluczyć z postępowania), ponieważ ustawa nie zawiera przepisu jak należy ocenić wyjaśnienia, co daje zamawiającemu całkowitą swobodę w ocenie wyjaśnień i zamawiający zawsze może nie uznać wyjaśnień nie podając dlaczego, bo nawet gdyby były inne także by ich nie uznał – bo zamawiający chce wydać bezzasadnie, bez uzasadnienia faktycznego i merytorycznego więcej o 1.917.744,00 zł co stanowi 7,64% wartości

kosztorysu ofertowego. Ponieważ są to środki Unijne, przy kontroli po stwierdzeniu naruszeń ustawy i bezzasadności wydania 1.917.744,00 zł może być cofnięta dotacja Unijna lub zastosowane inne kary przewidziane prawem.

Odrzucona oferta wykonawcy EKO-BET z ceną 18.094.286,17 zł za brak kosztu nadzoru przyrodniczego, która to oferta miała drugie miejsce w kryterium cena, nie powinna być odrzucona, ponieważ w Tomie 3 Rozdział 4 wykaz cen – ustalenia poz. 2 zamawiający wytłuszczonym drukiem podaje, cyt. „Zamawiający przyjmuje, że wszystkie koszty niezbędne do zaprojektowania, uzyskania niezbędnych decyzji, warunków oraz pozwoleń, wybudowania (wyburzenia), przekazania do użytkowania oraz serwisowania w Okresie Zgłaszania Wad oraz w okresie rękojmi zostały przez wykonawcę uwzględnione w Zatwierdzonej Kwocie Kontraktowej, nawet, jeżeli nie zostały wymienione w Wykazie Cen”. Stwierdzenie to stanowi, że gdy wykonawca pominął jakąś pozycję w wykazie cen – to i tak ma to wykonywać. Zatem oferta z tego tytułu nie podlegała odrzuceniu. To, że podjęte przez zamawiającego działania miały na celu tylko i wyłącznie odrzucenie (wykluczenie?) oferty odwołującego udowadnia inny przetarg, który zamawiający rozstrzygnął w 27 grudnia 2011 r., a więc gdy już trwało rozpoznawane postępowanie na podobny zakres i rodzaj robót, gdzie przy wartości kosztorysu inwestorskiego netto – 29.247.077,52 zł, (z VAT – 35.973.905,35 zł), zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, ofertę z ceną brutto – 18.907.447,00 zł, co stanowi 52,56% wartości kosztorysu ofertowego brutto i nie uznał jej za cenę rażąco niską.

Cena tej oferty jest niższa od ceny oferty odwołującego o 15,04%. To, że ceny obecnie na rynku tego typu roboty budowlane w zakresie kanalizacji i wodociągów są dużo niższe od kosztorysów inwestorskich obrazuje poniższe zestawienie od zał. nr 1, który dotyczy zamawiającego w opisanym powyżej przetargu do zał. nr 9.

Lp.	Nr zał.	Nazwa Zamawiającego	Nazwa robót	Cena brutto kosztorysu inwestorskiego	Cena brutto wybranej oferty	% cena oferty w stosunku do ceny kosztorysu inwestorskiego
1	1	Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. 97-200 Tomaszów Mazowiecki, ul. Kępa 19	Projektowanie i budowa kanalizacji sanitarnej dla zadania 2,3,4 objętych Projektem pt. „Modernizacja oczyszczalni ścieków i skanalizowanie części aglomeracji	35.973.905,35	18.907.447,00	52,56%
2	2	Gmina Rzeczyca, 97-220 Rzeczyca, ul. Tomaszowska 2	Budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami	5.619.085,53	2.677.702,96	47,65%
3	3	Gminny Zakład Gospodarki Komunalnej w Mińsku Mazowieckim	Budowa sieci kanalizacyjnej w miejscowościach Arynów, Królewiec, Wólka Mińska, gm. Mińsk Mazowiecki	14.591.577,29	6.052.212,51	41,48%
4	4	Gmina Bełchatów, 97-400 Bełchatów, ul. Kościuszki 13	Budowa oczyszczalni ścieków wraz z siecią kanalizacji sanitarnej w miejscowości Łękawa, gm. Bełchatów	10.715.771,41	3.963.637,49	36,99%
5	5	Spółka Komunalna „Dorzecze Białej” Sp. z o.o. Ul. Jana III Sobieskiego 96C 33-170 Tuchów	Kontrakt XII-Budowa sieci kanalizacji sanitarnej i wodociągowej wraz z przyłączami w miejscowości Rzepiennik Strzyżewski i Rzepiennik Biskupi. Budowa rurociągu przesyłowego kanalizacji sanitarnej z Rzepiennika Strzyżewskiego do Lubaszowej	20.556.625,51	9.707.399,85	47,22%
6	6	Spółka Komunalna „Dorzecze Białej” Sp. z o.o. ul. Jana III Sobieskiego 96C 33-170 Tuchów	Kontrakt IV-Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Tuchów	12.292.362,63	3.879.370,80	31,56%



7	7	Spółka Komunalna „Dorzecze Białe” Sp. z o.o. Ul. Jana III Sobieskiego 96C 33-170 Tuchów	Kontrakt XVII -Budowa sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w gminie Ciężkowice	14.295.973,19	5.602.644,29	39,19%
8	8	„Dunajec” Sp. z o.o. Gródek nad Dunajcem 28 33-318 Gródek nad Dunajcem	„Zaprojektowanie i budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Gródek nad Dunajcem” dla realizacji Projektu „Porządkowanie gospodarki wodno-ściekowej gminy Gródek nad Dunajcem na obrzeżach Jeziora Rożnowskiego” w ramach działania 1.1 gospodarka wodno-ściekowa w aglomeracjach powyżej 15 tys. RLM – priorytetu „gospodarka -wodno-ściekowa”	19.954.536,00	9.326.415,76	46,74%
9	9	Przedsiębiorstwo Wodo-ciągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Wodzisławiu Śląskim	Budowa kanalizacji sanitarnej w Wodzisławiu Śląskim, dzielnica Radlin II – część 1 - dokończenie robót	19.799.339,20	10.422.549,55	52,64%

Jak wynika z powyższego ceny wybranych ofert w stosunku do kosztorysów inwestorskich wahają się od 31,56% do 52,64% i nie zostały uznane za rażąco niskie.

Jest to spowodowane brakiem zleceń.

Zamawiający, jako profesjonalista w branży objętej przetargiem, ma w ocenie odwołującego wiadomości o bardzo niskich cenach ofert i nie powinien w ogóle występować o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, zwłaszcza że zamówienie obejmuje projektowanie i wykonawstwo.

3. Naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ wykonawca złożył wyjaśnienia, a ich ocena przez zamawiającego była subiektywna, co narusza art. 7 Pzp bo na tym etapie przetargu „zaprojektuj i wybuduj” wykonawca nie miał możliwości udzielenia bardziej szczegółowych odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania (przepisane z ustawy), a niedoprecyzowane przez zamawiającego do sytuacji, gdy nie ma jeszcze dokumentacji projektowej oraz STWiORB.

Żaden przepis ustawy nie ogranicza zamawiającego, aby ponownie zwrócił się z zapytaniem, gdy ma wątpliwości do wyjaśnień np. na czym polega doświadczenie kadry oraz nowoczesność i wydajność sprzętu do robót ziemnych, aby podana cena była realna. Wówczas wykonawca udzieliłby konkretnych odpowiedzi na zadane konkretne pytania.

Zamawiający ma swoje stacje paliw i kupuje paliwo hurtowo po cenie niższej około 10% od ceny rynkowej (zał. nr 10 i 11).

Sprzęt, narzędzia i wyposażenie techniczne zakładu wykonawcy Machnik ma swoje (nie z wynajmu), nowe, energooszczędne i wydajne. Dlatego odwołujący może obniżyć ceny od 5 do 15% w stosunku do wykonawców, którzy korzystają z wynajmu, a takich jest bardzo dużo.

Doświadczenia własnych ludzi, którzy pracują po kilkanaście lat pozwala tak zorganizować pracę, aby zmniejszyć koszty o 5-10%, lecz o jakie koszty chodzi można dopiero mówić, gdy będzie opracowana dokumentacja projektowa i STWiORB. Na dowód tego odwołujący załącza wykaz narzędzi, sprzętu i wyposażenia z oświadczeniami, że są własnością odwołującego (zał. nr 12).

Zamawiający w piśmie nie wymienił jakie dowody należy załączyć do wyjaśnień. Zamawiający naruszył przepis art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 1 Pzp, ponieważ mając taki obowiązek nie zażądał od odwołującego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, określonym w § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) „wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami”.

Gdyby zamawiający spełnił ten obowiązkowy wymóg, określając jego formę i treść, mógłby (gdyby prowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) uznać złożone wyjaśnienie wykonawcy w zakresie nowoczesnego i wydajnego sprzętu do robót ziemnych, co obniża koszty budowy. Nie żądając tego dokumentu i nie wykonując ciężącego obowiązku nałożonego na zamawiającego przez ustawę, zamawiający naruszył rażąco przepisy ustawy, co ma związek przyczynowy z odrzuceniem oferty odwołującego, a tym samym wpływa na wynik postępowania.

4. Odnośnie nie wpisania ceny kosztu nadzoru przyrodniczego – odrzucenie oferty bezzasadne. Oferta odwołującego nie powinna być odrzucona, ponieważ w Tomie 3 Rozdział 4 wykaz cen – ustalenia poz. 2 zamawiający wytłuszczonym drukiem podaje, cyt. „Zamawiający przyjmuje, że wszystkie koszty niezbędne do zaprojektowania, uzyskania niezbędnych decyzji, warunków oraz pozwoleń, wybudowania (wyburzenia), przekazania do użytkowania oraz serwisowania w Okresie Zgłaszania Wad oraz w okresie rękojmi zostały przez wykonawcę uwzględnione w Zatwierdzonej Kwocie Kontraktowej, nawet, jeżeli nie zostały wymienione w Wykazie Cen”. Stwierdzenie to stanowi, że gdy wykonawca pominął jakąś pozycję w wykazie cen – to i tak ma to wykonywać. Zatem oferta z tego tytułu nie podlegała odrzuceniu.

5. Pozycja 5.5.4 – ryczałt 52,00 zł nie ma żadnego wpływu na cenę rażąco niską i powinna być poprawiona przez zamawiającego w ramach poprawy innych omyłek, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W wybranej ofercie wykonawcy Sanbud zamawiający dokonał poprawy omyłki w cenie, a w ofercie odwołującego zamawiający nie dokonał poprawy, czym naruszył art. 7 ust. 1 Pzp bo nie prowadził postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Zamawiający stwierdza, że 52 zł (przy cenie

16.979.976,82 zł brutto) utwierdza go w przekonaniu, że oferta odwołującego opiewa na rażąco niską cenę.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 30.03.2012 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 30.03.2012 r. i 02.04.2012 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawca PU-P Sanbud, ul. Karpacka 12, 62-800 Kalisz złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 04.04.2012 r. po stronie zamawiającego.

Wykonawca WUPRINŻ SA z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 02.04.2012 r. po stronie zamawiającego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 12.04.2011 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie – art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp lub oddalenia odwołania.

23.02.2012 r. zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

29.02.2012 r. odwołujący, w wyznaczonym terminie, złożył ogólne wyjaśnienia bez załączenia żadnych dowodów.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, gdyż zamawiający ocenił wyjaśnienia, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Dlatego zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W zakresie zarzutu nr 1 zamawiający wskazuje, że stwierdzenie o wykluczeniu odwołującego jest oczywistym błędem pisarskim. Jednak sama podstawa prawna odrzucenia oferty odwołującego jest podana prawidłowo i podane jest prawidłowo uzasadnienie faktyczne.

Zdaniem zamawiający omyłka ta nie miała żadnego wpływu na na możliwość dowiedzenia się o podstawach i przesłankach odrzucenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) kopia str. 222-235 wydawnictwa SEKOCENBUD z 4 kwartału 2011 r. na potwierdzenie, że roboty ziemne to ok. 70% wartości w robót występujących przy budowie kanalizacji sanitarnych, które są przedmiotem rozpoznawanego zamówienia;
- 2) (dowód nr 2) ocena geotechniczna, która zamieszczona była w PFU, tom I, a na końcu dokumentu jest odniesienie do sieci wodociągowej, podczas gdy postępowanie odnosiło się do kanalizacji sanitarnej i wobec tego odwołujący twierdzi, że zamawiający nie przeprowadził badań i nie podał ich wyników zgodnie z rozporządzeniem;
- 3) (dowód nr 3) mapki jak powinien wyglądać plan sytuacyjny z naniesionymi otworami i oznaczeniem przekrojów geotechnicznych terenu oraz profili, przekrój geotechniczny terenu z zaznaczeniem punktów badań i kartą otworu wiertniczego, co zostało przeciwstawione przedstawionemu przez zamawiającego planowi miasta, który to plan nie może służyć do ustalenia lokalizacji badań geologiczno-inżynierskich;
- 4) (dowód nr 4) pismo UZP z 7 grudnia 2011 r. o odmowie wszczęcia kontroli, gdzie inny zamawiający uzyskał ofertę na poziomie 31% wartość szacunkowej i nie skorzystał z pytania o rażąco niską cenę;
- 5) (dowód nr 5) wyniki przetargów i poziom cen w stosunku do wartości szacunkowej ustalonej przez różnych zamawiających, gdzie wygrał bądź uczestniczył odwołujący

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba dopuściła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz – złożone przez odwołującego dowody.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ w dziale III str. 4 informacji o wyborze oferty cyt. „Zamawiający informuje, iż z postępowania zostali wykluczeni wykonawcy”, a dalej w tym dziale III pkt 2 podaje, że powodem wykluczenia (a nie odrzucenia oferty) był przepis „art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy” – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający informując o wyborze oferty powiadomił odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i przytoczył uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące w rzeczywistości odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Ze względu na prawidłową treść uzasadnień faktycznych i prawnych skład orzekający Izby nie może stwierdzić naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż treść tych uzasadnień była zgodna z rzeczywistością i zgodna z unormowaniem art. 92 ust. 1 Pzp.

Ponadto wykonawca nie dowiódł, że pomyłkowe umiejscowienie zawiadomienia o odrzuceniu oferty w części zawiadomienia dotyczącej wykonawców wykluczonych z postępowania miało jakikolwiek wpływ na wynik postępowania.

Podobną kwestię w analogiczny sposób Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła w wyroku z 22 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 267/12, gdzie Izba stwierdziła, cyt. : »Odmienne zakwalifikowanie prawne czynności zamawiającego, eliminujących odwołującego z postępowania (wykluczenie i uznanie oferty za odrzuconą), nie uprawnia Izby do uwzględnienia odwołania i nakazania powtórzenia czynności, które w konsekwencji powodują takie same skutki (brak wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) [...]«.

W związku z powyższym zarzut pierwszy, naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp ze względu na pomylenie miejsca zamieszczenia anonsu o odrzuceniu oferty przez zamawiającego – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty drugi i trzeci naruszenia art. 90 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, art. 90 ust. 3 i art. 7 Pzp przez subiektywną ocenę przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez odwołującego – nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający, 23 lutego 2012 r., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień – na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp – czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W wezwaniu tym zamawiający precyzyjnie określił powód wezwania: znaczne odbieganie zaoferowanej ceny od cen innych wykonawców, od wartości zamówienia i cen rynkowych. Również

zamawiający wskazał które czynniki weźmie pod uwagę podczas oceny wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Dodatkowo zamawiający określił sankcję odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, jeżeli wezwany wykonawca nie złoży wyjaśnień lub złoży wyjaśnienia, które zamawiający oceni, że potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wymaga także zauważenia faktu przyznania przez zamawiającego dla wykonawcy 7 dni na sporządzenie tych wyjaśnień.

Wyjaśnienia zostały sporządzone w 9 wierszach i zawierały tylko ogólne stwierdzenia o posiadaniu przez odwołującego doświadczonej kadry, nowoczesnego, wydajnego sprzętu i występowaniu podobnych cen rynkowych do ceny zaoferowanej przez wykonawcę. Odwołujący nie dołączył do wyjaśnień żadnych dowodów.

Zdaniem składu orzekającego Izby zamawiający nie mógł uznać, że tak lakoniczne pismo wyjaśnia niski poziom zaoferowanej ceny i uznał, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ocena ta nie jest w żaden sposób subiektywna, gdyż dosłownie kilka słów wyjaśnień, nie daje podstawy do merytorycznej oceny, że wykonawca wyjaśnił zaoferowaną cenę, że nie jest ona rażąco niska.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że dowody złożone przez odwołującego nie odnoszą się do wykazania, że nie zaoferował on w postępowaniu rażąco niskiej ceny, ale do wykazania, że przedmiot zamówienia został nieprecyzyjnie wyszacowany czy że w zamówieniach publicznych zdarza się dokonywanie wyboru tańszych ofert co u zamawiających, a także organów kontrolujących nie budzi wątpliwości. Jednak dowód ten nie może przekonać wszystkich do tezy, że w przypadku zaistnienia jakiegoś poziomu różnicy między ceną ofertową a oszacowaniem u zamawiającego nie mogą uzasadnienie się pojawić zastrzeżenia u zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał na rozprawie rozbieżności konkretnych sformułowań art. 90 Pzp a art. 55 dyrektywy klasycznej – DYREKTYWA 2004/18/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) zmieniona przez: Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1874/2004 z dnia 28 października 2004 r. (Dz.U. L 326 z 29.10.2004, str. 17), Dyrektywę Komisji 2005/51/WE z dnia 7 września 2005 r. (Dz.U. L 257 z 01.10.2005, str. 127), Dyrektywę 2005/75/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 listopada 2005 r. (Dz.U. L 323 z 09.12.2005, str. 557), Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. (Dz.U. L 333 z 20.12.2005, str. 28), Dyrektywę Rady 2006/97/WE z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz.U. L 363 z 20.10.2006, str. 107), Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1422/2007 z dnia 4 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 317 z 05.12.2007, str. 34). Jednak odwołujący nie wykazał, że rozbieżności te zmuszają zamawiających do szczególnego traktowania kwestii rażąco niskiej ceny i to traktowania innego niż wymaga tego przepis prawa krajowego – art. 90 Pzp.

Szczególnie odwołujący podkreślał, że zamawiający nie przeprowadził w sprawie rażąco niskiej ceny konsultacji i wskazał, że zamawiający nie przeprowadził konsultacji, które przed stwierdzeniem zastosowania rażąco niskiej ceny, zamawiający powinien przeprowadzić z wykonawcami.

Jednak zamawiający w trakcie badania ofert zwrócił się o wyjaśnienie do fachowców i specjalistów, czyli zgodnie ze znaczeniem wyrazu »konsultacje«, użytym w art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, zamawiający zwrócił się pisemnie o wyjaśnienia przez wykonawcę, czyli przez fachowca, specjalistę. Jednak w postępowaniu zamawiający – zdaniem składu orzekającego Izby – zasadnie ocenił wyjaśnienia odwołującego, a właściwie brak tych wyjaśnień, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Znaczenie wyrazu »konsultacje« zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN »zasięganie opinii u fachowców i specjalistów; udzielanie rad, wskazówek i wyjaśnień przez rzeczoznawców; porada«.

W związku z powyższym zarzuty drugi i trzeci naruszenia art. 90 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, art. 90 ust. 3 i art. 7 Pzp przez subiektywną ocenę przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez odwołującego – nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień odwołującego w kwestii nie wpisania do ceny ofertowej kosztu nadzoru przyrodniczego, jednak zawarcie tego kosztu nie było wymagane w specyfikacji – nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zawarł opis elementów oferty odwołującego, które cyt. »utwierdzają zamawiającego w wątpliwościach czy cena została skalkulowana poprawnie«, a więc nie były podstawą do uznania przez zamawiającego oferty odwołującego za ofertę zawierającą rażąco niską cenę, a tylko utwierdziły zamawiającego w takim poglądzie.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że pominięcie wpisania do ceny ofertowej kosztu nadzoru przyrodniczego powinno u zamawiającego działającego z należyłą starannością – w kontekście całości postępowania – wywołać inne odczucie niż wskazane w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Z tego względu skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut czwarty naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp – nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut piąty – naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający nie dokonał poprawy innej omyłki w ofercie odwołującego na kwotę 52 zł (przy cenie 16.979.976,82 zł brutto), a w wybranej ofercie

wykonawcy Sanbud zamawiający dokonał poprawy omyłki w cenie, czym zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 Pzp, bo nie prowadził postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców – nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że każda omyłka ofertach musi być traktowana indywidualnie przez zamawiającego i to zamawiający musi podjąć każdorazowo konkretną decyzję czy może zakwalifikować omyłkę do omyłek, które można poprawić na podstawie art. 89 ust. 2 Pzp czy należy usterkę w ofercie zakwalifikować inaczej. Odwołujący nie wykazał, że omyłka w w innej ofercie, którą to omyłkę zamawiający poprawił, była omyłką identycznego rodzaju, co wykazane przez zamawiającego usterki w ofercie odwołującego.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający w takiej samej sytuacji odnoszącej się do różnych wykonawców postąpił w różny sposób czym by naruszył art. 7 ust. 1 Pzp – zasadę zapewnienia uczciwej konkurencję i równego traktowania wykonawców.

Również odwołujący nie wykazał, że zamawiający był obowiązany uznać – w przedstawionych okolicznościach postępowania – omyłkę w ofercie odwołującego na kwotę 52 zł, jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją, która to omyłka nie powodowała istotnych zmian w treści oferty i zamawiający był obowiązany dokonać poprawy tej omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W związku z powyższym zarzut piąty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający nie dokonał poprawy omyłki w ofercie odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....