

Sygn. akt: KIO/UZP 179/08

WYROK
z dnia 13 marca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. (Lider), 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1 oraz PROKOM Sp. z o.o., 00-718 Warszawa, ul. Czerniakowska 71 (Partner)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Otwockie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Karczewska 48, 05-400 Otwock** protestu z dnia 14 lutego 2008r.

przy udziale **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. (Lider), 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1 oraz PROKOM Sp. z o.o., 00-718 Warszawa, ul. Czerniakowska 71 (Partner)**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. (Lider), 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1 oraz PROKOM Sp. z o.o., 00-718 Warszawa, ul. Czerniakowska 71 (Partner),**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. (Lider), 05-500 Piaseczno, ul. Dworska 1 oraz PROKOM Sp. z o.o., 00-718 Warszawa, ul. Czerniakowska 71 (Partner).**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Projektowanie i wykonawstwo: sieć wodociągowa wraz z przyłączami oraz stacje uzdatniania wody – Projekt NR 2004/PL/16/C/PE/013 „System wodno – kanalizacyjny w Otwocku”, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2007/S 228-277856, Zamawiający przekazał faksem, w dniu 08.02.2008r., informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty spółki SKANSKA S.A..

W dniu 15.02.2008r. (pismem z dnia 14.02.2008r.), z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp, Odwoływający złożył protest na czynność wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez spółkę SKANSKA S.A. oraz na zaniechanie czynności odrzucenia tej oferty, zarzucając Zamawiającemu **art. 7 ust. 1, 89 ust. 1, 4 i 8 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp**, a także żądając:

1. uwzględnienia odwołania,
2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę SKANSKA S.A.,
3. odrzucenia oferty złożonej przez spółkę SKANSKA S.A.,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu protestu odnośnie zarzutu niezgodności oferty spółki SKANSKA S.A. z ustawą Pzp oraz nieważności na podstawie odrębnych przepisów Odwoływający wskazał, że oferta spółki SKANSKA S.A. została podpisana przez Pana Mirosława Siepaka. Odwoływający podniósł, że do oferty załączona została kopia pełnomocnictwa udzielonego w dniu 11.10.2007r. (strona 047 oferty), na odwrocie której widnieje poświadczenie za zgodność z oryginałem, dokonane przez notariusza Dagmarę Wajdowicz w dniu 02.10.2007r. (strona 048 oferty), a zatem, że załączona do oferty kopia pełnomocnictwa nie została poświadczona notarialnie za zgodność z oryginałem, ponieważ w dacie dokonania czynności przez notariusza, pełnomocnictwo nie istniało. Odwoływający wysnuł wniosek, że nie było możliwe poświadczenie przez notariusza dokumentu, który nie został jeszcze sporządzony.

Odwoływający stwierdził nadto, że do oferty spółki SKANSKA S.A. została załączona jedynie kserokopia pełnomocnictwa, która wobec braku notarialnego poświadczenia za zgodność z oryginałem, nie może zostać potraktowana jako dokument w ogóle, co przesądza o tym, iż do oferty nie załączono pełnomocnictwa, a sama oferta w imieniu spółki SKANSKA S.A. nie została złożona. Nie zachowano również formy pisemnej, wymagającej podpisania oferty przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy. Podpisanie i złożenie oferty przez osobę nieuprawnioną powoduje nieważność oferty.

Oferta spółki SKANSKA S.A. jest wobec powyższego nieważna na podstawie odrębnych przepisów (art. 73 par. 1 K.c.), a także niezgodna z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp. Zaniechanie odrzucenia tej oferty stanowi rażące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w ofercie spółki SKANSKA S.A. Odwoływający podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego (pismo z dnia 02.02.2008r.) SKANSKA S.A. udzieliła ogólnych, lakonicznych wyjaśnień, bez dostarczenia jakichkolwiek dowodów, które miałyby potwierdzać, że oferta faktycznie nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego nie można uznać za wystarczające stwierdzenie spółki jakoby zaoferowana cena została wyliczona w oparciu o ceny rynkowe projektowania i wykonawstwa robót, z uwzględnieniem bieżących kosztów materiałowo – sprzętowych oraz że wartość oferowanych cen jest porównywalna z wartościami cenowymi jednostkowymi zamieszczonymi w biuletynie Sekocenbud. Podniósł także, że oferowane przez SKANSKA S.A. ceny nie uwzględniają szerokiego zakresu elementów składowych, przyjętych przez Zamawiającego w Programie Funkcjonalno – Użytkowym.

W dalszej części Odwołujący przeprowadził analizę kwot wskazanych przez spółkę SKANSKA S.A. w Wykazie Cen. I tak:

1. w zakresie analizy kwoty podanej w pkt. 1.8 Wykazu Cen – Próby końcowe: przedodbiórowe i odbiorowi, Odwołujący przyjął koszt 1m³ wody wg stawek OPWiK Sp. z o.o. w Otwocku w wysokości 5 zł oraz stawkę roboczo-godziny w wysokości 5,28 zł/ r-g obliczoną w oparciu o wysokość obowiązującej płacy minimalnej w wysokości 1 126 zł brutto, 844,91 zł netto,
2. w zakresie analizy kwoty podanej w pkt. 1.9 Wykazu Cen – Instrukcje eksploatacji i konserwacji, dokumentacja powykonawcza, Odwołujący przyjął minimalną cenę za wydruk kolorowy formatu A3, po uwzględnieniu rabatów, na poziomie 3 zł/ark,
3. w zakresie kwoty podanej w pkt 2.1.1. Wykazu Cen – Wykonanie przewodów wodociągowych średnicy Dn 100, Odwołujący przyjął cenę jednostkową montażu 1 mb wodociągu DN 110 mm PEHD w oparciu o Biuletyn Cen Obiektów Budowlanych, cz. II – obiekty inżynieryjne; II półrocze – 4 kwartał 2007r. (Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa Promocja Sp. z o.o.) w wysokości 241 zł, a następnie uwzględniając wymóg Zamawiającego, zawarty w pkt. 3.6.10 Cena składowa wykonania robót, a dotyczący w szczególności wykonania rozbiórek i odtworzenia stanu pierwotnego terenu, doszedł ostatecznie do wysokości 341 zł/mb.
4. w zakresie kwoty podanej w pkt. 2.1.6 Wykazu Cen – Wykonanie przewodów wodociągowych średnicy Dn 300, Odwołujący przyjął cenę jednostkową montażu 1 mb wodociągu DN 300 mm z żeliwa w oparciu o Biuletyn Cen Obiektów Budowlanych, cz. II – obiekty inżynieryjne; II półrocze – 4 kwartał 2007r. (Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa Promocja Sp. z o.o.) w wysokości 911 zł.
5. w zakresie kwoty podanej w pkt. 2.1.7 Wykazu Cen – Wykonanie przewodów wodociągowych średnicy Dn 400, Odwołujący przyjął cenę jednostkową montażu

1 mb wodociągu DN 400 mm w wysokości 1041 zł obliczając ją poprzez dodanie do wartości przewodu żeliwnego DN 300 (911 zł) 130 zł, które przyjął jako różnicę kosztu rury DN 300 i DN 400.

Sumując kwoty niedoszacowania wartości robót, wynikające z uwzględnienia wskazanych powyżej cen, Odwołujący wskazuje na zaniżenie wartości oferty w wysokości 11 452 938 zł. W ocenie Odwołującego zarówno ceny jednostkowe, jak i cena końcowa oferty są cenami niewiarygodnymi, nierealnymi w porównaniu do cen rynkowych, a fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ oceniając wyjaśnienia, w sposób nieuzasadniony uznał, że lakoniczne wyjaśnienia udzielone przez spółkę SKANSKA S.A. potwierdzają, że oferta tej spółki nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym naruszył dodatkowo art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ponieważ jednakowo potraktował tych wykonawców, którzy złożyli oferty ważne, jak i tych, którzy złożyli oferty podlegające odrzuceniu, co wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Interes prawny w złożeniu protestu Odwołujący uzasadnił złożeniem przez niego prawidłowej i najkorzystniejszej oferty, która doprowadziłaby do uzyskania przez Odwołującego zamówienia, gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Pismem z dnia 22.02.2008r., przekazanym Odwołującemu w dniu 25.02.2008r., z zachowaniem terminu wskazanego w art. 183 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego odrzucenie. Z treści rozstrzygnięcia protestu wynika, że Zamawiający protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził, że załączona do oferty kopia pełnomocnictwa została potwierdzona za zgodność z oryginałem. W opinii Zamawiającego data potwierdzenia pełnomocnictwa przez notariusza nie budzi wątpliwości, ponieważ Zamawiający żądał potwierdzenia za zgodność z oryginałem jedynie w przypadku kopii dokumentu. Daty znajdujące się na pełnomocnictwie, tj. 02.10. i 11.10.2007r. także nie budzą wątpliwości Zamawiającego, ponieważ są wcześniejsze niż termin składania ofert. Zamawiający wskazał, że datę 11.10.2007r. traktuje jako datę rozpoczęcia obowiązywania pełnomocnictwa, a nie jej wystawienia.

Oдноśnie zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w ofercie spółki SKANSKA S.A. Zamawiający podniósł, że zamówienie jest realizowane w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC „żółta książka” (zaprojektuj i wybuduj) i zgodnie z II oraz III Częścią SIWZ zapłata za przedmiot zamówienia jest ceną ryczałtową oraz podkreślił, że zastosowana formuła „zaprojektuj i wybuduj” umożliwia wykonawcom realizację przedmiotu zamówienia na bazie własnych koncepcji rozwiązań i technologii wykonania robót.

1. w zakresie analizy kwoty podanej w pkt 1.8 Wykazu Cen – Próby końcowe: przedodbiorowe i odbiorowe i przyjęcia kosztu 1m³ wody wg stawek OPWiK Sp. z o.o. w Otwocku w wysokości 5 zł Zamawiający podniósł, że próby te stanowią minimalne koszty w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia oraz wskazał, że koszty wody do przeprowadzenia prób szczelności mogą wynosić „0”, ponieważ Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby woda ta pochodziła z OPWiK Sp. z o.o.
2. w zakresie analizy kwoty podanej w pkt. 1.9 Wykazu Cen – Instrukcje eksploatacji i konserwacji, dokumentacja powykonawcza Zamawiający podniósł, że koszty te stanowią minimalne koszty w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia oraz stwierdził, że przyjęte przez Odwołującego w proteście koszty nie są minimalne, przeciwnie, bez uwzględniania rabatów, cena rynkowa jest zdecydowanie niższa.
3. w zakresie kwoty podanej w pkt 2.1.1. Wykazu Cen – Wykonanie przewodów wodociągowych średnicy Dn 100 Zamawiający zakwestionował źródło informacji, wskazując, że zgodnie z załączoną kartą, Odwołujący przyjął, iż roboty ziemne będą prowadzone w gruncie kat. III (co zdecydowanie wpływa na cenę), gdy tymczasem w opinii Zamawiającego nie jest to właściwe założenie, ponieważ na terenie objętym przedmiotem zamówienia, zgodnie z załącznikiem nr 15, tj. „Badania gruntowo – wodne – Profile odwiertów”, dołączonym do III części SIWZ, prace w 90% będą wykonywane w gruntach piaszczystych, których nie można zakwalifikować do kat. III. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że w takich warunkach geologicznych nie należy uwzględniać, wpływającej na cenę, podsypki, jak uczynił to Odwołujący, gdyż podsypka stanowi grunt rodzimy.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że wskazana cena 241 zł w żadnym stopniu nie jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, ponieważ składają się na nią elementy nie mające zastosowania w warunkach przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający zakwestionował również sposób analizy niedoszacowania każdego metra budowanej sieci o średnicy Dn 100 o 95 zł, wskazując, że Odwołujący w kwocie tej uwzględnił koszty rozebrania i odtworzenia nawierzchni z kruszywa naturalnego, co nie powinno mieć miejsca z tego względu, że zgodnie z III częścią SIWZ rozbiórka i odtworzenie nawierzchni z kruszywa naturalnego może dotyczyć jedynie dróg o nawierzchni tłuczniowej, a te, zgodnie z III Częścią SIWZ, stanowią znikomy odcinek o długości 620 m z 84 285 m budowanej sieci wodociągowej o średnicy Dn 100. Zamawiający podkreślił także, że nie wymagał rozbiórki i odtworzenia nawierzchni z kruszywa naturalnego, a jedynie odtworzenia nawierzchni do stanu pierwotnego.

Ponadto Zamawiający w III Części SIWZ PFU pkt 1.7.2.1 Lokalizacja wskazał, że „Przewody wodociągowe należy lokalizować w poboczu jezdni lub chodniku natomiast tylko w wyjątkowych i uzasadnionych przypadkach dopuszcza się lokalizację przewodu wodociągowego w pasie jezdni”, w związku z czym w przypadku, gdy trasa przewodu wodociągowego PEHD Dn 100 nie będzie możliwa do wykonania poza pasem drogowym i wystąpi konieczność wykonania przewodów wodociągowych w jezdni o nawierzchni asfaltowej, w celu minimalizacji wykonawcy mogli założyć wykonanie poszczególnych odcinków o nawierzchni asfaltowej za pomocą przewiertów sterowanych.

4. w zakresie kwoty podanej w pkt. 2.1.6 Wykazu Cen – Wykonanie przewodów wodociągowych średnicy Dn 300 Zamawiający podniósł, że dokonana wycena 1m przewodów zastała dokonana na podstawie załączonych kart SEKOCENBUD nie jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, ponieważ dotyczy robót wykonywanych w 70% ręcznie i 30% mechanicznie, podczas gdy Zamawiający przewidział lokalizację przewodów wodociągowych o średnicy Dn 300 w miejscach wolnych od innych mediów, a zatem nie będzie występowała duża ilość kolizji, przy których wymagane są roboty ręczne. Ponadto Zamawiający podniósł, że Odwołujący błędnie przyjął, że zasypywanie wykopów będzie się odbywało całkowicie ręcznie, ponieważ przewody będą lokalizowane w pasach o średniej szerokości ok. 6-7 m, gdzie dojazd sprzętu ciężkiego będzie możliwy.
5. w zakresie kwoty podanej w pkt. 2.1.7 Wykazu Cen – Wykonanie przewodów wodociągowych średnicy Dn 400 Zamawiający podniósł, że różnica kosztu rur o średnicy Dn 300 i Dn 400 podana przez Odwołującego nie wynosi 130 zł, ale na podstawie cen SEKOCENBUD za IV kwartał 2007r., różnica ta wynosi 80,77 zł.

Zamawiający stwierdził, że nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp, ani art. 89 ust. 1 pkt 1,4 i 8 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp – wyjaśnienia złożone przez spółkę SKANSKA S.A. potwierdzają, że cena tej spółki jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie jest rażąco niska.

W dniu 29.02.2008r., pismem z dnia 28.02.2008r., nadanym w placówce pocztowej operatora publicznego, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście, rozszerzając zarzuty o naruszenie art. 180 ust. 7 i 183 ust. 4 ustawy Pzp.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 i 8 ustawy Pzp, skład orzekający Izby ustalił, że Wykonawca SKANSKA S.A. na str 047 oferty złożył kopię pełnomocnictwa udzielonego Panu Mirosławowi Siepakowi przez osobę uprawnioną, zgodnie z odpisem aktualnym KRS 0000033102 (str. 054 oferty), do samodzielnego składania oświadczeń woli w imieniu spółki, tj. przez Prezesa Zarządu Romana Wieczorka.

Kopia ta (str 048 oferty) została opatrzona pieczęcią Kancelarii Notarialnej Dagmary Wajdowicz, podpisem notariusz mgr Dagmary Wajdowicz, pieczęcią urzędową z wizerunkiem orła oraz pieczęcią o treści: „Repertorium A Nr 5327/2007. Poświadczam zgodność tego odpisu (kopii) z okazanym dokumentem. Pobrano tyt. wyn. not. z par. 13 rozp. w spr. taksy not. kwotę 6,00 oraz podatek od towarów i usług w wys. 22% na podst. ust. o pod. VAT w kwocie 1,32. Rzeszów, dnia 02.10.2007r.”.

W ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że w dniu 02.10.2007r., tj. w dniu poświadczenia, notariuszowi Dagmarze Wajdowicz nie okazano oryginału pełnomocnictwa, którego zgodność we wskazanej dacie poświadczyła.

Wywodzenie z samego tylko faktu, że w treści pełnomocnictwa umieszczono: „Warszawa, dnia 11 października 2007 r.”, iż w dacie 02.10.2007r. oryginał dokumentu nie istniał, skład orzekający Izby uznał za bezpodstawne.

Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności, które mogłyby poddać w wątpliwość prawdziwość poświadczenia osoby zaufania publicznego, jaką w zakresie swoich uprawnień,

zgodnie z art. 2 par. 1 ustawy z dnia 14.02.1991r. Prawo o notariacie (tj. Dz. U z 2002r. Nr 42, poz. 369 z późn. zm.) jest notariusz.

Wobec powyższego uznać należy, że oferta podpisana przez Pana Mirosława Siepaka w imieniu SKANSKA S.A. jest ofertą podpisaną przez osobę uprawnioną, a zatem, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 i 8 ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że wobec braku uregulowania kwestii zawartości pełnomocnictwa w przepisach kodeksu cywilnego, a w szczególności obowiązku wskazywania odrębnej daty sporządzenia dokumentu pełnomocnictwa oraz daty, od której pełnomocnictwo jest skuteczne, a także biorąc pod uwagę reguły wykładni oświadczeń woli (art. 65 ust. 1 k.c.) uprawnionym jest przyjęcie, że wolą Prezesa Zarządu Romana Wieczorka było udzielenie Panu Mirosławowi Siepakowi pełnomocnictwa w szczególności do podpisania oferty od dnia 11.10.2007r. Pełnomocnictwo to obowiązywało zatem w dacie składania ofert, tj. 08.01.2008r. W związku z tym brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta została podpisana przez osobę nieuprawnioną.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, skład orzekający Izby, na podstawie Formularza oferty dla przedmiotowego przetargu ustalił, że Wykonawca SKANSKA S.A. zaoferował cenę w wysokości 62 828 086,03 zł.

Na podstawie Protokołu postępowania, skład orzekający Izby ustalił także, że wartość netto zamówienia podstawowego wynosi 71 175 180,96 zł (bez 20% wartości zamówień uzupełniających). Oznacza to, że po dodaniu wartości podatku od towarów i usług VAT w wysokości 22%, wartość przedmiotu zamówienia wynosi 86 833 720,77 zł, zatem wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 było zasadne.

Skład orzekający Izby ustalił, że na wezwanie Zamawiającego z dnia 24.01.2008r. (L.dz. 405/2008), Wykonawca SKANSKA S.A. złożył w dniu 01.02.2008r. wyjaśnienia odnośnie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, przy czym Zamawiający wskazał, że oczekuje wyjaśnień odnośnie ceny wykonania przewodów wodociągowych, które znacząco wpływają na wysokość ceny.

W odpowiedzi Wykonawca SKANSKA S.A. wyeksponował, że w przedmiotowym zamówieniu wprowadzono ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz że projekt realizowany jest wg formuły „Projektuj i buduj”, w której Wykonawca projektuje zakres rzeczowy zamówienia, a następnie realizuje w oparciu o przyjęte przez siebie założenia technologii i organizacji prowadzenia robót.

Odnosząc się, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, do cen wykonania przewodów wodociągowych, które znacząco wpływają na wysokość ceny, Wykonawca spółka SKANSKA S.A. wskazał, że znaczącymi elementami dla sieci wodociągowej w Otwocku są przewody

DN 100 i DN 150, które stanowią 2/3 wartości robót wodociągowych, a nadto stanowią 80% długości całkowitej wszystkich sieci. Stwierdził także porównywalność oferowanych przez Wykonawcę cen jednostkowych z wartościami zamieszczonymi w biuletynie Sekocenbud – BCO dla średnic DN 100.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że zaproponowanie „rażąco niskiej ceny” jest niewątpliwie jednym z negatywnych zachowań cenotwórczych wykonawców w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, jednak wobec braku definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny” tak w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak i w przepisach dyrektyw Unii Europejskiej, a także wobec braku wyjaśnienia znaczenia tego pojęcia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w których występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że skoro SIWZ nie zawierała wymogu korzystania z wody dostarczanej przez OPWiK Sp. z o.o. w Otwocku, to powoływanie się na cenę wody tego przedsiębiorstwa uznać należy za chybione.

Skład orzekający Izby podzielił argumentację Zamawiającego odnośnie kwoty podanej w pkt 2.1.1. Wykazu Cen – Wykonanie przewodów wodociągowych średnicy Dn 100, tj. że zgodnie z załączoną kartą błędnie Odwołujący przyjął, iż roboty ziemne będą prowadzone w gruncie kat. III skoro na terenie objętym przedmiotem zamówienia, zgodnie z załącznikiem nr 15, tj. „Badania gruntowo – wodne – Profile odwiertów”, dołączonym do III części SIWZ, prace w 90% będą wykonywane w gruntach piaszczystych, których nie można zakwalifikować do kat. III. Skład orzekający przyjął także, że w takich warunkach geologicznych nie należy uwzględniać, wpływającej na cenę, podsypki, jak uczynił to Odwołujący, gdyż podsypka stanowi grunt rodzimy.

Skład orzekający Izby podzielił również argumentację Zamawiającego odnośnie niedoszacowania każdego metra budowanej sieci o średnicy Dn 100 o 95 zł i przyjął, że Odwołujący niezasadnie w kwocie tej uwzględnił koszty rozebrania i odtworzenia nawierzchni z kruszywa naturalnego, co nie powinno mieć miejsca skoro, zgodnie z III częścią SIWZ, rozbiórka i odtworzenie nawierzchni z kruszywa naturalnego może dotyczyć jedynie dróg o nawierzchni tłuczniowej, a te, zgodnie z III Częścią SIWZ, stanowią znikomy odcinek o długości 620 m z 84 285 m budowanej sieci wodociągowej. Skład orzekający Izby ustalił, że zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający nie wprowadził wymogu rozbiórki i odtworzenia nawierzchni z kruszywa naturalnego, wymagał jedynie odtworzenia nawierzchni do stanu pierwotnego.

Skład orzekający Izby uznał nadto za przekonujący argument, że skoro Zamawiający w III Części SIWZ PFU pkt 1.7.2.1 Lokalizacja wskazał, że „Przewody wodociągowe należy lokalizować w poboczu jezdni lub chodniku natomiast tylko w wyjątkowych i uzasadnionych przypadkach dopuszcza się lokalizację przewodu wodociągowego w pasie jezdni”, to, w celu minimalizacji, wykonawcy mogli założyć wykonanie poszczególnych odcinków o nawierzchni asfaltowej za pomocą przewiertów sterowanych.

W zakresie kwoty podanej w pkt. 2.1.6 Wykazu Cen – Wykonanie przewodów wodociągowych średnicy Dn 300, skład orzekający Izby uznał za przekonujący argument, że ponieważ dokonana wycena 1m przewodów (wg Sekocenbud) dotyczy robót wykonywanych w 70% ręcznie i 30% mechanicznie, a Zamawiający przewidział lokalizację tych przewodów w miejscach wolnych od innych mediów, to nie będzie występowała duża ilość kolizji. Oznacza to, że przyjęta przez Odwołującego wycena nie jest adekwatna do przedmiotu zamówienia.

Za logiczny skład orzekający Izby uznał także argument, że Odwołujący błędnie przyjął konieczność całkowitego zasypywania wykopów ręcznie, skoro przewody będą lokalizowane w pasach o średniej szerokości ok. 6-7 m, gdzie dojazd sprzętu ciężkiego będzie możliwy.

Skład orzekający Izby ustalił wreszcie, że różnica kosztu rur o średnicy Dn 300 i Dn 400 nie wynosi 130 zł, ale na podstawie cen SEKOCENBUD za IV kwartał 2007r , różnica ta, co przyznał Odwołujący na rozprawie, wynosi 80,77 zł, co oznacza, że przyjęcie różnicy w wysokości 130 zł było bezpodstawne.

Biorąc pod uwagę:

1. zakres wątpliwości Zamawiającego, odnoszących się wyłącznie do cen wykonania przewodów wodociągowych, które znacząco wpływają na wysokość ceny, a więc przewodów wodociągowych średnicy Dn 100 (wartość najwyższa w ofercie, tj. 20 709 667,35 zł) oraz średnicy Dn 150 (druga w kolejności najwyższa wartość w ofercie, tj. 6 621 583,53 zł)
2. przewidziany w przedmiotowym postępowaniu ryczałtowy charakter wynagrodzenia,
3. przewidzianą w przedmiotowym postępowaniu formułę realizacji zamówienia, tj. „Projektuj i buduj”,

treść wyjaśnień Wykonawcy SKANSKA S.A., w ocenie składu orzekającego Izby, można uznać na wystarczającą skoro, jak wskazano wyżej, ceny przewodów DN 100

i DN 150 na poziomie zaoferowanym przez Wykonawcę SKANSKA S.A., tj. 246 i 254 zł są, uwzględniając specyfikę terenu, na którym będzie realizowane zamówienie, porównywalne do ceny przewodów DN 100 wg biuletynu Sekocenbud w wysokości 241 zł.

Skład orzekający Izby ustalił także, że rozbieżność cen ofertowych wynosi 62 830 000,00 zł w przypadku ofert nr 1 i 2 oraz 19 521 913,97 zł w przypadku oferty nr 2 i 3.

Wobec takich różnic pomiędzy cenami ofertowymi w tym postępowaniu, ceny innych ofert nie mogą być, w ocenie składu orzekającego Izby, punktem odniesienia do ceny oferty SKANSKA S.A.

Uwzględniając powyższą argumentację skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że cena oferty zaproponowana przez SKANSKA S.A. nie jest ceną rażąco niską, a zatem, że Zamawiający zasadnie przyjął ofertę tej spółki jako prawidłową – nie podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec tego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp

Zarzuty naruszenia art. 180 ust. 7 i 183 ust. 4 ustawy Pzp skład orzekający Izby, wobec ich nie ujęcia w proteście, pozostawił bez rozpatrzenia zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), nie przyznał kosztów zastępstwa prawnego uznając, iż w tym zakresie nie został przedłożony wymagany na podstawie w/w przepisów rachunek.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*