

Sygn. akt: KIO 830/12

Sygn. akt: KIO 833/12

WYROK

z dnia 10.05.2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **08.05.2012 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **25.04.2012 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) WODPOL Sp. z o.o. (Lider), 2) Firma WAFRO SA (Partner), 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec** (sygn. akt: KIO 830/12)
- B. w dniu **25.04.2012 r.** przez wykonawcę **ABM SOLID SA, ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów** (sygn. akt: KIO 833/12)

w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Międzygminny ds. Ekologii, ul. Ks. Pr. St. Stonki 22, 34-300 Żywiec**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ABM SOLID SA, ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 830/12** po stronie odwołującego

- B. wykonawcy **Krzysztofa Machnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, Mochnacka Wyżyna 59, 33-380 Krynica Zdrój** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 830/12** oraz o sygn. akt: **KIO 833/12** po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) WODPOL Sp. z o.o. (Lider), 2) Firma WAFRO SA (Partner), 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 833/12** po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której, nakazuje wezwanie wykonawcy Krzysztofa Machnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu;

1B. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Związek Międzygminny ds. Ekologii, ul. Ks. Pr. St. Stonki 22, 34-300 Żywiec i ABM SOLID SA, ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm: 1) WODPOL Sp. z o.o. (Lider), 2) Firma WAFRO SA (Partner), 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec i ABM SOLID SA, ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Związku Międzygminnego ds. Ekologii, ul. Ks. Pr. St. Stonki 22, 34-300 Żywiec** na rzecz **Konsorcjum firm: 1) WODPOL Sp. z o.o. (Lider), 2) Firma WAFRO SA (Partner), 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 830/12

Sygn. akt: KIO 833/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane: Budowę sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Milówka - Kontrakt 12b - PN 5/2011 w ramach Projektu współfinansowanego ze środków UE „Oczyszczanie ścieków na Żywiecczyźnie - FAZA II” (Nr sprawy: PN 5/2011), zostało wszczęte przez Związek Międzygminny ds. Ekologii, ul. Ks. Pr. St. Stonki 22, 34-300 Żywiec zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 223-361971 z 19.11.2011 r.

W dniu 10.04.2012 r. Zamawiający przesłał (pisemnie, tj. listem poleconym za potwierdzeniem odbioru) informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy Krzysztofa Machnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, Mochnacka Wyżyna 59, 33-380 Krynica Zdrój zwany dalej: „Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” albo „Przystępującym do sprawy o sygn. akt: KIO 830/12 oraz o do sprawy sygn. akt: KIO 833/12”, druga pozycje w rankingu złożonych ofert zajęło Konsorcjum firm: 1) WODPOL Sp. z o.o. (Lider), 2) Firma WAFRO SA (Partner), 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec zwane dalej: „Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12”, zaś trzecią pozycje firma: ABM SOLID SA, ul. Bartla 3, 33-100 Tarnów zwana dalej: „ABM SOLID SA” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 - Konsorcjum firm: 1) WODPOL Sp. z o.o. (Lider), 2) Firma WAFRO SA (Partner), 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego SKOBUD Sp. z o.o. (Partner):

W dniu 25.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) *Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD* wniosło na podstawie art. 179 ust.1 w zw. z art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 10.04.2012 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 25.04.2012 r. (wpływ

bezpośredni do Zamawiającego). Zarzucił, po pierwsze, dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniej Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, co powoduje naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z zarzutem 2, 3, 4, 5 odwołania oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Po drugie, zarzucił, zaniechanie czynności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, przez co naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z dokonaniem czynności określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. i w zw. z art. 82 ust.3 Pzp. Po trzecie, a - zaniechanie czynności wezwania do wyjaśnień Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, w trybie art. 90 przez co naruszono przywołany przepis Pzp; b – zaniechanie czynności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, przez co naruszono art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z zaniechaniem czynności określonej w art. 90 ust. 1 Pzp. Po czwarte, zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego się, która jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w niniejszym postępowaniu, co powoduje naruszenie art. 91 ust.1 Pzp. Po piąte, nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji podczas badania podmiotowego złożonych ofert, co powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 Pzp. W zw. z powyższym wnosił o: 1) uwzględnienie odwołania; 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”; 3) odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; 4a) dokonanie czynności wezwania Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp., ewentualnie 4b) odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, w trybie przewidzianym w Pzp, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, w trybie przewidzianym Pzp; 5) nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał czynności polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert; 6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odnośnie zarzutu: 1, 2, 4 i 5. W ocenie Odwołującego, Zamawiający był zobligowany odrzucić ofertę Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w poz. 227 kosztorysu ofertowego, z tego względu Zamawiający nie miał prawa zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przywołał wyrok KIO z dnia 30.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 201/10. W poz. 227 kosztorysu Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” zaoferowało odtworzenie nawierzchni z tłuczni grubość warstwy 20 cm wraz z podbudową. Zaproponowanie takiej realizacji zamówienia różni się bardzo od wymagań Zamawiającego w tym zakresie. Nawierzchnie twarde nieulepszone (tłuczniowe) grubości 20 cm - należy zagęszczać w jednej warstwie, natomiast nawierzchnie grubości powyżej 20 cm należy

zagęszczać w dwóch warstwach. Grubość nawierzchni jest jednym z podstawowych czynników nośności. Takie rozwiązanie powoduje także różnicę cenową pomiędzy tymi rozwiązaniami (w jednej warstwie albo dwie warstwy) wynikającą z grubości wbudowanego materiału oraz ilość roboczogodzin sprzętu koniecznego do wbudowania materiału zgodnie ze sztuką budowlana i obowiązującymi przepisami.

W odniesieniu do pierwszej kwestii, tj. ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” ma charakter omyłki, stwierdził, że Zamawiający w przedmiarze robót, stanowiącym załącznik do SIWZ w poz. 227 wymagał odtworzenia nawierzchni z tłucznia o grubości warstwy 40 cm wraz z podbudową. W ofercie Wykonawca zaoferował 20 cm. Jednak nie różnica cenowa ma decydujące znaczenie dla określenia istotności różnicy zaproponowanego rozwiązania w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” w stosunku do wymagań Zamawiającego. Decydują tu przede wszystkim konsekwencje realizacji zamówienia metodą zaproponowaną przez tego Wykonawcę. Nośność nawierzchni tłuczniowej powinna spełniać wymagania na jaką została zaprojektowana. Ważnym elementem jest tu grubość nawierzchni ponieważ minimalny moduł odkształcenia mierzony przy użyciu płyty o średnicy 30 cm winien wynosić: a) dla ruchu bardzo lekkiego i lekkiego - moduł wtórny winien wynosić 140 MPa; b) dla ruchu lekkośredniego i średniego - moduł wtórny winien wynosić 170 MPa. (moduł pierwotny winien wynosić dla obu przypadków 100 MPa). Zagęszczenie nawierzchni należy uznać za prawidłowe wtedy, gdy stosunek wtórnego modułu odkształcenia do pierwotnego modułu odkształcenia mierzony przy użyciu płyty o średnicy 30 cm, jest nie większy od 2,2. Przytoczony powyżej przykład jednoznacznie wskazuje że zaprojektowana konstrukcja winna odpowiadać odpowiedniej kategorii ruchu zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 r. Nr 43, poz. 430). Tym samym grubość warstw oraz ich zagęszczenie ma podstawowe znaczenie dla nawierzchni tłuczniowej celem spełnienia wymagań technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne.

Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” wyceniło wymianę nawierzchni przyjmując grubość taką jak w istniejącej drodze do rozbiórki. Intencją Zamawiającego było pogrubienie warstw i uzyskanie nowych, lepszych parametrów. W żadnym przypadku nie można ocenić tego rodzaju różnicy w deklaracji wykonania przedmiotu zamówienia zawartej w ofercie Wykonawcy za zgodną z wymaganiem Zamawiającego. Tak stwierdzona niezgodność nie ma charakteru omyłki tylko jest zaproponowaniem innego, gorszego rozwiązania w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazuje na Wyrok z dnia 01.12.2011 r., sygn. akt: KIO 2506/11.

W przedmiotowej sprawie poprawienie tej omyłki spowodowałoby istotną zmianę treści oferty. Wykonawca zaproponował w ofercie inne rozwiązanie, które nie spełnia oczekiwań Zamawiającego. Tak zrealizowany przedmiot zamówienia nie spełni wymagań technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne. Tego rodzaju omyłek Zamawiający nie ma prawa poprawiać, gdyż w tym stanie faktycznym nie ma skutecznych podstaw formalnych i prawnych do powoływania się na omyłkę według dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W związku powyższym oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp., gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji a nie zachodzą przesłanki do zakwalifikowania tej niezgodności jako innej omyłki w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a co za tym idzie jej poprawienia na przywołanej podstawie prawnej. Przywołał Wyrok z dnia 30.05.2011 r., sygn. akt: KIO 1066/11. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w inny sposób - poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia - określając w ofercie, że wykona w (poz. 227 kosztorysu) odtworzenie nawierzchni z tłucznia grubość warstwy 20 cm wraz z podbudową - podczas gdy zamawiający wymagał Zamawiający w przedmiarze robót, stanowiącym załącznik do SIWZ w poz. 227 wymagał odtworzenia nawierzchni z tłucznia grubość warstwy 40 cm wraz z podbudową. Poprawienie takiej omyłki wymagałoby złożenia nowego oświadczenia woli przez Wykonawcę - z tego względu jest to omyłka nienadająca się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podkreślił, że bez znaczenia na tę sprawę ma fakt, że różnica cenowa pomiędzy tymi rozwiązaniami nie jest znacząca. Ponadto podniósł, że nie bez znaczenia pozostaje dodatkowo fakt, że w badanym postępowaniu ustalono zasadę wynikowego rozliczenia umowy tj. na podstawie obmiaru robót oraz do dwóch innych zapisów SIWZ, a mianowicie: 1) Do pkt 15 SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 1 „Wymagania podstawowe” ppkt 2, który stanowi: „Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w SIWZ”; 2) Do pkt 25 SIWZ: „Opis sposobu obliczenia ceny” ppkt 1 zdanie ostatnie, cyt. „Wyceniony przedmiar robót powinien zostać sporządzony w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i dołączony do oferty”. W świetle powyższych zapisów SIWZ, Zamawiający żądał ścisłego, a więc bez odstępstw, przestrzegania wymagań dotyczących sporządzenia oferty. Jednym z tych wymogów była konieczność przestrzegania przez Wykonawców przedmiaru robót stanowiącego załącznik do SIWZ. Poprawienie przez Zamawiającego oferty w poz. 227 oznacza „negocjacje” z wybranym Wykonawcą, co do treści oferty, co stanowi naruszenie zakazu określonego w art. 87 ust. 1 Pzp. Nieuprawnione dokonanie przez Zamawiającego poprawienia „innej omyłki” w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” prowadzi do istotnej zmiany treści oferty i skutkuje naruszeniem zasady równego traktowania uczestników postępowania. Reasumując błąd stwierdzony w kosztorysie w poz. 227 ww. Wykonawcy nie ma takiego charakteru, żeby można go było poprawić według dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3

Pzp. W związku powyższym oferta, Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutów 1, 3 a i b, 4 oraz 5. Niezależnie od powyższych okoliczności świadczących o zaistnieniu ww. przesłanki do odrzucenia oferty Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zwrócił uwagę, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co dodatkowo wskazuje na zaistnienie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający przed otwarciem ofert oświadczył, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia 123 000 000,00 zł, jak wynika z kolei z protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia podstawowego oszacowana na podstawie art. 33 ust.1 pkt 1 (kosztorys inwestycji) wynosi 99 427 852 zł. Jednocześnie Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” zaoferowało cenę 72.985.552,43 brutto, 59.337.847,50 netto za realizację przedmiotowego zamówienia. Kolejna oferta, tj. oferta Odwołującego, przewiduje realizację przedmiotowego zamówienia za cenę 80.838.957,49 brutto. Cena netto, którą zaproponowało Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” jest o 40 090 004, 50 zł niższa od wartości szacowanej przez Zamawiającego oraz o 7.853.405,06 zł brutto niższa od drugiej w kolejności oferty niepodlegającej odrzuceniu. Przywołał bezsporną okoliczność, iż Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” w treści swej oferty potwierdziło, iż zamierza zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ stosując te same rozwiązania - z wyłączeniem poz. 227. W powiązaniu z identycznym deklarowanym terminem wykonania zamówienia oraz okresem gwarancji w treści ofert obu Wykonawców, Odwołujący zaoferował wykonanie tego zamówienia o 6.384.882,17 zł netto wyższą niż cenę netto za którą realizację przedmiotowego zamówienia oferuje Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK”. Cena brutto oferty wybranego Wykonawcy jest niższa o 27% od średniej cen pozostałych Wykonawców, którzy złożyli ofertę w tym przetargu (wynosi 99.402.921,48 zł brutto). Odwołujący pragnie zauważyć, iż za cenę 72.985.552,43 zł. brutto nie da się zrealizować niniejszego zamówienia w sposób prawidłowy, ponieważ jest to cena całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Fakty te powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do kwestii, czy cena zaoferowana przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” jest to cena realistyczna i wiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rozpatrując czy cena nie jest rażąco niska należy również wziąć pod uwagę czy istnieje możliwość realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku. Dodatkowo należy zaznaczyć, iż jak się wskazuje w orzecznictwie KIO przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem zamówienia

w przyszłości. Odwołujący, kierując się wieloletnim doświadczeniem w branży Wykonawstwa sieci wodno kanalizacyjnych - zwraca uwagę, że za cenę oferowaną przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” wykonanie przedmiotowego zamówienia zgodnie z wszystkimi wymogami SIWZ nie jest możliwe. Dodał, iż Zamawiający dokonując ustalenia wartości zamówienia winien zawsze odwoływać się do swego doświadczenia, a także czynić wcześniejsze starania mające na celu poznanie specyfiki rynku zamówień, związanej z przedmiotem danego zamówienia publicznego. Z całą pewnością Zamawiający Związek Międzygminny ds. Ekologii zrealizował już co najmniej kilka takich inwestycji, zatem należy wnioskować w sposób uzasadniony, że posiada doświadczenie w kwestii należytego szacowania wartości zamówienia i oszacował je na właściwym poziomie. Jak wykazano wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia znacznie odbiega od ceny netto oferty Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, bo jest wyższa o ponad 67, 56 %. W każdym przypadku, gdy cena zaproponowana przez Wykonawcę za wykonanie przedmiotu zamówienia jest rażąco niska, Zamawiający jest zobligowany do zwrócenia się do Wykonawcy o wskazanie obiektywnych czynników takich m.in. jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które pozwolą na uzasadnienie zaoferowanej ceny za wiarygodną i rzetelną. Konsekwencje zaproponowania rażąco niskiej ceny są bardzo daleko idące. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku zastosowania procedury wyjaśniającej, określonej w art. 90 ust. 1 Pzp, stosownie do treści art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający odrzuca również 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 przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wezwał Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” do złożenia wyjaśnień czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę, co w takim stanie faktycznym stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp. Zważywszy na ww. różnice w oszacowanej wartości przez Zamawiającego, cenach pozostałych ofert a także z uwagi nierzetelność oferty Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, która doprowadziła do tego, że być może nawet nieświadomie złożył on ofertę z rażąco niską ceną, co grozi nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, obowiązek wszczęcia procedury określonej w art. 90 Pzp, był bezsporny.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że w piśmie z dnia 27.03.2012 r., informującym o poprawie omyłek pisarskich i rachunkowych - Zamawiający zwrócił uwagę, że Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” nierzetelnie przygotował ofertę.

Taki ocena rzetelności sporządzenia oferty przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK”, dokonana przez Zamawiającego jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej powinna dodatkowo zobligować go do złożenia zapytania w trybie art. 90 Pzp., gdyż istniały podstawy do tego, żeby sądzić, iż oferta cenowo także została skalkulowana w taki sposób, że grozi to nienależytym wykonaniem zamówienia. Pouczenie na tym etapie Wykonawcy jest bezcelowe, a fakt wykazania w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” tylu omyłek rachunkowych i pisarskich (ponad 100 pozycji) a przede wszystkim tak niska cena tej oferty, rozpiętość między cenami pozostałych ofert, najbliższa cenowo oferta jest droższa o 7.853.405,06 zł brutto, rozpiętość pomiędzy wartością szacunkową jaką określił Zamawiający a wartością netto oferty - powinny raczej zobligować Zamawiającego do wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Z analizy orzecznictwa KIO wynika, że jedną z przyczyn wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości. Fakt, zaniżenia poszczególnych pozycji prowadzi do zaoferowania ceny rażąco niskiej musi być jednoznacznie wykazany. Odwołujący się sporządził więc szczegółową analizę cen jednostkowych z której wynika bardzo jednoznacznie, że Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK ” dokonał nierzetelnych kalkulacji, przez co złożył ofertę z rażąco niską ceną.

1. Analizę wykonano w oparciu o złożone oferty Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, ofertę Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego MACHNIK, oferty dostawy studni producentów Rototech, BeWA, Kaprin, Betonlit, Wibrobet, oferty wykonawców nawierzchni drogowych DROMIL Sp. z o.o., PW "RADEX" Sp. z o.o., DIMICO DROGI i MOSTY Sp. z o.o. oraz Konsorcjum firm Usługi Geodezyjna Kartograficzne, oferty Kamieniołomów: Wisła, Mucharz, Łodygowice. Oferty dostawy materiałów producentów kruszyw ;FUH Marek Mach Wisła, Polski Kamień Naturalny Mucharz;
2. Uwzględniono w porównaniu cen, ceny rynkowe w oparciu o wskaźniki Sekocenbud;
3. Przeanalizowano zapisy i wymagania STWiORB, Projektu Wykonawczego;
4. W celu udowodnienia zastosowania w złożonej ofercie cen rażąco niskich zastosowano do wyliczenia robocizny pojęcie płacy minimalnej;
5. W analizie uwzględniono i zastosowano minima technologiczne jakie są niezbędne do prawidłowego wykonania robót zgodnie zapisami STWiORB, Projektu Wykonawczego, a także mieszczących się w ogólnym pojęciu ze SIWZ „*posiadania wiedzy technicznej Wykonawcy dla prawidłowego wykonania robót*”. Podał przykłady:
 1. poz. F.88. - Odtworzenie nawierzchni dróg z mieszanek mineralno-bitumicznych - warstwa wiążąca grubości 5 cm. W tabeli przedstawił porównanie zaproponowanej ceny ofertowej wymaganej zakresem robót wg powyższego opisu, przedstawionymi dla tego samego

kontraktu na zapytanie ofertowe, obejmujące narzut kosztów pośrednich oraz zysku.

Odtworzenie nawierzchni warstwa wiążąca grubości 5 cm					
Lp.	Dostawa	Cena usługi	Cena z oferty		Uwagi
			Machnik	Konsorcjum	
			25,00	36,40	Oferta Machnik niższa o 31% od oferty konsorcjum i o 31 % niższa od kalkulacji kosztorysowej
1	DROMIL	36,25			
2	DIMICO	36,38			
MASA ASFALTOWA					
1	DIMICO		31,99		
2	RADEX		28,75		
3	DROMIL		29,25		

Średnia cena wykonania m² nawierzchni wynosi 36,32, z czego średni koszt masy bitumicznej wynosi 30, 00 zł/m². Z przeprowadzonej analizy wynika, że zaoferowana przez Wykonawcę cena nie wystarcza nawet na pokrycie kosztów zakupu masy bitumicznej. Widać, że Oferent PBI MACHN1K wyraźnie pominął w swoim sposobie kalkulacji roboty dotyczące przygotowania podłoża, koszty ułożenia nawierzchni i zagęszczenia, koszty pielęgnacji nawierzchni, koszty połączeń między warstwowymi, koszty wykonania prac charakterystycznych dla danego typu nawierzchni, koszty transportu materiałów na miejsce robót. W ocenie Odwołującego, zaniżenie tej pozycji, spowodowało obniżenie wartości oferty MACHNIK o kwotę 365.183,20

2. poz. B 11 - Dostawa i montaż studni pomiarowej z prefabrykowanych kręgów żelbetonowych o 01500 mm wraz z pełnym wyposażeniem, solarnym systemem zasilania, robotami budowlanymi, ziemnymi, automatyka, monitoringiem, sterowaniem ,robotami elektrycznymi, zagospodarowaniem i ogrodzeniem rozruchem i odbiorem. W tabeli przedstawiono porównanie zaproponowanej ceny ofertowej wymaganej zakresem robót wg powyższego opisu, z cenami dostaw przedstawionymi dla tego samego kontraktu na zapytanie ofertowe.

Studnie pomiarowe Ø1500					
Lp.	Dostawa	Cena usługi	Cena z oferty		Uwagi
			Machnik	Konsorcjum	
			3000,00	23000,00	Oferta Machnik niższa o 87% od oferty konsorcjum i o 82 % niższa od kalkulacji kosztorysowej
1	BeWa	Brak oferty			
2	Betonlit	Brak oferty			
3	Wibrobet	Brak oferty			
4	Kaprin	2134,00			

Średnia cena dostawy 2134,00 loco Budowa z rozładunkiem w jednym miejscu

Wnioski:

1. Po odjęciu z ceny ofertowej cenę dostawy studni śr. gł. 3,0 m dla wykonania pozostałych robót pozostaje kwota 866,00 zł

2. Za kwotę 866,00 zł należy wykonać:

- Wykop koparką gruntu kat V z załadunkiem i odwozem $14.84/m^3 * 18,75 m^3 = 278,25 zł$
- Odwodnienie wykopu 197,61/szt.
- Podsypkę żwirowo- piaskową gr. 15 cm (w ilości $0,36m^3$) $2,74m^2 * 17,2 = 47,12 zł$
- Wykonanie podłoża z bet. C12/15 gr. 15 cm w ilości (w ilości $0,28m^3$) $605zł/m^3 = 169,40 zł$
- Izolacje poziomą 3xpapa na lepiku (poniżej zw. w. grunt.) lub 2xpapa na lepiku (powyżej zw. w. grunt) w ilości $1,9m^2 * 29,54 = 58,49zł$
- Izolacje pionową 3xpapa na lepiku (poniżej zw. w. grunt.) lub 2 warstwy abizolu R+ 2 warstwy abizolu P w ilości $9,7 m^2 * 19,69 = 190,90zł$
- Transport studni na miejsce wbudowania $0,5m-g * 75zł/m-g = 37,5 zł$
- Montaż studni $0,5m-g * 78zł/m-g = 39,0zł$
- Montaż pierścieni odciążających
- Montaż wjazdu żeliwnego z obetonowaniem $= 280zł/szt + 1,0 * 10,4 = 10,40zł = 290,40zł$
- Próba szczelności
- Zasyp gruntem pozostałym $13,45m^3 * 10.07 = 135,44$
- Zagęszczanie gruntu $0,006mg * 65 * 13,45m^3 = 5,24zł$
- Wykonanie badań
- Zamontowanie wyposażenia studni wg PW:

Przeływomierz dn 50	1	238	238
Zasuwa nożowa Dn50 żel. Z kółkiem ręcznym	2	440	880
Tuleja kołnierzowa z kołnierzem stalowym	2	67	134
Prostka dwukołnierzowa dn 50 - 150 mm	1	180	180
Prostka dwukołnierzowa dn 50 - 300 mm	1	212	212
Przejście szczelne dla rur PE 63	2	255	510
Monitoring GSM+solary	1	11150	11150
13304			

Razem pozostałe roboty= 14. 753.35 zł

Z porównania cen wynika w ocenie Odwołującego, że koszt wykonania tej pozycji jest zaniżony 7 krotnie od ceny rynkowej lub Oferent wykazał się brakiem znajomości SIWZ i SWIORB lub zastosował cenę rażąco niska. Sama wartość wyposażenia studni przekracza 4 krotnie oferowaną cenę. Zaniżenie tej pozycji, spowodowało obniżenie wartości oferty MACHNIK o kwotę 13.887,35

3. poz. C. 100 - Odtworzenie podbudowy z kruszywa łamanego gr 40 cm po zagęszczeniu

W tabeli przedstawiono porównanie zaproponowanej ceny ofertowej wymaganej zakresem robót wg powyższego opisu, z cenami dostaw przedstawionymi dla tego samego kontraktu na zapytanie ofertowe.

Odtworzenie podbudowy z kruszywa łamanego gr 40 cm					
Lp.	Dostawa	Cena usługi	Cena z oferty		Uwagi
			Machnik	Konsorcjum	
			20,00	42,80	Oferta Machnik niższa o 53% od oferty konsorcjum i o 53 % niższa od kalkulacji kosztorysowej
1	Kamieniołom WISŁA	Tłuczeń/kliniec 42,00 zł/t			
2	PKN Mucharz	Tłuczeń/kliniec 47,00 zł/t			
3	Kamieniołom Łodygowice	Tłuczeń/kliniec 43,00 zł/t			

Średnia cena dostawy 44,00 zł loco Budowa z rozładunkiem w jednym miejscu.

Do wykonania 1 m² warstwy podbudowy grubości 40 cm po zagęszczeniu potrzeba dostarczenie materiału w ilości: $1 \times 1 \times 0,4 = 0,40 \text{ m}^3 \times 2,10 \text{ t/m}^3 = 0,84 \text{ t/m}^2 \times 1,08 = 0,907 \text{ t/m}^2 \times 44,00 \text{ zł/t} = 39,91 \text{ zł/m}^2$. Dodatkowe nakłady na wykonanie podbudowy gr. 40 cm :

- Robocizna : $0,062 \text{ r-g/m}^2 \times 9,00 \text{ zł/r} = 0,59 \text{ zł/m}^2$*
- Równiarka : $0,0074 \text{ m-g/m}^2 \times 30,00 \text{ zł/m} = 0,22 \text{ zł/m}^2$*
- Walec statyczny samojezdny : $0,0904 \text{ m-g} \times 20,00 \text{ zł/m-g} = 1,81 \text{ zł/m}^2$. Z porównanie wynika, że koszt wykonania tej pozycji wynosi około 42,53 zł/ m². Zaniżenie tej pozycji, spowodowało obniżenie oferty o kwotę 479.663,70 zł.*

4. poz. F 58 - Odbudowa podbudowy z betonu asfaltowego grubość warstwy po zagęszczeniu 8 cm. W tabeli przedstawiono porównanie zaproponowanej ceny ofertowej wymaganej zakresem robót wg powyższego opisu, przedstawionymi dla tego samego kontraktu na zapytanie ofertowe, obejmujące narzut kosztów pośrednich oraz zysk.

Odbudowa podbudowy z betonu asfaltowego grubość warstwy 10 cm					
Lp.	Dostawa	Cena usługi	Cena z oferty		Uwagi
			Machnik	Konsorcjum	
			6,50	65,60	Oferta Machnik niższa o 90% od oferty konsorcjum i o 87 % niższa od kalkulacji kosztorysowej
1	DIMICO	50,08			

W tej pozycji Wykonawca zaproponował kuriozalną cenę. Wyraźnie widać, że szczególnie w tym przypadku kalkulacje cenowe w swoich założeniach nie odnoszą się do żadnych standardów stosowanych w kosztorysowaniu robót budowlanych. Zaniżenie tej pozycji, spowodowało obniżenie wartości oferty MACHNIK o kwotę 96.921,92

Odwołujący stwierdził, że szczegółową analizę przeprowadzono w sposób jak pokazano powyżej dla przykładu kilku pozycji kosztorysowych z oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”. Całkowita analiza wykazała, że różnica cen zaproponowanych przez tego Wykonawcę w ponad 80 pozycjach kosztorysowych dotyczących odbudowy podbudów, odtworzenia nawierzchni, dostaw i montażu studni – w stosunku do cen rynkowych przekracza 6 mln zł PLN. Osobnego komentarza wymagają również poz. C.62, C63, C64, C65 gdzie zaproponował cenę za wykonanie konstrukcji samonośnej nad potokiem, podając cenę 500 zł/mb, gdzie cena samego tylko materiału rury ochronnej 406,4*10 oscyluje w granicach 399-530 zł/mb (dane Sekocenbud). Przywołał także zaniżenie poniższych pozycji w kosztorysie wymienionego Wykonawcy, co spowodowało obniżenie wartości oferty tego Wykonawcy o kwoty: 1) Poz. F 85-532.561,40 zł; 2) Poz.C.13-107.114,22 zł; 3) Poz. C 104-241.002,80 zł; 4) Poz. C 105-227.803,00 zł; 5) Poz. D. 28-182.042,40 zł; 6) Poz. F 62-112.010,38 zł; 7) Poz. F 88 - 365.183,20 zł; 8) Poz. F 89 - 345.182,00 zł; 9) Poz. G 77- 342.906,60 zł; 10) Poz. G 81-198.722,60 zł; 11) Poz. G 82-187.838,50 zł. Skala zaniżenia poszczególnych pozycji kosztorysowych jest ogromna. Wpływ tego zaniżenia na całkowitą cenę oferty (ponad 6 mln netto) jest więcej niż istotny, dodatkowo przy uwzględnieniu, że cena ma charakter kosztorysowy - wnikliwa ocena takiej oferty daje podstawę do tego, żeby co najmniej wezwać wybranego Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp, a następnie postawić mu zarzut złożenia oferty z rażąco niską ceną. Podsumowując podkreślił, że w przedmiotowym odwołaniu podniesiono zarzuty w zakresie zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” , zaniechania wezwania wybranego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, przywołał wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-599/10 z 29 marca 2012 r. W wydanym wyroku Trybunał wskazał, że dyrektywa wymaga od instytucji zamawiających, by dokonywały weryfikacji składowych elementów ofert zawierających rażąco niskie ceny i by żądały od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że ich oferty są poważne. W konsekwencji, dyrektywa 2004/18/WE sprzeciwia się stanowisku instytucji zamawiającej, wedle którego nie ma ona obowiązku żądania od kandydata udzielania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający nie może bezkrytycznie utożsamiać najkorzystniejszej oferty z najniższą ceną oferty. Przy różnicy ceny netto wybranego Wykonawcy niższej o ponad 67, 56 % (za cały przedmiot zamówienia) od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością na podstawie kosztorysu inwestorskiego -

Zamawiający powinien wszcząć procedurę opisaną w art. 90 Pzp. Tzw. „drapieżnictwo cenowe”, które obserwujemy przynosi ogromne straty Zamawiającym. Z doniesień prasowych dowiadujemy jakie szkody ponoszą Instytucje Zamawiające w sytuacjach, kiedy dochodzi do wyboru oferty z rażąco niską ceną. Zgubne konsekwencje tego typu zjawiska ponoszą także Wykonawcy, którzy decydują się realizować zamówienie składając ofertę z rażąco niską ceną. Często dzieje się tak jeżeli dokonują nierzetelnej kalkulacji cenowej, wtedy dopiero w trakcie realizacji umowy uświadamiają sobie straty związane z jej wykonaniem. Problem jest na tyle poważny, że w każdym przypadku a w szczególności w takim stanie faktycznym nie powinien być zlekceważony przez Zamawiającego, zwłaszcza, że zamówienie jest finansowane z udziałem środków z UE. Niewłaściwa lub nieterminowa realizacja projektu rodzi poważne konsekwencje finansowe i prawne dla beneficjenta. Tego wszystkiego widać nie uwzględnił Zamawiający, nie ocenił w sposób rzetelny ofert, popełnił rażące błędy dokonując nieuprawnego poprawienia innej omyłki na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. bez dokonania rzetelnej oceny czy ma do tego wystarczające uzasadnienie i nie wszczynając procedury przewidzianej w art. 90 Pzp. - przy takich różnicach ceny wybranego Wykonawcy w stosunku do przedmiotu zamówienia i pozostałych ofert, w tym oferty Odwołującego się. Zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem Pzp. nie dokonując z należytą starannością oceny oferty wybranego wykonawcy. Takie działania Zamawiającego naruszają art. 7 ust. 1, 2 i 3 Pzp. Wnosił o powołanie biegłego rzeczoznawcę z zakresu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu na podstawie art. 190 ust. 4 Pzp w zakresie budownictwa i kosztorysowania właściwego dla przedmiotu zamówienia objętego tym postępowaniem odwoławczym.

Zamawiający w dniu 26.04.2012 r. wezwał e-mailem i przesłał kopie odwołania w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ABM SOLID SA zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Stwierdził, że z uwagi na jego sytuację w przedmiotowym postępowaniu przetargowym jest zainteresowany wszczęciem procedury wyjaśniającej kwestie ewentualnego zaistnienia ceny rażąco niskiej w postępowaniu oraz prowadzeniem postępowania zgodnie z Pzp.

W dniu 30.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Stwierdził, że jego

oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, mimo że 59,34 % w stosunku do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Na potwierdzenie niniejszej tezy załączył dowód, tj. zestawienie cen wybranych ofert w tego typu robotach, gdzie ceny wachają się od 31,56 % do 52, 64%, zatem są niższe od ceny jego oferty i nie zostały uznane przez Zamawiającego za ceny rażąco niskie. Nie ma ustalonej różnicy procentowej pomiędzy wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego, a ceną oferty od której Zamawiający ma zwracać się o wyjaśnienia do wykonawcy. Wyjaśnił, że dysponuje własnym nowoczesnym i wydajnym sprzętem do robót ziemnych, własnym kamieniołomem do produkcji kruszyw łamanych i kamienia, własną wytwórnią mas bitumicznych wydajności 120 t/h oraz własnymi ekipami do wykonania robót bitumicznych, 3 rozściełaczami do mas bitumicznych, dwoma frezerkami, kilkunastoma walcami, własnymi środkami transportu, własna stacja paliw, własnymi urządzeniami do przewiertów sterowanych i mikrotunelowania, dużymi bonifikatami na zakupy materiałów instalacyjnych od producentów. Zanegował zasadność stosowania do porównywania cen Sekocenbudu. Wskazywał, że różnica między jego ceną na Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 wynosi 6, 59%. Podnosił, że wynika to z faktu, że Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 nie dysponuje własną kopalnią kruszyw, własną wytwórnią masy bitumicznej, wynajmuje większość transportu i sprzętu. Wskazywał, że porównywanie cen innych producentów jest niewłaściwe, gdyż Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” ma własne materiały, transportu i nie musi płacić narzuty np. Kp-70%,Z—15%, czy Kz-12%. Uznaje, że mając własne kruszywo i transport może zaoferować cenę nawet o 50 % niższą. Uznał, że Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 odniósł się do cen najdroższych dostawców materiałów w swoich wyliczeniach zawartych w odwołaniu. Nadto, wskazał na niewielki udział cenowy poz. 227 w cenie całej oferty.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 - ABM SOLID SA:

W dniu 25.04.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) ABM SOLID SA wniósł na podstawie art. 180 Pzp odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 10.04.2012 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 25.04.2012 r. (e-mailem). Wniósł odwołanie na: 1. zaniechanie wezwania wykonawców Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” oraz Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD do złożenia

wyjaśnień w sprawie ustalenia, czy ich oferty zawierają rażąco niską cenę; 2. zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” oraz Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD z uwagi, iż ich oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; 3. zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD str. 19 oferty (kserokopia referencji) jest tylko pieczętka - brak jest podpisu Pana Marszałek; 4. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD z postępowania jako, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (brak właściwie potwierdzonych referencji str. 19 oferty); 5. niedozwoloną przepisami Pzp poprawę innych omyłek w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” w sposób zmieniający treść oferty; 6. nieodrzućenie oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” pomimo, że jej treść nieodpowiadała treści SIWZ; 7. na wybór Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” na wykonawcę zamówienia pomimo, iż została wybrana z naruszeniem przepisów ustawy art. 7 ust. 3 Pzp poprzez fakt, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, 8. prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców w związku z zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD i nieodrzućenia ofert Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” i Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD zawierających rażąco niską cenę; 9. zaniechanie wyboru oferty ABM pomimo, iż jest ofertą najkorzystniejszą i najtańszą spośród ofert wykonawców nie podlegających wykluczeniu ani odrzuceniu.

Zarzuty: 1) zaniechanie wezwania wykonawców Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” oraz Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD do złożenia wyjaśnień w sprawie ustalenia czy ich oferty zawierają rażąco niską cenę niezgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp i pkt 27 SIWZ; 2) zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” oraz Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD z uwagi, iż ich oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia niezgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp i pkt. 27 SIWZ; 3) zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD str. 19 oferty (kserokopia referencji) jest tylko pieczętka - brak jest podpisu Pana Marszałek niezgodnie z art. 26 ust. 3, 22 ust. 1 Pzp, i § 6 ust. 1 rozporządzenia .w sprawie dokumentów jakie może zadać Zamawiający od wykonawców; 4) zaniechanie wykluczenia Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD z postępowania niezgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp jako, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (brak właściwie potwierdzonych referencji str. 19 oferty); 5) niedozwoloną przepisami Pzp poprawę innych omyłek w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” w sposób zmieniający treść oferty niezgodnie z art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3 Pzp; 6) nieodrzućenie oferty

Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” pomimo, że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; 7) na wybór Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” na wykonawcę zamówienia pomimo, iż została wybrana z naruszeniem przepisów ustawy art. 7 ust. 3 Pzp poprzez fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; 8) naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców w związku z zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD i nieodrzucenia ofert Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” i Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD jako zawierających rażąco niską cenę; 9) zaniechanie wyboru oferty ABM pomimo, iż jest ofertą najkorzystniejszą i najtańszą spośród ofert wykonawców nie podlegających wykluczeniu ani odrzuceniu co powoduje naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp.

Wnosił o uznanie odwołania, dokonanie wezwania w/w wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie, czy ich oferty zawierają rażące niską cenę, unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, ponowna ocenę ofert, odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” i Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, a także o wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i jednocześnie spełniającej wymagania Zamawiającego i gwarantującej należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi bowiem, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednak zarówno polskie Pzp, jak i przepisy dyrektyw Unii Europejskiej nie zawierają definicji pojęcia „*rażąco niskiej ceny*”. 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, dostawy lub roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Cena rażąco niska jest ceną nierealną, tj. ceną za którą nie można zrealizować przedmiotowego zamówienia. Tylko wówczas mielibyśmy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 11.04.2008 r.; sygn. akt: KIO/UZP 273/08). Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, punktem odniesienia dla określenia ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia,

czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego. W momencie oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego z należytą starannością. W wyroku z dnia 23.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1443/08, KIO wskazała, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. Niewątpliwie, Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” i Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, odbiega powyżej 20 % od wartości szacunkowej zamówienia, co uzasadnia konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej czy oferty tych wykonawców nie zawierają rażąco niskiej ceny. W celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, określając termin ich udzielenia. Co do zasady postępowanie wyjaśniające powinno nastąpić przed wyborem najkorzystniejszej oferty, nie zaś dopiero w skutek wniesionego odwołania. Przywołuje wyrok ZA z dnia 09.08.2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1234/04. Nadto, powołał wyrok SO w Katowicach z dnia 30.01.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07 oraz wyrok KIO z dnia 09.01.2012 r., sygn. akt: 2771/11, wyrok KIO z dnia 12.01.2012 r., sygn. akt: 2790/11, wyrok KIO z 16.12.2011 r., sygn. akt: 2559/11, 2573/11, 2578/11. Wskazał także na wyrok SO w Częstochowie o sygn. akt: VI Ca 628/05.

W pierwszej kolejności należy porównać cenę oferty do ustalonej wartości zamówienia. Oferta Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” stanowi dokładnie 59,34 % kwoty którą przeznaczył Zamawiający na wykonanie zamówienia, a Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD 65,94 %. Dopiero później, jeśli pierwsze kryterium nie jest wystarczające, należy porównać ofertę do pozostałych złożonych ofert (za SO w Warszawie o sygn. akt.: V ca 459/06). Przyjmując ofertę najdroższą za 100 % - ofertę PPU EKO-WARK Sp. z o.o., Szczecin, to pozostałe oferty będą w stosunku do najdroższej oferty odpowiednio procentowo wynosić: Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” - 55,64 %; Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD - 61, 83 %. Oznacza to, że nawet w porównaniu do cen pozostałych oferentów obaj wykonawcy zaoferowali cenę nierealistyczną, nierynkową, na podstawie, której nie można należycie wykonać przedmiotu zamówienia, co uzasadnia wszczęcie procedury wyjaśniającej, a także późniejsze odrzucenie ofert.

Stanowisko to potwierdzają poniższe zarzuty do pozycji kosztorysowych Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” i Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD:

a) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK:

1. poz. 9, 39,150, 186, 256, 351 kosztorysu ofertowego - „*Roboty rozbiórkowe ogrodzeń z siatki*” - firma oferuje cenę 2,00 zł/1mb, gdzie kalkulując np. wg katalogu KNR 225 307 03, kalkulacja przedstawia się następująco: $0,765 \text{ rg} \times 8,8 \text{ zł}$ (stawka rg minimalna z Sekocenbud za IV kw. 2011r.)= 6,73 zł + samochód skrzyniowy 0,015 mg x 50 zł (stawka minimalna z Sekocenbud za IV kw. 2011r.)= 0,75 zł. Razem koszty bezpośrednie - 7,48 zł. Jak wynika z powyższego zaoferowana cena jest dużo niższa niż koszt bezpośredni (bez Kp i zysku).

2. „*Mechaniczne frezowanie nawierzchni asfaltowej Z odwozem destruktu*” - poz. 25 (9 cm) poz. 105 (11 cm), poz. 173(9 cm), 243 (9 cm), 308 (11 cm), 336(9 cm), 411(11 cm), 421 (9 cm) kosztorysu ofertowego - firma oferuje cenę 1,00 zł/1m², gdzie kalkulując np. wg katalogu KNR AT 03 102 04, kalkulacja przedstawia się następująco: $0,024 \text{ rg} \times 8,8 \text{ zł}$ (stawka rg minimalna z Sekocenbud za IV kw. 2011 r.)= 0,2112 zł + samochód samowładowczy 10-15T - 0,056 mg x 75 zł (stawka minimalna z Sekocenbud za IV kw. 2011 r.) = 4,20 zł + frezarka $0,0088 \times 248 = 2,1824 \text{ zł}$. Razem koszty bezpośrednie - 6,59 zł. Jak wynika z powyższego zaoferowana cena jest dużo niższa niż koszt bezpośredni (bez Kp i zysku). Ponadto, Firma oferuje taką samą cenę przy różnych grubościach - 9 cm i 11 cm;

3. „*Mechaniczne rozebranie podbudowy z kruszywa kamiennego o grubości 40 cm*” - poz. 26,106,133, 174, 219,244, 309, 337,412, 422, kosztorysu ofertowego - firma oferuje cenę 2 zł/1m², gdzie kalkulując np. wg katalogu KNR 231 802 07 + 08 , kalkulacja przedstawia się następująco: $(0,2132+0,0141 \times 25) \text{ rg} \times 8,8 \text{ zł}$ (stawka rg minimalna z Sekocenbud za IV kw. 2011r.)= 4,98 zł + spycharka 100 KM $-(0,0079 \text{ mg} + 0,0003 \times 25) \times 65 \text{ zł}$ (stawka minimalna z Sekocenbud za IV kw. 2011r.)= 1,001 zł + zrywarka $(0,0079+0,0003 \times 25) \times 7,6 - 0,12 \text{ zł}$ Razem koszty bezpośrednie - 6,10 zł. Jak wynika z powyższego zaoferowana cena jest dużo niższa niż koszt bezpośredni (bez Kp i zysku).

b) Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD:

1. „*Mechaniczne frezowanie nawierzchni nawierzchni asfaltowej.... Z odwozem destruktu*” - poz. 25 ,poz. 173, 243 ,336,421 kosztorysu ofertowego - firma oferuje cenę 2,80 zł/1 m², gdzie kalkulując np. wg katalogu KNR AT 03 102 04, kalkulacja przedstawia się następująco: $0,024 \text{ rg} \times 8,8 \text{ zł}$ (stawka rg minimalna z Sekocenbud za IV kw. 2011r.)= 0,2112 zł + samochód samowładowczy 10-15T-0,056 mg x 75 zł(stawka minimalna z Sekocenbud za IV kw. 2011r.)= 4,20 zł + frezarka $0,0088 \times 248 = 2,1824 \text{ zł}$. Razem koszty bezpośrednie - 6,59 zł. Jak wynika z powyższego zaoferowana cena jest dużo niższa niż koszt bezpośredni (bez Kp i zysku);

2. „*Mechaniczne rozebranie podbudowy z kruszywa kamiennego o grubości 40 cm*” - poz. 26,106,133,174, 219, 244, 309, 337,412, 422, kosztorysu ofertowego - firma oferuje cenę 1,3 zł/lm² lub 3,5 zł/l m² Gdzie kalkulując np. wg katalogu KNR 231 802 07 + 08 , kalkulacja przedstawia się następująco: $(0,2132+0,0141 \times 25) \text{ rg} \times 8,8 \text{ zł}$ (stawka rg minimalna

z Sekocenbud za IV kw. 2011r.)= 4,98 zł + spycharka 100 KM - (0,0079 mg + 0,0003X25)x 65 zł (stawka minimalna z Sekocenbud za IV kw. 2011r.)= 1,001 zł + zrywarka (0,0079+0,0003X25)x7,6 = 0,12 zł. Razem koszty bezpośrednie - 6,10 zł. Jak wynika z powyższego zaoferowana cena jest dużo niższa niż koszt bezpośredni (bez Kp i zysku).

Podniósł, iż wskazanie powyższych rażąco niskich cen jednostkowych miało wpływ na zaoferowanie całościowo rażąco niskiej ceny przez obu. Powyższe dowodzi, iż w/w oferty wykonawców znacząco odbiegają od cen przyjętych przez pozostałych wykonawców wskazując na zamiar realizacji przedmiotu zamówienia poniżej kosztów wytwarzania, i jednocześnie uzasadnia obowiązek wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz odrzucenia ofert w/w wykonawców jako zawierających rażąco niskie ceny.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu, iż zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD na str. 19 oferty (kserokopia referencji) jest tylko pieczętka - brak jest podpisu Pana Marszałek. Powyższe zaniechanie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów jakie może żądać Zamawiający od wykonawców, z dnia 30 grudnia 2009 r. - § 6 ust. 1 dokumenty składane w formie kopii winny być poświadczony za zgodność z oryginałem przez wykonawców, a pieczętka bez podpisu nie spełnia tego wymogu. Powyższe oznacza to, że ww. konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu co winno skutkować wykluczeniem konsorcjum zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu, iż dokonał poprawy innych omyłek w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” w sposób zmieniający treść oferty niezgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Zamawiający w piśmie z dnia 27.03.2012 r., skierowanym do Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” zawiadomił o poprawie innych omyłek, w tym między innymi zmienił (Lp. w piśmie nr 3) pozycję pod nazwą: „Odtworzenie nawierzchni z tłucznia grubość warstwy 20 cm wraz z podbudową” na „Odtworzenie nawierzchni z tłucznia grubość warstwy 40 cm wraz z podbudową”. Zmiana grubości nawierzchni z tłucznia, zmienia zaoferowany przez wykonawcę przedmiot umowy oraz sposób wykonania przedmiotu umowy sprawiając, że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, co winno skutkować odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Przypomnieć należy, iż wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter kosztorysowy, a więc brak wyceny pozycji kosztorysowej uniemożliwia rozliczenie i wykonanie przedmiotu Kontraktu. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem KIO w wypadku zaistnienia błędów w kosztorysie ofertowym w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego skutkować winno odrzuceniem oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ. Takie postępowanie powoduje również brak możliwości porównania złożonych ofert, poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (naruszenie art. 7 Pzp).

Zamawiający w dniu 26.04.2012 r. wezwał e-mailem i przesłał kopie odwołania w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) *Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Stwierdził, że zarzut Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 w stosunku do jego oferty, nie może opierać się tylko w oparciu o „*jedyny obiektywny wyznacznik jaką jest wartość oszacowana przez Przystępującego*”. Cena zaproponowana w jego ofercie jest ceną realistyczną, zgodną z zasadami sztuki budowlanej i wymaganiami Zamawiającego. Kalkulacje Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 w żaden sposób nie potwierdzają zasadności zarzutów. Odnośnie, zarzutu dotyczącego dokumentu ze str. 19 jego oferty wyjaśnia, że brakujący podpis widnieje wyraźnie na str. 19 jego oferty, chociaż faktycznie nie obok pieczętki, co nie ma niniejsza okoliczność znaczenia i w żaden sposób nie stanowi o wadzie dokumentu.

W dniu 30.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Ponowił argumentację z przystąpienia do odwołania o sygn. akt: KIO 830/12.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.04.2012 r. sprawy o sygn. akt: KIO 830/12 oraz sygn. akt: KIO 833/12 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, Opisem przedmiotu zamówienia (część III SIWZ, tom 3.3 Przedmiar Robót), odpowiedziami na pytania – pismo z dnia 15.12.2011 r., zmianą SIWZ z dnia 15.12.2011 r. wraz z załącznikiem nr 1 do zmiany z dnia 15.12.2011 r. (nowy przedmiar robót) oraz zmianą SIWZ z dnia 05.01.2012 r. wraz z załącznikiem nr 1 do zmiany z dnia 05.01.2012 r. (nowy przedmiar robót), ofertą Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” oraz Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, zbiorczym zestawieniem złożonych ofert sporządzonym przez Zamawiającego, pismem Zamawiającego skierowanym do Inżyniera Kontraktu z dnia 20.01.2012 r., analizą tabelaryczną złożonych ofert sporządzona przez Inżyniera Kontraktu z dnia 31.01.2012 r., pismem Zamawiającego skierowanym do Inżyniera Kontraktu z dnia 23.02.2012 r., dodatkową analizą złożonych ofert sporządzona przez Inżyniera Kontraktu przekazana do dnia 27.02.2012 r., oddzielnymi pismami Zamawiającego z dnia 27.03.2012 r. informującymi o poprawieniu omyłek pisarskich i rachunkowych oraz innych omyłek w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” i akceptacjami niniejszego Wykonawcy także z dnia 27.03.2012 r., pismem Zamawiającego z dnia 27.03.2012 r. informującym o poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD i akceptacji niniejszego Wykonawcy z dnia 29.03.2012 r., zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołaniem w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12, przystąpieniami w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 wraz z wykazem cen ofert na podobne zamówienia u innych Zamawiających - poparty wydrukami ogłoszeń z publikatora unijnego, tudzież z protokołu otwarcia, odwołaniem w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 wraz z tabelą z cenami ofert z przetargu oraz dodatkowym wykresem, przystąpieniami w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 wraz z wykazem cen ofert na podobne zamówienia u innych Zamawiających - poparty wydrukami ogłoszeń z publikatora unijnego, tudzież z protokołu otwarcia, złożonymi na rozprawie: 1) pismem procesowym Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD do odwołania o sygn. akt: KIO 830/12 oraz do odwołania o sygn. akt: KIO 833/12 z dnia 08.05.2012 r., 2) uzupełnieniem uzasadnień do wniesionych przystąpień w sprawach o sygn. akt: KIO 830/12 oraz o sygn. akt: KIO 833/12, 3) pismem Rady Sołectwa Bystra z dnia 15.03.2012 r. wpływ do Zamawiającego 23.03.2012 r. złożonym przez Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD (w ramach odwołania KIO 830/12), jak i ofertę podwykonawcy ww. konsorcjum DROMIL z dnia 12.01.2012 r. (w ramach odwołania KIO 833/12), 4) dokumentami złożonymi przez Przystępującego do obu odwołań - Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”(a-kopią zaświadczenia i decyzji dotyczącymi kompetencji i wiedzy pełnomocnika – kopią zaświadczenia

z dnia 19.05.200 r. Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego, kopiami ustanowienia biegłym przez SO w Lublinie oraz SO w Warszawie, b-wyciągami z PN-S-06102 z XII 1997 r., jak i PrPN-S-02205 z I 1999 r. oraz wyciągiem z rozporządzenia z 2 marca 1999 r. o grubości konstrukcji nawierzchni na podłożu G1 dla ruchu KR1, KR2 (Dz. U z 1999 r., Nr 43, poz. 430), c-kosztorysy (pierwszy - dotyczący 11 pozycji wskazanych w odwołaniu /str.16/ – KIO 830/12; drugi – kalkulacja studni fi 600 m wys. 2 oraz 2,5 m z rozbiem na poszczególne elementy z podaniem cen szczegółowych, poparty fakturami/kopie/ na wycenione poszczególne elementy; trzeci – koszty wytworzenia masy asfaltowej loco budowa-warstwa ścieralna klasa Kr 1 i Kr 2 poparte fakturami i ofertą /kopie/ na wycenione poszczególne elementy wraz z receptura mieszanki mineralno-asfaltowej; czwarty - koszty wytworzenia masy asfaltowej loco budowa-warstwa wiążąca klasa Kr 1 i Kr 2 poparte fakturami i ofertą /kopie/ na wycenione poszczególne elementy wraz z receptura mieszanki mineralno-asfaltowej; piąty-wyceny cen studni żelbetonowych dokonanej w ramach oferty firmy NEPTUN Sp. z o.o.; d-porównanie w ramach kalkulacji odnośnie poz. 227 ilości m² dla tej pozycji w skali 12 innych pozycji dotyczących odtworzenia podbudowy; e-porównanie poz. 313 odnośnie udziału tej pozycji w całości odbudowy dróg asfaltowych; f-kopie decyzji Starostwa Nowosądeckiego z 2010 r. i 2011 r. dotyczące kamieniołomu, wraz z kopia umowy dzierżawy, a następnie sprzedaży (akty notarialne); g-wykaz sprzętu będącego własnością Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”; h-kopie faktury potwierdzającej zakup mobilnej wytwórni masy bitumicznej wraz ze zdjęciem i opisem; i- odrębne wyliczenia pełnomocnika odnośnie kwestionowanych pozycji przez Odwołującego (w ramach odwołania KIO 833/12); j-pismo dotyczące postępowania z 2010 r./na rozprawie błędnie podawano z 2009 r./zawierające dane dotyczące ówczesnego postępowania przetargowego oraz ówczesnej oferty składającego oraz zestawienie złożonych w tamtym czasie ofert; 5) korespondencje pomiędzy Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12, a jednym z Zamawiających wskazanym w wykazie załączonym do przystąpień Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”/odnośnie postępowań wyjaśniających w trybie art. 90 ust.1 Pzp/; 6) porównanie cen ofert Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” w odniesieniu do cen Sekocenbudu oraz kosztorys ze szczegółowym rozbiem na poszczególne ceny zawierające koszt pośredni, zysk w odniesieniu do zakwestionowanych pozycji przedstawionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 833/12 złożone przez Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustaliła, że Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań.

Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD oraz ABM SOLID SA, których oferta była cenowo odpowiednio na drugim oraz trzecim miejscu w rankingu złożonych ofert, w pierwszym wypadku zaraz po ofercie najkorzystniejszej cenowo, zaś w drugim wypadku po dwóch ofertach korzystniejszych cenowo, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, odpowiednio wobec oferty najkorzystniejszej cenowo oraz obu ofert korzystniejszych cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Naturalnie odnosząc się do niniejszej kwestii, w obu odwołaniach niezależnie, gdyż zarzuty ABM SOLID SA dotyczą także Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 830/12, sygn. akt: KIO 833/12, postanowień SIWZ, Opisu przedmiotu zamówienia (część III SIWZ, tom 3.3 Przedmiar Robót), odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 15.12.2011 r., zmiany SIWZ z dnia 15.12.2011 r. wraz z załącznikiem nr 1 do zmiany z dnia 15.12.2011 r. (nowy przedmiar robót) oraz zmiany SIWZ z dnia 05.01.2012 r. wraz z załącznikiem nr 1 do zmiany z dnia 05.01.2012 r. (nowy przedmiar robót), oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” oraz Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, zbiorczego zestawienia złożonych ofert sporządzonego przez Zamawiającego, pisma Zamawiającego skierowanym do Inżyniera Kontraktu z dnia 20.01.2012 r., analizy tabelarycznej złożonych ofert sporządzonej przez Inżyniera Kontraktu z dnia 31.01.2012 r., pisma Zamawiającego skierowanego do Inżyniera Kontraktu z dnia 23.02.2012 r., dodatkowej analizy złożonych ofert sporządzonej przez Inżyniera Kontraktu przekazanej do dnia 27.02.2012 r., oddzielnych pism Zamawiającego z dnia 27.03.2012 r. informujących o poprawieniu omyłek pisarskich i rachunkowych oraz innych omyłek w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” i akceptacji niniejszego Wykonawcy także z dnia 27.03.2012 r., pisma Zamawiającego z dnia 27.03.2012 r. informującego o poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD i akceptacji niniejszego Wykonawcy z dnia 29.03.2012 r., zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12, przystąpienia w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 wraz z wykazem cen ofert na podobne zamówienia u innych Zamawiających - popartego wydrukami ogłoszeń z publikatora unijnego, tudzież z protokołu otwarcia, odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 wraz z tabelą z cenami ofert z przetargu oraz dodatkowym wykresem, przystąpienia w sprawie

o sygn. akt: KIO 833/12 wraz z wykazem cen ofert na podobne zamówienia u innych Zamawiających - poparty wydrukami ogłoszeń z publikatora unijnego, tudzież z protokołu otwarcia, złożonego na rozprawie: 1) pisma procesowego Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD do odwołania o sygn. akt: KIO 830/12 oraz do odwołania o sygn. akt: KIO 833/12 z dnia 08.05.2012 r., 2) uzupełnienia uzasadnień do wniesionych przystąpień w sprawach o sygn. akt: KIO 830/12 oraz o sygn. akt: KIO 833/12, 3) pisma Rady Sołectwa Bystra z dnia 15.03.2012 r. wpływ do Zamawiającego 23.03.2012 r. złożonego przez Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD (w ramach odwołania KIO 830/12), jak i oferty podwykonawcy ww. konsorcjum DROMIL z dnia 12.01.2012 r. (w ramach odwołania KIO 833/12), 4) dokumentów złożonych przez Przystępującego do obu odwołań - Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”(a-kosztorysów (pierwszy - dotyczący 11 pozycji wskazanych w odwołaniu /str.16/ – KIO 830/12; drugi – kalkulacji studni fi 600 m wys. 2 oraz 2,5 m z rozbiem na poszczególne elementy z podaniem cen szczegółowych, poparty fakturami/kopie/ na wycenione poszczególne elementy; trzeci – kosztów wytworzenia masy asfaltowej loco budowa-warstwa ścieralna klasa Kr 1 i Kr 2 poparty fakturami i ofertą /kopie/ na wycenione poszczególne elementy wraz z receptura mieszanki mineralno-asfaltowej; czwarty - kosztów wytworzenia masy asfaltowej loco budowa-warstwa wiążąca klasa Kr 1 i Kr 2 poparty fakturami i ofertą /kopie/ na wycenione poszczególne elementy wraz z receptura mieszanki mineralno-asfaltowej; piąty-wyceny cen studni żelbetonowych dokonanej w ramach oferty firmy NEPTUN Sp. z o.o.; b-porównania w ramach kalkulacji odnośnie poz. 227 ilości m² dla tej pozycji w skali 12 innych pozycji dotyczących odtworzenia podbudowy; c-kopii decyzji Starostwa Nowosądeckiego z 2010 r. i 2011 r. dotyczące kamieniołomu, wraz z kopia umowy dzierżawy, a następnie sprzedaży (akty notarialne); d-wykazu sprzętu będącego własnością Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”; e-kopii faktury potwierdzającej zakup mobilnej wytwórni masy bitumicznej wraz ze zdjęciem i opisem; f- odręczne wyliczenia pełnomocnika odnośnie kwestionowanych pozycji przez Odwołującego (w ramach odwołania KIO 833/12); 5) porównania cen ofert Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” w odniesieniu do cen Sekocenbudu oraz kosztorysu ze szczegółowym rozbiem na poszczególne ceny zawierające koszt pośredni, zysk w odniesieniu do zakwestionowanych pozycji przedstawionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 833/12 złożonych przez Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie następujących dokumentów złożonych na rozprawie przez Przystępującego do obu odwołań - Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”: a) kopii zaświadczenia i decyzji dotyczących kompetencji i wiedzy pełnomocnika – kopii zaświadczenia z dnia 19.05.200 r. Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego, kopii ustanowienia biegłego przez SO w Lublinie oraz SO w Warszawie, b) wyciągów z PN-S-06102 z XII 1997 r., jak i PrPN-S-02205 z I 1999 r. oraz wyciągów z rozporządzenia z 2 marca 1999 r. o grubości konstrukcji nawierzchni na podłożu G1 dla ruchu KR1, KR2 (Dz. U z 1999 r., Nr 43, poz. 430), c) porównania poz. 313 odnośnie udziału tej pozycji w całości odbudowy dróg asfaltowych; d) pisma dotyczącego postępowania z 2010 r./na rozprawie błędnie podawano z 2009 r./-zawierającego dane dotyczące ówczesnego postępowania przetargowego oraz ówczesnej oferty składającego oraz zestawienie złożonych w tamtym czasie ofert. Nadto, Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie korespondencji pomiędzy Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12, a jednym z Zamawiających wskazanych w wykazie załączonym do przystąpień Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” /odnośnie postępowań wyjaśniających w trybie art. 90 ust.1 Pzp/.

Wniosek powołanie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy (na podstawie art. 190 ust. 3 i 4 Pzp) w sprawie o sygn. akt: 830/12 zgłoszony przez Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, z zakresu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu na podstawie art. 190 ust. 4 Pzp, w zakresie budownictwa i kosztorysowania właściwego dla przedmiotu zamówienia objętego tym postępowaniem odwoławczym (w kontekście zarzutu ceny rażąco niskiej), Izba oddaliła uznając z mocy art. 190 ust. 7 Pzp, że w pierwszej kolejności należy rozpatrzyć, czy istnieją przesłanki do wezwania do wyjaśnień wykonawców Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” oraz Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, czy też tylko jednego z nich. Postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ust.1 Pzp każdorazowo ma charakter konieczny, aby w sposób miarodajny odnieść się do kwestii zarzutu ceny rażąco niskiej. W rezultacie niniejszy dowód nie spełni zakładanego celu /jest co najmniej przedwczesny/, jeżeli w przedmiotowym zakresie nie zostanie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tylko pierwsze odwołania - w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 zasługują na uwzględnienie, drugie w sprawie o sygn. akt: 833/12 podlega oddaleniu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 oraz o sygn. akt: KIO 833/12:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK”, w związku z dokonaniem czynności określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 i w związku z art. 82 ust. 3 Pzp, Izba uznała za niezasadny. Powyższe dotyczy również zarzutów naruszenia art. 7 ust. 3, art. 91 ust.1 oraz art. 7 ust. 1 i 2 Pzp sformułowanych w związku z zarzutem naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Z kolei Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 zarzucił Zamawiającemu niedozwoloną przepisami Pzp poprawę omyłek w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” w sposób zmieniający treść oferty niezgodnie z art. 87 ust.1 i 2 pkt 3 Pzp, jak nieodrzućenie oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. narusza art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Izba także w tym wypadku uznała niniejsze zarzuty za chybione.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia (część III SIWZ, tom 3.3 Przedmiar Robót) w poz. 226 określił, że: „Odtworzeni nawierzchni z tłucznią grubość warstwy 20 cm wraz z podbudową”. Na skutek odpowiedzi na pytanie 12 - pismo z dnia 15.12.2011 r., Zamawiający dokonał także zmiany SIWZ w dniu 15.12.2011 r. załączając nowy przedmiar robót (załącznik nr 1 do zmiany z dnia 15.12.2011 r.). W jego ramach w poz. 226 określił, że: „Odtworzeni nawierzchni z tłucznią grubość warstwy 40 cm wraz z podbudową”. W dniu 05.01.2012 r. zmienił SIWZ załączając nowy przedmiar robót (załącznik nr 1 do zmiany z dnia 05.01.2012 r.). W konsekwencji niniejszej zmiany poz. 226 zmieniła pozycje na nr 227.

W ramach formularza ofertowego Zamawiający, a następnie Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” zawarli oświadczenie zgodnie z którym: „3. Ja (my) niżej podpisany(i) oświadczam(y), że:

- 1) zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia,
- 2) gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji,
- 3) cena mojej (naszej) oferty za realizację całości niniejszego zamówienia wynosi:
cena bez podatku od towarów i usług:[PLN]
(słownie: [PLN])
Należny podatek od towarów i usług: : [PLN]
(słownie: [PLN])
stawka {...} %
RAZEM: Cena z należnym podatkiem od towarów i usług:
.....[PLN]
(słownie: [PLN])

Przy czym VAT będzie płacony w kwotach należnych zgodnie z przepisami prawa polskiego dotyczącymi stawek VAT.

Cena podana w niniejszym punkcie, po ewentualnej korekcie arytmetycznej polegającej na poprawieniu błędów rachunkowych stanie się Zatwierdzoną Kwotą Kontraktową zapisaną w Formularzu Aktu Umowy."

W dniu 20.01.2012 r. Zamawiający skierował pismo do Inżyniera Kontraktu z wnioskiem o dokonanie analizy złożonych w postępowaniu ofert (formalno-prawną, ocenę poprawności wypełnienia przedmiaru robót w zakresie rachunkowym oraz zgodności z SIWZ). W dniu 31.01.2012 r., Inżynier kontraktu przekazał analizę tabelaryczną złożonych ofert m.in. Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”. W ramach poz. 1 analizy tabelarycznej wskazano na zmianę w poz. 227 kosztorysu ofertowego Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” /40 cm zmieniono na 20 cm/.

Zamawiający w dniu 23.02.2012 r. skierował do Inżyniera Kontraktu pismo z wnioskiem o dokonanie dodatkowej analizy złożonych ofert. Niniejsza analiza została sporządzona przez Inżyniera Kontraktu i przekazana do dnia 27.02.2012 r. Nie zawierała stanowiska odnośnie zmiany w poz. 227 kosztorysu ofertowego. Oddzielnymi pismami Zamawiający w dniu 27.03.2012 r. poinformował o poprawieniu omyłek pisarskich i rachunkowych oraz innych omyłek m.in. w zakresie poz. 227 /z 20 cm na 40 cm/ w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”. Niniejszy Wykonawca zaakceptował powyższe czynności Zamawiającego w dniu 27.03.2012 r. Zamawiający w dnia 27.03.2012 r. poinformował o poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD. Niniejsze konsorcjum zaakceptowało niniejszą czynności Zamawiającego w dniu 29.03.2012 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W ocenie Izby, kwestia braku istotności poz. 227 w skali całego przedmiotu zamówienia , a także w skali pozostałych pozycji dotyczących podbudowy (poz. 227 dotyczy także podbudowy), czy też nawierzchni (str. 42 oferty) nie budzi wątpliwości. Tak kwotowo, jak i wielkościowo. Powyższe potwierdza także porównanie w ramach kalkulacji odnośnie poz. 227 ilości m² dla tej pozycji w skali 12 innych pozycji dotyczących odtworzenia podbudowy złożone jako dowód przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”. Przyznał niniejsze także Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12. Poz. 313 kosztorysu ofertowego nie było przedmiotem zarzutu, z tej przyczyny porównanie poz. 313 odnośnie udziału tej pozycji w całości odbudowy dróg asfaltowych złożone na rozprawie przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” jest bezprzedmiotowe. Izba nie neguje argumentacji jednego z pełnomocników Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12, co do negatywnych konsekwencji użycia podbudowy o mniejszej wielkości niż

wymagana, jednakże taka sytuacja nie będzie miała miejsca, zamówienie nie zostanie w ten sposób zrealizowane. Należy podzielić stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 o wpływie na realizację zamówienia, przy czym Izba ponawia, iż taka wadliwa realizacja nie zostanie wykonana. W tym zakresie, Izba nie oparła się tylko i wyłącznie na stanowisko Przystępującego po stronie Zamawiającego do obu odwołań z rozprawy, ale także oświadczeniu z formularza ofertowego oraz zgodzie na dokonaną przez Zamawiającego zmianę w poz. 227 (pismo Zamawiającego z dnia 27.03.2012 r. informującymi o poprawieniu innych omyłek w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” i akceptacja niniejszego Wykonawcy także z dnia 27.03.2012 r.). W konsekwencji, Przystępującego po stronie Zamawiającego do obu odwołań, przyjął do wiadomości, zaakceptował oraz zobowiązał się do wykonania podbudowy w poz. 227 zgodnie z wymogiem Zamawiającego. Względem wyciągów z PN-S-06102 z XII 1997 r., jak i PrPN-S-02205 z I 1999 r. oraz z rozporządzenia z 2 marca 1999 r. o grubości konstrukcji nawierzchni na podłożu G1 dla ruchu KR1, KR2 (Dz. U z 1999 r., Nr 43, poz. 430), odnośnie wystarczającego charakteru podbudowy w poz. 227 o wielkości 20 cm jest niniejsze dowodowo bezprzedmiotowe i ma charakter poboczny. Bezspornie bowiem, Zamawiający mógł ustalić takie wymogi/parametry jakie uczynił, nawet wyższe od wymogów wynikających z PN, i jeżeli nie zostały one zakwestionowane na etapie SIWZ przed terminem składania ofert, były wiążące dla wszystkich uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego.

Zdaniem Izby, z oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK”, można wywieść wolę realizacji zamówienia zgodnie z wymogiem wynikającym z poz. 227 (po zmianie z 15.12.2011 r.) od „początku”, tj. w terminie składania ofert, należy bowiem brać każdorazowo pod uwagę całokształt okoliczności zaistniałych w sprawie oraz całość treści oferty. Bagatelizowanie oświadczenia z formularza ofertowego nie wydaje się właściwe, gdyż zdarzają się Wykonawcy, którzy nadal taki formularz modyfikują, czy też warunkują. O omyłkowym charakterze wielkości podanej pierwotnie w poz. 227, także w ocenie Izby, świadczą okoliczności przywołane na rozprawie przez Zamawiającego. Izba nie przeczy argumentacji Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12, odnośnie profesjonalnego charakteru uczestniczących w postępowaniu przetargowym Wykonawców, lecz w kosztorysie ofertowym liczącym ponad 400 pozycji, takie omyłki mogą, a nawet mają prawo się zdarzyć. Konieczne jest zauważenie, że także nie ustrzegł się przed nimi Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 (informacja o poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD i akceptacja niniejszego Wykonawcy z dnia 29.03.2012 r.).

Nie bez znaczenia na oddalenie obu odwołań we wskazanym powyżej zakresie, było uzasadnienie projektu zmiany Pzp – wprowadzającej instytucje art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – wprowadzonego z dniem 24.10.2008 r., przywołane na rozprawie przez Zamawiającego, jak i wyrok SO w Krakowie z dnia 23.04.2009 r., sygn. akt: XII Ga 102/09, czy też wyrok SO w Krakowie z dnia 29.01.2010 r., sygn. akt: XII Ga 429/09, które utwierdziły skład orzekający Izby o zasadności działania Zamawiającego. Względem art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp: *„Przepis ten daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. W ocenie Izby, zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej, pod warunkiem braku skutku w postaci istotnych zmian w treści oferty”* (por. wyrok KIO z dnia 10.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 691/09). Izba wskazuje, także na wyrok KIO z dnia 15.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP/458/10, w ramach którego także podkreślano rolę udziału poprawianych pozycji w wartości kwotowej całego przedmiotu zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 4 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, z kolei Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp i pkt 27 SIWZ (niniejszy pkt SIWZ dotyczy kwestii ceny rażąco niskiej) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” i Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD z uwagi na zaistnienie stanu faktycznego, z którego wynika, że ich oferty zawierają cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba oddaliła niniejsze zarzuty.

W pierwszym wypadku, Izba wskazuje, że zarzut ma charakter alternatywny (w konsekwencji żądania zawartego w odwołaniu) w odwołaniu o sygn. akt: KIO 830/12 względem zarzutu naruszenia art. 90 Pzp, tj. zaniechania czynności wezwania do wyjaśnień Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”. W drugim wypadku, przywołany powyżej zarzut mimo że, został odniesiony do kwestii wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp funkcjonuje niezależnie. Izba generalnie uznaje, że zarzut zaniechania oferty tak Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, jak i Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD jest przedwczesny, w sytuacji gdy nie zostało przeprowadzone postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ust.1 Pzp, albowiem jest owe postępowanie wyjaśniające warunkiem *sine qua non* ewentualnego odrzucenia każdej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp (podobnie instytucja wykluczenia musi być poprzedzone wezwaniem

w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.). Należy także stwierdzić, że „samo” podejrzenie, czy też wątpliwości są niewystarczające bez przeprowadzenia stosownego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 Pzp.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK”, z kolei Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 zarzucił Zamawiającemu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust.1 Pzp i pkt 27 SIWZ poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” i Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD (w odniesieniu do niniejszego konsorcjum Izba odnie się w dalszej części uzasadnienia). Izba uznała zasadność zarzutu wobec Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK”. W konsekwencji niniejszego uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 830/12, uznając w rezultacie zarzuty naruszenia art. 7 ust. 3, art. 91 ust.1 oraz art. 7 ust. 1 i 2 Pzp sformułowane w związku z zarzutem naruszenia art. 90 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w ramach otwarcia ofert oświadczył, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę: 123.000.000,00 PLN brutto. Wartość kosztorysową brutto zgodnie kosztorysem inwestorski ustalono na kwotę: 122.296.257, 96 PLN brutto. Wartość netto została oszacowana 30.07.2011 r. na kwotę: 99.427.852,00 PLN netto (bez zamówień uzupełniających – DRUK ZP-PN). Oferty w postępowaniu złożyło 17 Wykonawców. Cena ofert najtańszych wynosiła: Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” - 72.985.767, 68 PLN brutto (59.338.022, 50 PLN netto), Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD – 81.100.2009, 49 PLN brutto (65.935.129, 67 PLN netto), ABM SOLID SA – 84.886.178,74 PLN brutto (60.013.153,45 PLN netto), SKANSKA SA – 85.734.957,56 PLN brutto (69.703.217,53 PLN netto), P.GRAMOWSCY ATA TECHNIK SJ. – 86.900.103,04 PLN brutto (70.650.490,28 PLN netto), MOLEWSKI Sp. z o.o. – 91.048.659,00 PLN brutto (74.023.300,00 PLN netto), ENERGOPOL POŁUDNIE SA – 91.76.307,40 PLN brutto (74.607.566,99 PLN netto).

Zamawiający w dniu 23.02.2012 r. skierował do Inżyniera Kontraktu pismo z wnioskiem o dokonanie dodatkowej analizy złożonych ofert. W tym zakresie chodziło generalnie o kwestie ceny rażąco niskiej. Niniejsza analiza została sporządzona przez Inżyniera Kontraktu i przekazana do dnia 27.02.2012 r. W jej ramach, Inżynier Kontraktu, stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu, złożono oferty na podobnym poziomie cen netto. Różnice pomiędzy cenami ofertowymi poddanymi analizie wynoszą ok. 4-10 %. Nie

mniej jednak na podobnym poziomie cenowym złożyli: SKANSKA SA oraz P. GRAMOWSCY ATA TECHNIK SJ. Ceny jednostkowe u wszystkich wykonawców nie budzą zastrzeżeń. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD w dotychczasowych postępowaniach przetargowych składali oferty na podobnym poziomie cenowym, ich ceny nie są oderwane od realiów rynkowych i nie skazują na brak możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba nie kwestionuje, kompetencji i wiedzy pełnomocnika Przystępującego do obu odwołań po stronie Zamawiającego, jednakże traktuje złożone oświadczenia, jako stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego, którego jest pełnomocnikiem, ewentualnie opinie prywatną, z tej przyczyny przedłożone kopii zaświadczenia i decyzji dotyczących kompetencji i wiedzy pełnomocnika – kopii zaświadczenia z dnia 19.05.200 r. Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego, kopii ustanowienia biegłego przez SO w Lublinie oraz SO w Warszawie są bez znaczenia dla przedmiotu sporu.

Po drugie, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazali zasadności zarzutu ceny rażąco niskiej, przy czym należy to odnieść w pierwszej kolejności do każdorazowej konieczności wezwania do wyjaśnień (alternatywny charakter zarzutu pierwszego Odwołującego), pod tym kątem Izba rozpatruje niniejszy zarzut, ale także nawet abstrahując od niniejszego wymogu, w drugiej kolejności winno wskazać na następujące okoliczności:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 w odwołaniu oraz na rozprawie (pismo procesowe Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD do odwołania o sygn. akt: KIO 830/12 oraz do odwołania o sygn. akt: KIO 833/12 z dnia 08.05.2012 r.) przedstawił określone zastawienia wybranych pozycji jednostkowych świadczących o zasadności zarzutu ceny rażąco niskiej, jednakże, na tej samej rozprawie Przystępujący do obu odwołań przedstawił kontrwyliczenia poparte ofertami dostawców, fakturami, dotyczące pozycji zawartych w odwołaniu (pierwszy - dotyczący 11 pozycji wskazanych w odwołaniu /str.16/ – KIO 830/12; drugi – kalkulacji studni fi 600 m wys. 2 oraz 2,5 m z rozbiem na poszczególne elementy z podaniem cen szczegółowych, poparty fakturami/kopie/ na wycenione poszczególne elementy; trzeci – kosztów wytworzenia masy asfaltowej loco budowa-warstwa ścieralna klasa Kr 1 i Kr 2 poparty fakturami i ofertą /kopie/ na wycenione poszczególne elementy wraz z receptura mieszanki mineralno-asfaltowej; czwarty - kosztów wytworzenia masy asfaltowej loco budowa-warstwa wiążąca klasa Kr 1 i Kr 2 poparty fakturami i ofertą /kopie/ na wycenione poszczególne elementy wraz z receptura mieszanki mineralno-asfaltowej; piąty-wyceny cen studni żelbetonowych dokonanej w ramach oferty firmy

NEPTUN Sp. z o.o.). Wynika z nich możliwość uzyskania cen rynkowych niższych od wykazywanych w odwołaniu – od innych dostawców. Powyższe potwierdza tezy Przystępującego do obu odwołań, że Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 oparł swoje wyliczenia cenach jednostkowych oferowanych przez najdroższych dostawców. Należy w tym miejscu wskazać na pewną okoliczność, Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 podczas rozpatrywania na rozprawie odwołania o niniejszej sygnaturze *de facto* potwierdził, że każdy Wykonawca ma różnych dostawców materiałów i różne mogą być wobec powyższego ceny materiałów w tym zakresie. Zasadne jest również wskazanie, że cenę rażąco niską należy odnieść do całości przedmiotu zamówienia, nie zaś do cen poszczególnych pozycji, tak stanowi przepis. *Nota bene* Izba zastanawia się, jak strony wyobrażałyby sobie rozprawę, w ramach której wykazywałoby cenę rażąco niską w ponad 400 pozycjach. Przystępujący do obu odwołań podczas rozpatrywania odwołania o sygn. akt: KIO 833/12 przedstawił kotrwyliczenia odnośnie pozycji zakwestionowanych przez Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12, nie dotyczących elementów materiałowych, wykazywał niewielki charakter ewentualnych zaniżeń w kwestionowanych pozycjach w skali całego przedmiotu zamówienia. Izba nie przeczy, że przedłożone wyliczenia należy traktować jako stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego, ale także Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 poprzez swojego pełnomocnika dysponującego znaczną wiedzą specjalistyczną z zakresu kosztorysowania przedstawił takie stanowisko i wyliczenia w odwołaniu oraz na rozprawie (porównanie cen ofert Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” w odniesieniu do cen Sekocenbudu oraz kosztorysu ze szczegółowym rozbiem na poszczególne ceny zawierające koszt pośredni, zysk w odniesieniu do zakwestionowanych pozycji przedstawionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 833/12). W obu wypadkach nie były one niczym poparte, miały także bezsprzecznie wycinkowy charakter i zostały sporządzone na potrzeby polemiki. Odnoszenie kalkulacji do cen Sekocenbudu było wielokrotnie podważane takie wyliczenie w orzecznictwie KIO, z uwagi na ich uśredniony i nierynkowy charakter. Kwestia robocizny, bezsprzecznie jest na rynku kalkulowana w różnorodny sposób i nie może być czynnikiem przeważającym w zakresie potwierdzenia domniemania ceny rażąco niskiej, warunkującego konieczność wezwania do wyjaśnień.

Izba nie uznała, jako dowodu w sprawie korespondencji pomiędzy Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12, a jednym z Zamawiających wskazanych w wykazie załączonym do przystąpień Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” /odnośnie postępowań wyjaśniających w trybie art. 90 ust.1 Pzp/, gdyż odnosi ona do innego stanu faktycznego, co było wskazywane na rozprawie. Podobnie nie można uznać, jako dowodu przeważającego na korzyść Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego

„MACHNIK” - wykazu cen ofert na podobne zamówienia u innych Zamawiających - popartego wydrukami ogłoszeń z publikatora unijnego, tudzież z protokołu otwarcia dołączonego do obu przystąpień Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, nie wiadomo, czy były prowadzone w ich ramach postępowania wyjaśniającego, jak i odnosiły się one do innych stanów faktycznych, nie wiadomo także, na ile ich przedmioty zamówienia były zbieżne, czy też podobne z przedmiotem zamówienia, którego dotyczy postępowanie odwoławcze. Izba nie uznała także, jako dowodu w sprawie pisma Przystępującego do obu odwołań dotyczącego postępowania z 2010 r. /na rozprawie błędnie podawano z 2009 r./-zawierającego dane dotyczące ówczesnego postępowania przetargowego oraz ówczesnej oferty składającego oraz zestawienie złożonych w tamtym czasie ofert, gdyż zarzut ceny rażąco niskiej został cofnięty w niniejszym postępowaniu – wyrok KIO z dnia 21.12.2010 r., o sygn. akt: KIO 2650/10 – str. 10 orzeczenia. Nadto, żaden z Wykonawców nie kwestionował parku maszynowego Przystępującego do obu odwołań, zaś sposób wywiedzenia takiego stanu rzeczy przez samego Przystępującego był nadinterpretacją, taką samą, jak działanie podczas rozprawy Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 wobec niego odnośnie oświadczenia, jakie składał Przystępujący względem poz. 227. Jedynie na marginesie, Izba stwierdza, że złożony wykaz nie określa, jaki wykazywany sprzęt będzie użyty podczas realizacji przedmiotu zamówienia, czy dane urządzenie rzeczywiście jest własnością Przystępującego do obu odwołań (brak informacji w tym zakresie w tabeli). Oferta Przystępującego do obu odwołań nie pozwala na weryfikację w tym zakresie. W konsekwencji niniejszy dowód jest bezprzedmiotowy, nie można więc uznać, przynajmniej w tej postaci, jego mocy dowodowej w tym zakresie. Przedkładając nie wskazywano na inną okoliczność w odniesieniu do której został złożony.

Jednakże, Izba wskazuje, że nakazała przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 Pzp wobec oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” m.in. dlatego, że niniejsza oferta odbiega od grupy ofert, która była podstawą analizy Zamawiającego. Należy w tym miejscu potwierdzić, że brak jest wykształconego stanowiska, od jakiego progu różnic pomiędzy ceną ofertową a szacunkiem Zamawiającego uzasadnione jest zwrócenie się do danego Wykonawcy o wyjaśnienie, czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Ostatecznie bowiem orzecznictwo uznało, że wszelkie wielkości procentowe mogą co najwyżej stanowić pewien punkt odniesienia, jednak to Zamawiający każdorazowo winien podjąć decyzję czy takie wyjaśnienia są celowe. Dysponuje on bowiem szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie i badać, czy zaoferowana cena jest realna. Istnieje bowiem znaczna ilość czynników, które mogą w różny sposób oraz w dowolnej konfiguracji wpłynąć na możliwość uznania danej

ceny za nie mającej znamion ceny rażąco niskiej. Praktyka w tym zakresie jest bardzo bogata i uzależniona od branży, sytuacji na konkretnym rynku w danym czasie, wielkości Wykonawcy, ilości kontraktów, parku maszynowego i innych czynników.

Podczas rozprawy przedłożono znaczną ilość dokumentów, mimo tego nadal, w ocenie Izby, pozostają wątpliwości i podejrzenie zaniżenia ceny, które wyjaśnienia winny rozwiać. Izba nie zamierza kwestionować stanowiska – opinii Inżyniera Kontraktu, ale po pierwsze Inżynier Kontraktu nie dysponował całością materiału dowodowego zgromadzonego będącego w dyspozycji Izby, po drugie, Zamawiający nie udowodnił, że w zakresie jego obowiązku, znajdowały się kwestie dotyczące zamówień publicznych. *Nota bene* skoro miał takowe, dlaczego wypowiedział się wiążąco tylko w zakresie ceny rażąco niskiej, a nie poz. 227.

Izba wskazuje, że owe wątpliwości, to m.in. fakt, że własny kamieniołom (kopia decyzji Starostwa Nowosądeckiego z 2010 r. i 2011 r. dotycząca kamieniołomu, wraz z kopią umowy dzierżawy, a następnie sprzedaży /akty notarialne/ złożony na rozprawie przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK”) (przy obecnych cenach paliw (tendencja wzrostowa), przy odległości 180 km do miejsca realizacji zamówienia, nie różnicuje w stopniu zasadniczym sytuacji Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” względem sytuacji innych Wykonawców. odnośnie, kwestia mobilnej wytwórni masy bitumicznej (kopia faktury potwierdzającej zakup mobilnej wytwórni masy bitumicznej wraz ze zdjęciem i opisem przedłożona na rozprawie przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK”), Izba wskazuje, że Zamawiający nie zanegował stanowisku Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12, odnośnie konieczności uzyskania pozwoleń środowiskowych, nawet w sytuacji zgłoszenia. Nie zanegował także objęcia terenów programem Natura 2000. Izba wskazuje, że kwestia zgłoszenia (miesięczny okres oczekiwania), postawienia (raczej w ocenie Izby, okres dłuższy niż 1 tydzień, raczej minimum 2 tygodnie lub dłużej) wobec 24 miesięcznego okresu terminu realizacji zamówienia także nie jest bez znaczenia. Nadto, w zakresie zgłoszenia będzie konieczne współdziałanie Związku Międzygminnego ds. Ekologii, że szczeblem samorządowym wyższego szczebla – powiatem (starostwo powiatowe), to także okoliczność istotna dla terminu realizacji zamówienia.

Pismo Rady Sołectwa Bystra z dnia 15.03.2012 r. wpływ do Zamawiającego 23.03.2012 r. złożone przez Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, czyli organu samorządowego można różnorodnie odczytywać, czy też interpretować, jednakże Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnego spójnego stanowiska, a wobec powszechnie znanych nagannych działań niektórych Wykonawców realizujących kontrakty budowlane, winno uczulić Zamawiającego na kwestie, które pośrednio wiążą się

z podejrzeniem ceny rażąco niskiej, co przedkłada się również na nienależyte wykonywanie zamówienia.

Izba wyraźnie wskazuje, że nie przesadza rezultatu postępowania wyjaśniającego, widzi jednakże jej potrzebę dla dobra przedmiotowego postępowania przetargowego, tak aby Wykonawca przedstawił uzasadnienie konieczne do wykazania, że jego oferta jest poważna (za wyrokiem ETS z dnia 29.03.2012 r., sygn. akt: C-599/10). Takie wyjaśnienia nie mają się jednak ograniczyć do powtórzenia tego co zostało powiedziane (np. w obu przystąpieniach, jak i uzupełnieniu uzasadnień do wniesionych przystąpień w sprawach o sygn. akt: KIO 830/12 oraz o sygn. akt: KIO 833/12), ale usunąć lub też potwierdzić wątpliwości, czy też podejrzenie zaniżenia ceny ofertowej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”.

Przystępujący do obu odwołań po stronie Zamawiającego winien przedstawić okoliczności, które w jego ocenie różnicują jego pozycje na rynku i uzasadnić jaki mają te okoliczności/różnice wymierny wpływ w tym stanie faktycznym. Przykładowo, własny kamieniołom – dlaczego mimo odległości 180 km od terenu realizacji zamówienia, jest to czynnik świadczący o możliwości zaoferowania niższej ceny. Mobilna wytwórnia masy bitumicznej – brak konieczności uzyskania pozwolenia środowiskowego w kontekście ekologicznego charakteru terenu objętego zamówieniem, miarodajny czas montażu, wykażą brak negatywnego wpływu na środowisko – certyfikaty, atesty, zaświadczenia, opinie. Własna stacja paliw – dostaw po cenie w sposób znaczny wpływający na ceny transportu. Ceny materiałów oparte o dostawców, których materiały są zgodne z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ. Park maszynowy, który zostanie użyty do potrzeb niniejszego zamówienia, jak przerób – jaki wpływ powyższego na zaoferowaną cenę. Wyjaśni, dlaczego uważa, że samodzielnie realizowanie zamówienia wpływa na obniżenie jego ceny. Izba wskazuje, że zapoznała się z uzupełnieniem uzasadnień do wniesionych przystąpień w sprawach o sygn. akt: KIO 830/12 oraz o sygn. akt: KIO 833/12. lecz zawarta tam argumentacja jest niewystarczająca i pozwala jedynie uznać bezzasadność natychmiastowego odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, a konieczność wyjaśnień. Stanowisko, że Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” jest podwykonawcom Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 w innych kontraktach, o niczym nie świadczy, gdyż zdarza się, że są nimi nawet firmy budowlane, takie jak SKANSKA.

W ocenie Izby wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” winny oprócz wskazywanych elementów zawierać dla dobra postępowania i sprawności procedury dowody, co najmniej w kluczowych kwestiach (np. mobilnej wytwórni masy bitumicznej, zgodności materiałów dostawców od których je uzyskuje z wymogami

SIWZ). Nadto, w ocenie Izby, Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” winno przedstawić informacje odnośnie poziomu zysku, jaki przewiduje, jak i czy realizuje inne zadania o podobnym charakterze, pozwalające na zastosowanie efektu skali (portfel zamówień). Powyższe informacje winny być weryfikowalne. Wszelkie ewentualne wyliczenia winny być poparte jasnym i klarownym odniesieniem do oferty określonych dostawców materiałów. Izba uznała, w tym zakresie, że niniejsze szczegółowe informacje są konieczne, gdyż powyższe wyjaśnienia nie mają mieć charakteru enigmatycznego, lecz rozwiać nadal pozostające wątpliwości. Bezsprzecznie kwestia mobilnej wytwórni masy bitumicznej jest kluczowa. Zamawiający naturalnie w ramach wezwania powinien określić czas odpowiedni dla przygotowania stosownych wyjaśnień przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” wraz dowodami przynajmniej w kluczowych kwestiach.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 cofnął na rozprawie zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD str. 19 oferty (kserokopia referencji), czyli naruszenia art. 26 ust. 3, 22 ust. 1 Pzp, i § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów jakie może zadać Zamawiający od wykonawców, jak i w wyniku powyższego, zarzut zaniechanie wykluczenia Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD z postępowania niezgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp jako, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (brak właściwie potwierdzonych referencji str. 19 oferty). W konsekwencji Izba pozostawiła bez rozpatrzenia niniejsze zarzuty.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust.1 Pzp i pkt 27 SIWZ (niniejszy pkt SIWZ dotyczy kwestii ceny rażąco niskiej) poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” i Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK” i Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD do złożenia wyjaśnień w sprawie ustalenia, czy ich oferty zawierają cenę rażąco niską, Izba wskazuje, że niniejszy zarzut względem Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, Izba oddaliła.

Argumentacja z rozprawy przedstawiona przez ABM SOLID SA pozwala na uznanie, że przedstawione w odwołaniu o sygn. akt: KIO 833/12 wyliczenie było w pierwszej kolejności skierowane wobec Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”,

a wobec Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD wynikała z zaistniałego stanu faktycznego i pozycji w rankingu złożonych ofert – ABM SOLID SA. Stanowisko Zamawiającego, odnośnie braku zaistnienia interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp, w ocenie Izby, wydaje się przedwczesne, choć naturalnie przedstawiony scenariusz może zaistnieć (odrzucenie Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” i wybór Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD). Nadto, Izba uznała, że Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD przedstawiła wiarygodny dowód w postaci oferty podwykonawcy (oferta podwykonawcy ww. konsorcjum DROMIL z dnia 12.01.2012 r.), w zakresie zakwestionowanych przez ABM SOLID SA w odwołaniu oraz na rozprawie pozycji kosztorysu ofertowego. Podtrzymuje także swoje wcześniejsze stanowisko, że cena za całość przedmiotu zamówienia, a nie poszczególne ceny jednostkowe mogą świadczyć, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, czy też jej domniemaniem. Nadto, Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD znajduje się w grupie ofert, których ceny ofertowe za cały przedmiot zamówienia były podstawą przy ocenie przez Zamawiającego (zgodnie z oświadczeniem na rozprawie), czy istnieje domniemanie zaistnienia ceny rażąco niskiej w ofertach złożonych w postępowaniu, także w ofercie Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD, cena zaoferowana przez niniejsze konsorcjum potwierdza niniejszy stan rzeczy.

Dodatkowo odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust.1 Pzp i pkt 27 SIWZ poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” i Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD do złożenia wyjaśnień w sprawie ustalenia, czy ich oferty zawierają cenę rażąco niską, Izba wskazuje, że mimo uznania zasadności niniejszego zarzutu względem Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK”, Izba oddalił odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12. W tym zakresie wobec nie uznania niniejszego zarzutu względem Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD należy stwierdzić, że w odróżnieniu od odwołania o sygn. akt: KIO 830/12, w odwołaniu o sygn. akt: KIO 833/12 niniejszy zarzut względem Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierskiego „MACHNIK” mimo zasadności nie ma, ani też nie może mieć istotnego wpływu na wynik (art. 192 ust.2 Pzp), albowiem nie została w żaden sposób podważona sytuacja prawna i faktyczna oferty Konsorcjum WODPOL-WAFRO-SKOBUD znajdującego w rankingu złożonych ofert przed pozycją oferty ABM SOLID SA.

Wobec oddalenia odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12, Izba nie uznała zarzutu naruszenia art. 91 ust.1, art. 7 ust.1, art. 7 ust. 3 Pzp. Izba nie uwzględniła kosztów noclegu Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 833/12 nie uznając niniejszych za uzasadnione.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 830/12, a oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 833/12 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 830/12, sygn. akt: KIO 833/12 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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). Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 830/12 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....