

**Sygn. akt: KIO 207/13**

**WYROK**  
**z dnia 18 luty 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 luty 2013r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2013 r. przez **odwołującego:** REM-WOD Sp. z o.o. ul. Legnicka 28; 25-324 Kielce w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych ul. Karłowicza 4; 20-027 Lublin

przy udziale wykonawcy ENERGOPOL-TP ELBUD S.A. ul. Siemianowicka 5a; 40-301 Katowice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża REM-WOD Sp. z o.o. ul. Legnicka 28; 25-324 Kielce i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 **zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez REM-WOD Sp. z o.o. ul. Legnicka 28; 25-324 Kielce tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od REM-WOD Sp. z o.o. ul. Legnicka 28; 25-324 Kielce na rzecz Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych ul. Karłowicza 4; 20-027 Lublin kwotę 3.600 **zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

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 Lublinie

**Przewodniczący:**

### Uzasadnienie

Postępowanie odwoławcze prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j .t. Dz. U. 2010 poz. 113 poz.759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24.07.2012r. pod poz. 2012/S 140-233633 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych na zadaniu p.n.”Rozbudowa wału rzeki Wisły w Dolinie Stężyckiej w km 0+000-4+100 wraz z wałem poprzecznym (dolinowym) na długości 4,100 km, obiekt 1,2,3,4, gm. Dęblin i Stężyca

Termin składania ofert upłynął 10.09.2012r. o godz.10.00.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości: 24 973 082, 56 zł.

Do upływu terminu składania ofert złożono 15 ofert. Najdroższa oferta wyniosła kwotę 31 151 317,24 zł. Najtańsza oferta wyniosła kwotę 15 460 573,38 zł.

Odwołujący złożył ofertę na kwotę 16 742 356,89zł. Przystępujący złożył ofertę na kwotę 17 359 494,76zł.

W postępowaniu odrzucono dwie oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP oraz z powodu nie złożenia w terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust.3 w związku z art.89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP.

Jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę REM-WOD sp .z o.o. ul. Legnicka 28; 25-324 (oferta nr 10) Kielce jako ofertę spełniającą wszystkie wymagania SIWZ, zawiadamiając o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 05.11.2012 roku.

W dniu 19.11.2012r. wykonawca ENERGOPOL-TP ELBUD S.A. ul. Siemianowicka 5a; 40-301 Katowice wniósł odwołanie.

Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2012r. Sygn. akt KIO 2558/12 odwołanie zostało uwzględnione i nakazano zamawiającemu unieważnienie wyboru

najkorzystniejszej oferty i ponowne badanie i ocenę oferty wykonawcy wybranego REM-WOD Sp. z o.o. ul. Legnicka 28, 25-324 Kielce, po uprzednim wezwaniu wykonawcy wybranego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie pozycji kosztorysowej obejmującej ceny wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno - bitumicznych (asfaltowych) o grubości 6 cm (warstwa ścieralna) poz.117 (obiekt 1), poz.86 (obiekt 20), poz. 85 (obiekt 3), poz. 80 (obiekt 4).

W wyniku realizacji wyroku KIO o Sygn. Akt 2558/12 wystąpiono do REM-WOD o wyjaśnienie w trybie art.90 ust.3 ustawy PZP pismem z dnia 18.12.2012 r. w terminie do dnia 28.12.2012 r. elementów oferty mających wpływ na wynik ceny w zakresie pozycji kosztorysowej zgodnie z przywołanym powyżej wyrokiem KIO.

W wyniku oceny złożonych na piśmie z dnia 28.12.2012 r. wyjaśnień uznano je za niewystarczające. Wykonawca nie udowodnił zaistnienia po jego stronie obiektywnych czynników wpływających na tak znaczne obniżenie ceny wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych (asfaltowych) o grubości 6 cm. (warstwa ścieralna) poz.117 (obiekt 1), poz.86 (obiekt 20), poz. 85 (obiekt 3), poz. 80 (obiekt 4). Oferta REM-WOD (odwołującego) została odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt.4 w związku z art.90 ust.3 ustawy PZP. W wyniku ponownej oceny ofert najkorzystniejszą ofertą stała się oferta ENERGOPOL-TP ELBUD S.A. (przystępujący).

Pismem z dnia 28.01.2013r. w dniu 30.01.2013r.odwołujący („REM-WOD” Sp. z o.o. ul. Legnicka 28; 25-324 Kielce) zaskarżył czynność zamawiającego (Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Lublinie ul. Karłowicza 4; 20-027 Lublin) zarzucając naruszenie art.89 ust.1 pkt 4 i art.90 ust.3 ustawy PZP przez odrzucenie oferty odwołującego, która była najkorzystniejsza cenowo, art.90 ust.3 ustawy PZP to jest nie uwzględnienie wyjaśnień odwołującego złożonych w trybie art.90 ust.1 ustawy PZP co do wątpliwości czy oferta zawiera rażąco niską cenę, naruszenie art.7 ust.1 przez wybór oferty ENERGOPOL-TP ELBUD ( przystępujący po stronie zamawiającego) jako oferty najkorzystniejszej, która była droższa cenowo jedynie o kwotę około 400 tys. zł., naruszeniu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP przez nieodrzuconie oferty przystępującego, który wbrew pkt.XIII pkt 2 i 9 nie uwzględnił w kosztorysie ofertowym zakupu regulatora przepływu opisanego w dokumentacji technicznej w poz.3.10.1.2. oraz w przedmiarze robót poz.84. Uwzględniony został tylko montaż.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:

Protokół z rozprawy KIO w dniu 28.11.2012r. w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 2558/12 na okoliczność ustalenia, że zamawiający w trakcie rozprawy twierdził, że obowiązuje cena

ryczałtowa oraz na okoliczność, że na przestrzeni ostatnich kilku lat wybierał jako najkorzystniejszą ofertę na poziomie 50 -60 % środków nigdy nie stawiając zarzutu rażąco niskiej ceny, z dokumentów załączonych do jego odwołania na okoliczność, że jego oferta nie jest rażąco niska, przeprowadzenie dowodu z wyjaśnień odwołującego na okoliczność, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczność, że oferta przystępującego po stronie zamawiającego (wykonawca wybrany) nie zawiera regulatora strumieniowego opisanego w dokumentacji technicznej SIWZ, przeprowadzenie dowodu z kosztorysu ofertowego wykonawcy wybranego na okoliczność, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w pozycji kosztorysu dotyczącej zakupu kamienia i tłucznia oraz jego transportu.

Na podstawie wskazanych powyżej zarzutów odwołującego do czynności zamawiającego sformułowano następujące żądania:

Unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy wybranego, który w kosztorysie ofertowym nie uwzględnił ceny zakupu regulatora przepływu opisanego w dokumentacji technicznej w poz. 3.10.1.2. oraz w przedmiarach w poz. 84, wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację.

Odwołujący potwierdził, że dokonując wycen wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych (asfaltowych) o grubości 6 cm- warstwa ścieralna w obiektach nr 1,2,3,4 zastosował cenę jednostkową 3,63zł /m<sup>2</sup>. Podniósł, że wycena dotyczy ewentualnej naprawy dróg dojazdowych w związku z transportem materiałów na budowę.

Odwołujący nie zgadza się z oceną przez zamawiającego złożonych przez niego wyjaśnień w piśmie z dnia 21 grudnia 2012 roku. Według jego oceny naprawa dróg w wielkości podanej przez zamawiającego 69 3000m<sup>2</sup> według jego rozeznania będzie wymagała naprawy realnej na poziomie 10%, stąd wycena na tym poziomie wszystkich wskazanych przez zamawiającego powierzchni. Natomiast w poz.105 obiekt 2 dział 2 dotyczący remontu drogi gminnej w miejscowości Dęblin oraz poz.90 obiekt 4 dział 4 dotyczący remontu drogi gminnej w miejscowości Stężycza gdzie odwołujący skalkulował cenę 1 m<sup>2</sup> powierzchni asfaltowej o grubości 6 cm na kwotę 36,70 zł za m<sup>2</sup>, pomimo że w przetargu na drogi podaje cenę od 28 do 30 zł/m<sup>2</sup>, ponieważ tam naprawa według niego będzie wymagała pełnego zakresu. Poza tym odwołujący przewiduje naprawę dróg metoda REMIX co wycenia na poziomie 11 zł/m<sup>2</sup>. Faktyczna wycena m<sup>2</sup> została ujęta w innych pozycjach to jest w cenie przesłony cementowo-bentonitowej oraz w cenie zakupu piasku z własnych złóż odwołującego.

Odwołujący wskazuje na minimalną różnicę pomiędzy jego ceną a ceną aktualnie wybranego wykonawcy, która waha się na poziomie 3,7% wartości robót i jego oferta powinna też być odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Tym bardziej, że zakwestionowana przez zamawiającego część wyceny oferty odwołującego dotyczy robót ubocznych w stosunku do przedmiotu zamówienia jakim jest budowa wału przeciwpowodziowego.

Odwołujący również zaznacza, że nie ma obowiązujących zasad wyceny robót, ani zamawiający takich zasad nie określił, a więc wycena poszczególnych pozycji w kosztorysie podlega pełnej dowolności sporządzającego ofertę „(...) jeżeli zamawiający w SIWZ nie wskaże zasad sporządzania kosztorysów ofertowych oferenci mają prawo kształtować ceny jednostkowe według swego uznania całkowicie dowolnie. Pozorne zniżenie kosztów jednostkowych robót dotyczy zresztą wybranej oferty.(...)”(str.6 odwołania drugi akapit wiersz od 9).

Stawiając zarzut wykonawcy wybranemu odwołujący podał, iż cena zakupu kamienia i tłucznia podana w jego ofercie waha się na poziomie zakupu materiału bez uwzględnienia kosztów transportu, ponieważ wykonawca podał cenę na poziomie 30 zł/tonę i brak kolejnych 30zł /tonę za transport w sytuacji gdy kopalnie od terenu budowy są oddalone o około 125 km. Kolejno podnosi takie samo zastrzeżenie odwołujący do oferty wykonawcy wybranego co do ceny kamienia łamanego do obiektów inżynierskich. Odwołujący wskazuje cenę na poziomie 40 zł za 1 m<sup>3</sup> i jak wyżej w ofercie wykonawcy wybranego brakuje wyceny kosztów dojazdu 30 zł w jedną stronę i w dwie strony 60 zł za 1 m<sup>3</sup>, a co łącznie daje cenę 100zł za 1 m<sup>3</sup>.

Z powyższych powodów w ocenie odwołującego nastąpiło zniżenie ceny w ofercie wykonawcy wybranego na poziomie ok. 400 tys. złotych.

Odwołujący wskazał na dalsze w jego ocenie zniżenia cen w porównaniu z cenami przyjętymi w jego ofercie i tak: wykonanie zbrojenia w konstrukcji żelbetowej, kostka brukowa grubości 8 cm, cena biołókniny, siatka z przybiciem celem zabezpieczenia dostępu zwierząt do skarpy odwodnej, dowóz wody beczkowitzem, plantowanie korony nasypów skarp.

Odwołujący wskazał na utrwaloną linię orzeczniczą to jest oceny ceny za wykonanie całości zadania a nie oceny poszczególnych pozycji kosztorysowych.

Według art.89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę z ceną rażąco niską ale w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie w stosunku do poszczególnych jednostkowych elementów tego zamówienia. W ocenie odwołującego nie ma tutaj znaczenia czy zamawiający ustalił cenę ryczałtową czy cenę kosztorysową, ponieważ przepis wprost nakazuje badać cenę do przedmiotu zamówienia, a nie do poszczególnych jednostkowych elementów zamówienia.

Dalej odwołujący nie zgadza się z zakwalifikowaniem ceny w wyroku KIO o Sygn. akt KIO 2558/12 do ceny kosztorysowej, ponieważ w jego ocenie jest ona ceną ryczałtową.

Odwołujący zwrócił uwagę na brak definicji rażąco niskiej.

Ostatnim zarzutem zamawiającego jest kalkulacja strumieniowego regulatora przepływu. W ocenie odwołującego wykonawca wybrany wycenił tylko montaż, a nie wycenił kosztu zakupu.

Odwołujący w tym stanie rzeczy wnosi o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 12.02.2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający zgodnie z Wyrokiem KIO z dnia 28 listopada 2012r. w sprawie o Sygn. akt KIO 2558/12 wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający zauważył, zgodnie z kosztorysem inwestorskim wartość robót dotyczących naprawy nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych (asfaltowych) zgodnie z kosztorysem inwestorskim wynosi netto 2.487.870,00zł. przy przyjętej cenie jednostkowej 35,90zł za 1 m<sup>2</sup> co stanowi 12,25% wartości zamówienia. Jest to więc znaczący element w zamówieniu.

Zamawiający uznał, że otrzymane w dniu 28 grudnia 2012r. wyjaśnienia są niewystarczające i niespójne z wyjaśnieniami złożonymi w dniu 03.10.2012r. gdzie odwołujący przedstawił standardowy sposób wykonania nawierzchni uwzględniając samochód samowładowczy, walec i rozkładarkę mas bitumicznych, a nie maszynę stosowaną w technologii REMIX. Jak wynika z dokumentów złożonych do odwołania już 27.08.2012r. odwołujący wystąpił do formy SAT Sp. z o.o. w Oławie o nawiązanie współpracy w zakresie wykonywania nawierzchni asfaltowej metodą REMIX. Pismem z dnia 03.09.2012r. a więc przed terminem składania ofert, który był wyznaczony na dzień 10.09.2012r. godz.10.00 firma SAT Sp. z o.o. wypowiedziała się pozytywnie co do współpracy z odwołującym.

Odwołujący na etapie skradania wyjaśnień treści oferty z dnia 03.10.2012r. mógł złożyć stosowne dowody dotyczące kosztów związanych z technologią REMIX.

Natomiast jedynymi dokumentami dotyczącymi proponowanej technologii REMIX załączonymi do wyjaśnień w m-cu grudniu 2012r. są wydruki artykułów ze stron internetowych droga.pl i trójmiasto.pl.

Co do technologii REMIX to w ogłoszeniu BZP nr 2229671-2010z dnia 25.10.2010r. w zamówieniu na wykonanie odnowy nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 210 w technologii REMIX na powierzchni 15 250 m<sup>2</sup> cena wybranej oferty wyniosła 604 052,50 zł, a więc cena jednostkowa kształtowała się na poziomie 39,61 zł. za 1 m<sup>2</sup> nawierzchni. Zamawiający zauważył, że wykonawcy mieli przyjąć do wyceny określoną powierzchnię dróg do naprawy. Odwołujący cenę zaniżył dziesięciokrotnie w stosunku do cen rynkowych. W związku z

powyższym zamawiający uznał cenę za nierealistyczną, niewiarygodną do obowiązujących stawek na rynku. Poza tym przyjęcie do wyceny naprawy dróg znacznie mniej niż przyjętą przez zamawiającego ilość 69 300m<sup>2</sup> jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji. Bowiem każdy z wykonawców powinien wycenić taką samą ilość robót przewidzianą w przedmiarach robót. Każdy z wykonawców powinien wycenić taką samą ilość dróg bez względu na to jaka ilość będzie naprawiana, a wyceny powinny być realne do cen obowiązujących na rynku. Wykonawca transportując masy ziemne na budowę wału przeciwpowodziowego z zakładanych rezerw ziemnych w rejonie Kobylnicy, musi przejechać 15 km ( obiekt nr 3 i nr 4) lub 20 km (obiekt 1 i2) po drodze wojewódzkiej nr 801,a nie co pisze odwołujący w wyjaśnieniach drogach osiedlowych, przyjęta szacunkowo do naprawy ilość 69 300 m<sup>2</sup> dotyczy w/w drogi wojewódzkiej (załącznik mapa).

Zamawiający oceniając wyjaśnienia odwołującego nie uznał je za wskazujące na obiektywne czynniki i do tego dostępne wyłącznie odwołującemu, które mogłyby uzasadnić wysokość zaoferowanej ceny wykonania nawierzchni mineralno-bitumicznej (asfaltowej) grubości 6 cm (warstwa ścieralna) na poziomie 3,63 zł /m<sup>2</sup> i w konsekwencji potwierdzać, że należyte wykonanie tych robót za taką cenę jest realne. W związku z tym, że na podstawie § 3 ust.3 projektu umowy strony będą rozliczać się w oparciu o ceny jednostkowe wynikające z kosztorysu ofertowego nie jest możliwe zrealizowanie robót za tę cenę. Zgonie z zapisem umownym „za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie wyliczone w oparciu o ceny zawarte w kosztorysie ofertowym i ilości rzeczywistego zakresu rzeczowego, nie wyższe jednak niż wynagrodzenie o którym mowa w ust.1.”

Co do zarzutu nie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego to jest przystępującego to już w piśmie z dnia 04.10.2012r. przystępujący szczegółowo wyjaśnił wycenę obiektu 1, gdzie występuje zakup regulatora przepływu strumieniowego. Wykonawca wyjaśnił, że z opracowanej przez niego wstępnej technologii wykonania prac ( wynikającą z dokumentacji projektowej) przyjęto ścisłą kolejność realizacji robót, co wiąże się z przyjętą kalkulacją cen jednostkowych, którą należy rozpatrywać łącznie dla obiektów 1,2,3,4. W związku z tym roboty związane z wykonaniem przesłony przeciwfiltracyjnej, wbijanie ścianek szczelnych G-62 i GZ-4 oraz dostawę regulatora przepływu zostały ujęte w pozycjach kosztorysu: Obiekt 1 , poz.25,26,27,28,29,84; obiekt 2 poz.33 i 34, obiekt 3 poz.36. W wyjaśnieniu wykonawca szczegółowo opisał przyjętą technologię wykonania robot. Przedstawione wyjaśnienia były dla zamawiającego wystarczające.

Wartość robót dotyczących zakupu i zainstalowania regulatora strumieniowego zgodnie z kosztorysem inwestorskim wynosi netto 162. 000,00zł co stanowi 0,8% wartości zamówienia.



Pismem z dnia 1 lutego 2013r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący argumentując swoje stanowisko w sprawie wskazał, że zamawiający musi wymagać wyceny od wszystkich wykonawców kompletnej i zgodnej z przyjętym przedmiarem robót. Poza tym wynagrodzenie wykonawcy będzie wyliczone w oparciu o ceny zawarte w kosztorysie ofertowym i ilości rzeczywistego zakresu rzeczowego, co jednoznacznie wynika z treści wzoru umowy o roboty budowlane, która stanowi załącznik do SIWZ.

Wskazane przez odwołującego kwoty nie wystarczą na sam zakup mieszanek mineralno-bitumicznych, które to koszty- jak wskazuje sam zamawiający – w korespondencji kierowanej do odwołującego, kształtują się na poziomie 3,087 mln. zł. W konsekwencji można zatem przyjąć, że tak znaczne obniżenie wartości wskazanych w pozycjach kosztorysu ofertowego prowadzi do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną ofertową. Nie należy również przyjąć wyjaśnień, że przy wycenie spornych pozycji uwzględniono technologię REMIX, ponieważ w przedstawionym wcześniej kosztorysie szczegółowym w żaden sposób nie jest uwzględniona owa technologia, jak również maszyna stosowana w tej technologii. W przedmiotowej sprawie dowody składane przez REM-WOD są niewystarczające do uznania, że cena oferowana jest ceną realną.

Co do zarzutów dotyczących oferty przystępującego to należy stwierdzić, że w kosztorysie sporządzonym metodą uproszczoną zostały ujęte wszystkie pozycje w kolejności wyszczególnione w przedmiarze i zostały one wycenione. Oferta zawiera koszt zakupu zestawu AKWAL (regulator przepływu), co zostało uwidocznione w zestawieniu materiałowym poz. 34, a tym samym oferta jest pełna i spełnia warunki SIWZ. Również zarzuty dotyczące ceny zakupu kamienia i tłuczni są całkowicie niezrozumiałe. Żadna z pozycji przywołanych przez odwołującego nie wskazuje, że nie można jej zrealizować za wskazaną cenę, a zatem że jest ceną nierealną.

### **Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje**

#### **Co do interesu do wniesienia odwołania.**

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ czynność zamawiającego odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny naraża jego na poniesienie szkody w związku z utratą możliwości uzyskania zamówienia. Z racji, że posiada cenowo najkorzystniejszą ofertę w sytuacji kryterium najniższej ceny odrzucenie jego oferty uniemożliwia uzyskanie zamówienia. Zamawiający zamiast jego najtańszej oferty wybrał ofertę konkurenta to jest droższą ofertę - przystępującego do niniejszego postępowania

odwoławczego po stronie zamawiającego. Zaistniała okoliczność po stronie odwołującego wypełnia przesłankę posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy PZP zgodnie z którym, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli miał lub ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba ustaliła.

Izba na podstawie wnioskowanych dowodów przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego ustaliła co następuje.

Na podstawie dowodów wskazanych przez odwołującego to jest:

Pisma z dnia 16 stycznia 2013r. zamawiającego do odwołującego o odrzuceniu oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 oraz art.90 ust.3 ustawy PZP. Zamawiający wykonując wyrok KIO z dnia 28 listopada 2013r. o Sygn. akt 2558/12 (uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowne badanie i ocenę oferty wykonawcy wybranego „REM-WOD” sp. z o.o. ul. Legnicka 28; 25-324 Kielce po uprzednim wezwaniu wykonawcy wybranego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie pozycji kosztorysowej obejmującej cenę wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych (asfaltowych) o grubości 6 cm (warstw ścieralna) poz.117 (Obiekt 1), poz. 86 (Obiekt 2), poz. 85 (Obiekt 3), poz. 80 (Obiekt 4)), pismem z dnia 18.12.2012r. skierowanym do odwołującego wezwał go w toku ponownego badania i oceny ofert do wyjaśnienia w terminie do 28 grudnia 2012r. podstaw wyceny warstwy mineralno-bitumicznej (warstwa asfaltowa ścieralna) o grubości 6 cm w trybie art. 90 ust.3 ustawy PZP w określonych w tymże piśmie obiektach. Obiekty zostały wskazane tak jak w sentencji wyroku KIO powyżej zacytowane. W ocenie zamawiającego pismo z dnia 21.12.2012r. doręczone w terminie to jest 28.12.2012r. w sposób niewystarczający uzasadnia wysokość zaoferowanej ceny jednostkowej 3,63 zł. za 1 o grubości 6 cm (warstwa ścieralna). Podstawowym argumentem odwołującego do takiej wyceny tych robót jest okoliczność, że ilość dróg do naprawy w związku z transportem materiałów będzie niższa niż założona przez zamawiającego oraz koszty finansowe na wykonanie nawierzchni metodą REMIX zostały skalkulowane w innych pozycjach kosztorysu to jest w przesłonie cementowo-bentonitowej, cenie zakupu gruntu.

Zamawiający odrzucając ofertę nie godzi się z taką interpretacją obowiązujących przedmiarów, pozwalającą na przyjęcie mniejszej ilości zakresu prac do wyceny niż

opisanych w tymże przedmiarze poprzez zaniżenie stawki za m.kw. Dla zamawiającego oczywistym jest, że cena 3,63zł. za m.kw. nawierzchni jest nie do zaakceptowania wobec jego wiedzy, że cena rynkowa za 1 m.kw. jest na poziomie ok. 32 zł za m.kw. Wobec zapisu § 2 ust.3 umowy, że za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie w oparciu o ceny zawarte w kosztorysie ofertowym i ilości rzeczywistego zakresu rzeczowego, nie wyższe jednak niż wynagrodzenie o którym mowa w ust.1”., zamawiający uważa, że jego interes jest narażony, ponieważ powstałe w ten sposób straty po stronie wykonawcy musiałyby wpłynąć na kwestie należytego wykonania robót. Co do zastosowania metody REMIX na którą powołuje się w wyjaśnieniach odwołujący to jest ona nie do przyjęcia, z uwagi na to, że w wyjaśnieniach poprzednio udzielonych w dniu 03.10.2012r. gdzie odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację powołał się na podstawę wyceny KNNR nr 6 poz. 309/03 a więc tradycyjną metodę wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych asfaltowych o grubości 6 cm (warstwa ścieralna). Wykonawca w żadnej pozycji nie zaznaczył, że jest to wycena własna wynikająca z przyjętej nowej technologii REMIX. Wątpliwości zamawiającego budzi również okoliczność, że w pozycjach innych a odnoszących się do naprawy dróg to jest dróg gminnych Stężyca i Dęblin odwołujący przyjął stawkę 10 krotnie wyższą to jest w wysokości 36,7 zł za m.kw. takiego samego rodzaju nawierzchni.

Wniosek zamawiającego z udzielonych wyjaśnień to oferowanie wykonania robót poniżej rzeczywistych kosztów ich wykonania.

Zamawiający przywołał wyrok SO w Warszawie z dnia 6 września 2002r. V Ca 1020/02 ZPO 2002 nr 1 poz.68 gdzie Sąd stwierdził, że „ kwota 1 zł., jako odpowiadająca miesięcznemu kosztowi zarządzania obiektami i wynagrodzenia zarządcy (...), jest oczywiście nierealna z punktu widzenia logiki i doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorców”.

W tym stanie rzeczy zamawiający odrzucił ofertę odwołującego.

Pismo odwołującego z dnia 21 grudnia 2012r. wyjaśnienia wykonawcy. Odwołujący potwierdził wysokość zastosowanych stawek o wyjaśnienie, których wezwał go zamawiający. Powołał się na różnicę między jego ofertą a przystępującego wynosząca 3,7 %. Ponadto wyjaśnił, że w szczególności o udzielone odpowiedzi przez zamawiającego z dnia 27.08.2012r. określił i wycenił ilość dróg, które faktycznie ulegną uszkodzeniu i będą wymagały naprawy. Powołał się również na okoliczność, że w dokumentacji technicznej nie ma przewidzianego remontu dróg, który tylko został przewidziany w przedmiarach robót. Reasumując swoje badanie sprawy stwierdził, że niemożliwe jest uszkodzenie dróg o tak znacznej długości to jest 69 300 mkw. Przywołując pismo zamawiającego z dnia

27.08.2012r. odpowiedź na pytanie nr 7 stwierdza, że zamawiający „nie wyjaśnił, których dróg dotyczą remonty, a scedował na wykonawcę ustalenie tras dowozu materiałów”.

Ponadto odwołujący opisał nową technologię jaką zamierza wykorzystać przy naprawie dróg – REMIX, załączając opis tej technologii. Wskazał również, że środki finansowe na wykonanie robót w w/w technologii są w innych pozycjach kosztorysowych: przesłona bentonitowo-cementowa, ponieważ przedstawił wyliczenie z którego wynika, że prace te można wykonać za 53zł za 1 m.kw. a w kosztorysie przyjęto 70 zł.za 1 m.kw. W związku z tym na każdym metrze uzyska się oszczędność 17 zł. co łącznie da kwotę 746 640 zł. Ponadto odwołujący wskazał na rezerwę finansową w cenie zakupu gruntu. Grunt na budowę wału będzie pochodził z kopalni odwołującego, która była zorganizowana dla wcześniej wykonywanych dwóch etapów robot modernizowanych wałów w Gminie Maciejowice, przez co zwróciły się koszty zakupu terenów i organizacji kopalni. Do wyliczenia ceny w kosztorysie odwołującego przyjęto zakup gruntu 6,3 zł. za 1 m<sup>3</sup>. Według oceny odwołującego w cenie tej jest 3 zł. rezerwy co może przeznaczyć na nową technologię REMIX, która równa się 283 494zł. Wyliczając rezerwy zawarte w powyżej przedstawionych innych pozycjach robót odwołujący dodając je do wyceny nawierzchni bitumicznej uzyskuje w efekcie stawkę 18,50 zł. za 1 m.kw. przy obowiązującej powierzchni według przedmiaru - 69.300 m.kw. Dalej odwołujący przywołuje orzeczenie zespołu arbitrów z 30.09.2005r. sygn. akt UZP/ZO/-2665/05 gdzie w stanie faktycznym przewidującym cenę kosztorysową stwierdzono, że odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę jednostkową można tylko wtedy gdy cena jednostkowa będąca elementem cenotwórczym całości zamówienia uznana za rażąco niską wpływa w takim stopniu na cenę całości oferty, że można zakwalifikować jako rażąco niską .

Dalej odwołujący wskazuje na obowiązujący w przedmiotowym postępowaniu charakter umowy to jest umowy ryczałtowej, przywołując na poparcie swojej argumentacji wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998r. ( sygn. akt II CKN 913/97) gdzie ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej. W ocenie odwołującego, wynagrodzenie w przedmiotowej sprawie opiera się na wynagrodzeniu za całość zamówienia, które nie może być przekroczone, a nie na podstawie cen jednostkowych.

Odwołujący do wyjaśnienia załączył wyciąg z SIWZ, który zawiera opis przedmiotu zamówienia zgodnie z którym „zakres robót obejmuje w szczególności” gdzie w zakresie modernizacji robót wymieniono modernizację dwóch dróg gminnych w gminie Stężycza i w gminie Dęblina ( pkt 13. pkt 14),

odpowiedzi na pytania gdzie na pytanie 7 „W związku z koniecznością naprawy dróg wykorzystanych do transportu materiałów prosimy o podanie odcinków dróg jakie należy odnowić w ramach niniejszego kontraktu.

Odpowiedź 7: W przedmiarze robót przyjęto na podstawie posiadanego doświadczenia orientacyjną ilość m<sup>2</sup> dróg konieczną do naprawy w związku z transportem materiałów. Wykonawca przy udziale zarządcy drogi winien dokonać inwentaryzacji nawierzchni dróg, po których będzie odbywał się transport mas ziemnych niezbędnych do realizacji inwestycji. Dokładna lokalizacja miejsc naprawy dróg określona zostanie po wykonaniu robót związanych z transportem mas ziemnych”. Do wyjaśnienia załączono również artykuł nt „Remixing przyszłością dróg”, wyroki nt rażąco niskiej ceny, artykuł Paweł Sendrowski „Jaka jest rola zamawiającego w wyjaśnianiu, czy cena jest rażąco niska”, korespondencja odwołującego z Hydrogrupą z dn. 04.09.2013r. wykonanie przesłony przeciw filtracyjnej bentonitowo-cementowej, pismo z 02.01.2013r., 03.09.2012r. SAT do odwołującego oferta współpracy, referencje: z 13.01.2011r. dla SAT od POLDIM, z 08.02.2010r. dla SAT od PPD-M S.A. w Nowym Targu, z 15.07.2009r. dla SAT od ZDW w Gdańsku, z 31.01.2008r. POLDIM dla SAT, z 30.01.2008r. dla SAT od KPD-M S.A. w Kępnie, od GDDKiA z 13.07.2007r. dla SAT z 26.01.2007r. z 26.01.2007 dla SAT od STRABAG, porównanie Wartości Zestawienia Elementów Scalonych, wyciąg z SIWZ na temat opisu przedmiotu zamówienia rozdz. XIII Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej, pkt 3.10.1.2. wyposażenie wieży zamknięć 1.Regulator w wykonaniu specjalnym, STWiOR poz. 84 regulator strumieniowy, pismo AKWAL Sp. z o.o. z 31.08.2012r., mail oferta na biowłóknina, mapa WAŁU do modernizacji.

Z zapisów SIWZ ustalono następującą treść:

Z zapisu rozdz. XIII SIWZ Opis sposobu obliczania ceny ofertowej wynika, że 1.Cenę oferty należy wyliczyć na podstawie przedmiaru robót, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, będących integralną częścią SIWZ. 2.Oferty, w których kosztorys ofertowy nie będzie ujmował wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót, będą traktowane przez Zamawiającego jako niekompletne i skutkować to będzie odrzuceniem oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy. 5 W razie załączenia kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną, należy – pod rygorem odrzucenia oferty, do kosztorysu dołączyć tabele elementów scalonych, ceny jednostkowe materiałów, sprzętu oraz przyjęte do kosztorysowania stawki roboczogodziny i narzutów kosztów pośrednich i zysku. 6. Zamawiający może w trakcie oceny ofert wymagać od wykonawców, którzy sporządzili kosztorys metodą uproszczoną, aby przedstawili (wyjaśnili) kalkulacje kwot zawartych w cenach jednostkowych 7. Ceny określone w kosztorysie ofertowym nie ulegną podwyższeniu w czasie realizacji całego przedmiotu zamówienia.9. Ogólna cena ofertowa powinna obejmować koszty wykonania robót bezpośrednio wynikających z dokumentacji projektowej, powinna także obejmować koszty nie ujęte w dokumentacji technicznej, a których wykonanie niezbędne jest do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy tj. koszty związane z(...) Koszt powyższych robót należy uwzględnić w kosztach ogólnych.

§2 ust.3 projektu umowy brzmi: "za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie wyliczone w oparciu o ceny zawarte w kosztorysie ofertowym i ilości rzeczywistego zakresu rzeczowego, nie wyższe jednak niż wynagrodzenie o którym mowa w ust.1".

Na podstawie dowodów wskazanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie to jest:

Kolorowa mapa wskazująca remontowany wał przeciwpowodziowy oraz drogi gminne Stężycza i Dęblin oraz drogę wojewódzką 801 po której transportowane będą masy ziemne na budowę wału przeciwpowodziowego z zakładanych rezerw ziemnych w rejonie Kobylnicy.

Wyciąg z wykonania odnowy nawierzchni drogi wojewódzkiej nr 210 w technologii REMIX- Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 25.08.2010r. gdzie cena za 1 m.kw. wyniosła 39,61zł ( 604052,50zł. za 15250m.kw) a nie jak wskazuje w odwołaniu kwotę około 18,00zł.

Zestawienie porównawcze mieszanek mineralno-bitumicznych (asfaltowych) o gr. 6 cm (warstwa ścieralna) gdzie cena odwołującego to 3,63zł. za m.kw.

Z wnioskiem zamawiającego o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych przez przystępującego.

Na podstawie dowodów wskazanych przez przystępującego to jest:

Pismo z dnia 28 września 2012r. zamawiającego do przystępującego wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty na podstawie pkt XIII ppkt 6 SIWZ wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie kalkulacji kwot zawartych w cenach jednostkowych. Zamawiający prosił o przedstawienie kalkulacji szczegółowej – obiektu 1 – wykonanie budowli wałowej wpustowo- upustowej.

Pismo z dnia 04.10.2012r. przystępującego dotyczące wyjaśnień co do przedmiotu umowy obiekty 1,2,3,4. Przywołano str.2 pkt 11 oferty, o powierzeniu zakresu robót firmie „Dabi S.B....., M.B..... Spółka Jawna” jako podwykonawcy. W związku z tym roboty: wykonanie przesłony przeciw filtracyjnej, wbijanie ścianek szczelnych G-62 i GZ-4 oraz dostawę regulatora przepływu firmy „AKWAL” Sp. z o.o. zostały ujęte w pozycjach kosztorysu: Rozdział: Obiekt 1 poz. nr 25,26,27,28,29,84., rozdział :obiekt 2 pozycja nr 33,34, rozdział: obiekt 3, pozycja nr 36 . Do pisma załączono zał. nr 1 – kalkulacja

szczegółowa –stron9 i zał. nr 2 oferta firmy Dabi. W piśmie tym przystępujący zawarł ogólną uwagę, że w trakcie analizy złożonych ofert stwierdzono niejasności w konkurencyjnych ofertach. Szczególnie co do wyraźnie zaniżonych i nierealnych cen transportu mas ziemnych a także rozbieżności w tożsamych pozycjach kosztorysowych związanych z ułożeniem warstw mieszanki bitumicznej i równocześnie ich zniżenie.

W związku z kwestionowaniem w odwołaniu cen kruszywa w ofercie przystępującego załączono do pisma przystępującego pismo z dnia 22.08.2012r. firmy Piotra Zdun odnoszące się do przedmiotowego przetargu warunki kompleksowej sprzedaży kruszyw wraz z transportem loco budowa tłuczni kamiennego i kamienia łamanego hydrotechnicznego w cenach 31,50 zł/t i 50,50 zł/t.

Przedstawiono informacje o cenach materiałów budowlanych SEKOCENBUD II kwartał 2012r. grupa 13: wyroby metalowe ze stali gładkiej 2,20zł./kg i ze stali żebrowanej 2,25zł/kg.

Pismo oferta z dnia 21.08.2012r. firmy „Dabi S. B....., M.B..... Spółka Jawna” oferta kompleksowego wykonania robót w przedmiotowym postępowaniu w tym: wykonanie przegród przeciw filtracyjnych wbijanie ścianek GZ-4 oraz dostawę urządzenia regulatora strumieniowego zgodnie z projektem indywidualnym firmy Akwal Sp. z o.o. model SD-HW za całkowity zakres prac kwota:4.167 345,00zł.

Przedstawiono cennik kruszyw kwarcytowych na IV kw. 2012 Bukowa Góra.

Zestawienie sporządzone przez przystępującego cen wybranych materiałów i elementów uproszczonych kosztorysów ofertowych według poszczególnych wykonawców w zakresie kamień łamany do obiektów inżynierskich, tłuczni kamiennego sortowanego.

Izba przeprowadziła dowód z protokołu z dnia 28 listopada 2012r. do sprawy KIO 2558/12 w związku z przywoływanym przez odwołującego twierdzeniem zamawiającego, że cena ma charakter ryczałtowy oraz, że od lat wybiera wykonawców oferujących ceny na poziomie 50 czy 60 % wartości wyceny przez zamawiającego i roboty każdorazowo zostają wykonane. Oraz stwierdzeniem, że wycena samych materiałów przez zamawiającego w związku z masą asfaltową wynosi ok.3 mln. zł.

**Izba zważyła co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty podniesione przez odwołującego w stosunku do czynności zamawiającego a odnoszące się do jego oferty w zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 i art. 90 ust.3 ustawy PZP nie zostały w toku postępowania odwoławczego wykazane.

Również czynności zamawiającego związane z wyborem jako najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego nie potwierdzają zarzutu odwołującego co do naruszenia tą czynnością art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Tym samym Izba oddalając odwołanie nie stwierdziła podnoszonego w odwołaniu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty droższej to jest oferty przystępującego.

Na rozprawie przeprowadzono zgłoszone przez strony postępowania oraz uczestnika postępowania dowody z dokumentów w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofert, korespondencji towarzyszącej SIWZ oraz złożonym ofertom zgodnie ze zgromadzoną dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i innych dokumentów przedłożonych przy odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz przy przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz złożonych na rozprawie na okoliczności wskazane i opisane powyżej.

Odwołujący zarzucił naruszenie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przed czynnością odrzucenia oferty przeprowadził postępowanie wyjaśniające w oparciu o art. 90 ustawy PZP. Do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w kierunku rażąco niskiej ceny zamawiający został zobligowany wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2013r. w sprawie o Sygn. akt KIO 2558/12. Wyrokiem tym nakazano zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowne badanie i ocenę oferty wykonawcy wybranego to jest odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym po uprzednim wezwaniu odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie pozycji kosztorysowej obejmującej ceny wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych (asfaltowych) o grubości 6 cm (warstw ścieralna) poz.117 (Obiekt 1), poz. 86 (Obiekt 2), poz. 85 (Obiekt 3), poz. 80 (Obiekt 4) kosztorysu ofertowego.

Zamawiający zgodnie z dyspozycją art.90 ust. 1 ustawy PZP w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do wykonawcy to jest odwołującego o udzielenie w określonym terminie to jest do 28 grudnia 2012r. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.



Odwołujący w przepisany terminie to jest pismem z dnia 21 grudnia 2012r., w dniu 28 grudnia 2012r. udzielił wyjaśnienia w zakresie zastosowania cen na mieszankę mineralno-bitumiczną (asfaltową) o grubości 6 cm warstwy ścieralnej. W wyjaśnieniach swych wskazał na nowe okoliczności w stosunku do przedłożonej oferty, a mianowicie zastosowanie przy odtwarzaniu nawierzchni asfaltowej metody REMIX-u, pomimo, że z oferty oraz wyjaśnień z dnia 3 października 2012r., do których był wezwany w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP przedkładając szczegółowy kosztorys zgodnie z treścią rozdz. XIII pkt 6 (rozdz. XIII pkt 6. Zamawiający może w trakcie oceny ofert wymagać od wykonawców, którzy sporządzili kosztorys metodą uproszczoną, aby przedstawili (wyjaśnili) kalkulacje kwot zawartych w cenach jednostkowych) nie wynikało zastosowanie tej metody, a wręcz zastosowanie tradycyjnej metody naprawy nawierzchni drogi asfaltowej (w wyjaśnieniach poprzednio udzielonych w dniu 03.10.2012 r. gdzie odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację powołał się na podstawę wyceny KNNR nr 6 poz. 309/03 a więc tradycyjną metodę wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych asfaltowych o grubości 6 cm ( warstwa ścieralna). Wykonawca w żadnej pozycji nie zaznaczył, że jest to wycena własna wynikająca z przyjętej nowej technologii REMIX). Poza oświadczeniem się co do zmiany metody wykonania naprawy nawierzchni dróg asfaltowych odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że przyczyną tak niskiej ceny jest rezerwa w wycenie innych robót tego zamówienia a mianowicie w cenie wykonania przesłony cementowo-bentonitowej to jest przyjęto w kosztorysie cenę 70 zł. za m. kw. a można wykonać tę pracę za 53 zł. za 1m.kw. i zyskać w ten sposób oszczędność 17 zł za 1 m. kw. oraz w cenie zakupu gruntu z własnych złóż odwołującego to jest własnej kopalni, która była wcześniej zorganizowana dla wcześniej wykonywanych dwóch etapów robót modernizowanych wałów w Gminie Maciejowice. Tym razem w stosunku do poprzednich wyjaśnień z dn.03.10.2012r. w trybie art.87 ust.1 ustawy PZP odwołujący szukał rezerw na wyrównanie ceny 3,63zł. za 1 m. kw za wykonanie mieszanki mineralno- bitumicznej (asfaltowej) nie w „ pozycji koszty ogólne” ( źródło: odwołanie w sprawie KIO 2558/12 i protokół z rozprawy w tejże sprawie) tylko gdzie indziej to jest w pozycjach przesłony cementowo-bentonitowej oraz w cenie zakupu gruntu. Natomiast niezmiennie odwołujący tak w wyjaśnieniach z dnia 03.10.2012r. jak i w z dnia 21.12.2012r. czyli w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 2558/12 jak i niniejszej sprawie (KIO 207/13) kontrargumentował okoliczność obowiązku wyceny całej powierzchni przewidzianej w przedmiarach to jest powierzchni 69. 300m<sup>2</sup> uważając, że zniszczenie nawierzchni dróg asfaltowych za uzasadnione jest na poziomie 10 procent, podpierając swoje prawo do ustalenia rzeczywistych koniecznych nakładów na naprawę dróg a tym samym ich wycenę w odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego na pytanie nr 7 z dnia 27.08.2012r. (pytanie 7 „W związku z koniecznością naprawy dróg wykorzystanych do transportu materiałów prosimy o podanie odcinków dróg jakie należy odnowić w ramach niniejszego kontraktu. odpowiedź

7: W przedmiarze robót przyjęto na podstawie posiadanego doświadczenia orientacyjną ilość m<sup>2</sup> dróg konieczną do naprawy w związku z transportem materiałów. Wykonawca przy udziale zarządcy drogi winien dokonać inwentaryzacji nawierzchni dróg, po których będzie odbywał się transport mas ziemnych niezbędnych do realizacji inwestycji. Dokładna lokalizacja miejsc naprawy dróg określona zostanie po wykonaniu robót związanych z transportem mas ziemnych”). Odwołujący tak jak w w.w. wyjaśnieniach z dnia 03.10.2012r. i wyjaśnieniach z dnia 21.12.2012r. oraz w sprawach o Sygn. akt KIO 2558/12 i Sygn. akt KIO 207/13 oświadczył, że materiał na budowę wału przeciwpowodziowego będzie wozil bez uszkodzenia dróg a jedynie drogi gminne Stężycza i Dęblin wycenił według rynkowych cen to jest na poziomie 36,7 zł/m. kw. Poza tym odwołujący na rozprawie szeroko argumentował, że brak podstaw formalnych i prawnych do żądania aby wykonawca w związku z realizacją zadania miał możliwość remontu drogi wojewódzkiej nr 801 w związku z obowiązującymi w tym zakresie procedurami remontu dróg tej kategorii. Natomiast zamawiający na rozprawie przedstawił dowód w postaci mapy, z której wynika, że materiał „rezerwa ziemna z Kobylnicy” będzie wożona drogą wojewódzką nr 801 na odcinku 15 i 20 km. Zamawiający w oparciu o dostarczone wyjaśnienia na podstawie art.90 ust.3 ustawy PZP w związku z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP odrzucił ofertę odwołującego pismem z dnia 16 stycznia 2013r. wskazując w szczególności, że zaoferowana cena za mieszankę mineralno-bitumiczną na poziomie 3,63 zł za 1 m.k.w w sytuacji gdy dla dróg gminnych Stężycza i Dęblin odwołujący zaoferował cenę dziesięciokrotnie wyższą to jest 36,70zł. za 1 m. kw. wskazuje na wystąpienie w ofercie odwołującego rażąco niskiej ceny, za którą odwołujący nie jest w stanie wykonać zamówienia. Zgodnie z art.90 ust.3 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdzając, że wyjaśnienia odwołującego potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w zakresie mieszanki mineralno – bitumicznej na powierzchni 69.300m.kw. a co stanowi 12,25 % wartości zamówienia na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP odrzucił jego ofertę, ponieważ zgodnie z tym przepisem ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba czynność zamawiającego ocenia jako usprawiedliwioną na podstawie art. 90 ust.3 ustawy PZP, ponieważ po pierwsze odwołujący odmiennie do wyjaśnień z dnia 03.10.2012r. (choć w trybie art.87 ust.1 ustawy PZP) stwierdza w wyjaśnieniach z dnia 21.12.2012r., że brakujące środki na mieszankę mineralno-bitumiczną (asfaltową) o grubości 6 cm (warstwa ścieralna) uzyska z oszczędności na ścianie bentonitowo-cementowej oraz zakupie gruntu, a nie jak poprzednio przez rezerwę w kosztach ogólnych. Taka sytuacja stanowi o braku wiarygodności wyjaśnień odwołującego zmienianych bez jakiegokolwiek usprawiedliwienia.

Po drugie jak sam odwołujący wyjaśnia w piśmie z dnia 21 grudnia 2012r. uzyskane oszczędności z rezerw w ścianie bentonitowo-cementowej i w zakupie gruntu stanowią niespełna kwotę 1mln. zł., przy wyliczeniu przez zamawiającego, że według cen rynkowych koszt mieszanki mineralno-bitumicznej to kwota około 2.400.000zł. a wycena tejże mieszanki po cenie 3,63zł. za m.kw. to łącznie około 250 tys. zł. czyli daje to z rezerwami kwotę około 1.250.000,00zł. czyli nadal brakuje do wyceny na poziomie 36,7 zł. za 1 mkw. około 1 mln. zł. (2.400.000,00zł – 1.250.000,00zł.). Po trzecie prawdopodobnie z powodu wskazanego braku około miliona złotych przy uwzględnieniu oszczędności odwołujący powołuje się na metodę REMIX-u , której koszty w jego ocenie wahają się na poziomie 11 czy 18 zł. za 1 mkw. ( przy czym według cen 2010r. zamawiający przedkłada dowód, że cena 1 m.kw. wynosi ok. 39 zł. za 1 mkw. REMIX-u). Zarówno poszukiwanie nowych rezerw w stosunku do wyjaśnień z 03.10.2012r. oraz nowej metody naprawiania nawierzchni nie znajduje usprawiedliwienia w świetle powyżej wskazanego stanu faktycznego i prawnego złożonej oferty przez odwołującego. Reasumując udzielone wyjaśnienia należy uznać za niewiarygodne i nie usprawiedliwione w świetle zgromadzonego w sprawie materiału (wycena metodą tradycyjną a nie REMIX – oferta i wyjaśnienia z dnia 03.10.2012). W efekcie powyższego tak udzielone wyjaśnienia wskazują na rażąco niską ceną nie tylko co do mieszanki mineralno-bitumicznej ale również rażąco niskiej ceny całego przedmiotu zamówienia.

Ponadto w ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje przede wszystkim na to, że cena ma charakter kosztorysowy a nie ryczałtowy. Zamawiający owszem wskazuje, że nie zapłaci więcej niż cena podana w ofercie jako „cena ogólna”, ale to nie oznacza charakteru ryczałtowej ceny, ponieważ we wzorze umowy jednoznacznie określa, że „za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie wyliczone w oparciu o ceny zawarte w kosztorysie ofertowym i ilości rzeczywistego zakresu rzeczowego, nie wyższe jednak niż wynagrodzenie o którym mowa w ust.1. Również w rozdz. XIII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej wskazuje po pierwsze: oferty, w których kosztorys ofertowy nie będzie ujmował wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót, będzie podlegał odrzuceniu, po drugie: kosztorys sporządzony metodą uproszczoną, pod rygorem odrzucenia oferty powinien zawierać tabelę elementów skalonych, ceny jednostkowe materiałów, sprzętu oraz przyjęte do kosztorysowania stawki roboczogodziny i narzutów kosztów pośrednich i zysku. Na znaczenie i charakter cen jednostkowych ujętych w kosztorysie wskazuje również pkt 8 rozdz. XIII SIWZ. Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej zgodnie z którym „ceny określone w kosztorysie ofertowym nie ulegną podwyższeniu w czasie realizacji całego przedmiotu zamówienia”. Stąd wniosek, że zamawiający nie płaci według ceny ofertowej tylko płaci według cen jednostkowych za rzeczywiście wykonane roboty wchodzące w skład zamówienia. Tym bardziej

usprawiedliwione jest wyjaśnienie przez zamawiającego również cen jednostkowych w oparciu o które nastąpi rozliczenie za wykonane roboty.

W związku z tym w przedmiotowej sprawie nie można stosować literalnie zapisu ustawy o rażąco niskiej cenie odnoszącej się tylko i wyłącznie do „ogólnej ceny ofertowej” to jest „w stosunku do przedmiotu zamówienia – wykonanie wału przeciwpowodziowego”, ponieważ wbrew zdrowemu rozsądkowi, doświadczeniu życiowemu w oparciu o ogólną orientację co do cen na roboty budowlane cena 3,63 zł. za 1 m. kw. mieszanki mineralno-bitumicznej (asfaltowej) o grubości 6 cm (warstwa ścieralna) przy średniej cenie dziesięciokrotnie wyższej nie pokryje kosztów stanowiących samodzielny element rozliczania za wykonane roboty. Zresztą jak sam odwołujący przyznał wycena na tak niskim poziomie wynika z faktu, że podany metraż nawierzchni 69.300 mkw. do naprawy odwołujący zaakceptował do wyceny na poziomie 10 % wartości przedmiarowej.

W ocenie Izby nie można również zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 7 upoważniła odwołującego do wyceny nawierzchni do naprawy do poziomu 10 % przyjętej przez zamawiającego powierzchni 69.300 mkw. Pomimo, iż w odpowiedzi zamawiający stwierdza się, że do przedmiaru przyjęto orientacyjną ilość m.kw. dróg konieczną do naprawy w związku z transportem materiałów to nie oznacza, że na podstawie tej odpowiedzi odwołujący mógł ją ograniczyć do poziomu 10% oferując 3,63 zł za m.kw. czy w ogóle w jakikolwiek sposób zmienić. W tym miejscu należy przywołać cytowany powyżej pkt 2 rozdz XIII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny o treści „oferty, w których kosztorys ofertowy nie będzie ujmował wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarze, będą traktowane przez zamawiającego jako niekompletne i skutkować to będzie odrzuceniem oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy”. Reasumując zachowanie odwołującego wypełniło wprost nie tylko przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP w związku z art.90 ust.3 ustawy PZP, ale również pośrednio art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP. Należy dodać uzupełniająco, że przez udzielenie odpowiedzi na pyt. Nr 7 zamawiający nie zmienił SIWZ o czym zawiadamiał wykonawców np.; wskazując, że odpowiedź nr 2 powoduje modyfikację SIWZ a mianowicie przedmiarze robót dot. Obiektu 4 wprowadza się .....” (ta sama strona na której zamieszczono odpowiedź na pytanie nr 7).

Podsumowując zarzut odwołującego naruszenia przepisu art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP w związku z art. 90 ust.3 ustawy PZP nie został wykazany.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy PZP przez wybór oferty droższej to jest oferty przystępującego nie ostał się wobec nie uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy PZP.

Co do zarzutu skierowanego pod adresem wykonawcy wybranego to jest przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego to jest naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP gdyż nie odpowiada SIWZ tj. pkt XIII pkt 2 i 9 poprzez nieuwzględnienie w kosztorysie ofertowym ceny zakupu regulatora przepływu opisanego w dokumentacji technicznej w poz. 3.10.1.2. oraz w przedmiarach poz.84 to zarzut nie został wykazany.

Zgodnie z przywołanym jako podstawa odrzucenia oferty art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3. Odwołujący postawił zarzut niezaoferowania strumieniowego regulatora przepływu. Przystępujący odpierając zarzut załączył jego pismo z dnia 04.10.2012r. dotyczące wyjaśnień co do treści złożonej oferty obiekty 1,2,3,4. Przywołano między innymi str.2 pkt 11 oferty, o powierzeniu zakresu robót firmie „Dabi S.B....., M.B..... Spółka Jawna” jako podwykonawcy. W związku z tym roboty: wykonanie przesłony przeciw filtracyjnej, wbijanie ścianek szczelnych G-62 i GZ-4 oraz dostawę regulatora przepływu firmy „AKWAL” Sp. z o.o. zostały ujęte w pozycjach kosztorysu: Rozdział: Obiekt 1 poz. nr 25,26,27,28,29,84., rozdział :obiekt 2 pozycja nr 33,34, rozdział: obiekt 3, pozycja nr 36 . Do pisma załączono zał. nr 1 – kalkulacja szczegółowa –stron9 i zał. nr 2 oferta firmy Dabi pismo z dnia 21.08.2012r. Przystępujący przedłożył również pismo oferta z dnia 21.08.2012r. firmy „Dabi S.B....., M.B..... Spółka Jawna” oferta kompleksowego wykonania robót w przedmiotowym postępowaniu w tym: wykonanie przegród przeciw filtracyjnych wbijanie ścianek GZ-4 oraz dostawę urządzenia regulatora strumieniowego zgodnie z projektem indywidualnym firmy Akwal Sp. z o.o. model SD-HW za całkowity zakres prac kwota:4.167 345,00zł.

W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzut sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ ( art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP) za nie wykazany, ponieważ wykonawca wybrany zaoferował regulator przepływu. Natomiast podnoszone w uzasadnieniu w ocenie odwołującego argumenty nierealnego koszty zakupu regulatora nie mogły podlegać rozpoznaniu, ponieważ zarzut został sformułowany do art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP a nie do art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP. Natomiast zgodnie z art. 192 ust.7 ustawy PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a w odwołaniu sformułowano zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP to jest sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, a nie zarzut rażąco niskiej ceny. Argumentacja odwołującego na rażąco niską cenę została rozwinięta na dalsze ceny jednostkowe w uzasadnieniu odwołania to jest: cen zbrojenia w konstrukcji żelbetowej, kostki brukowej, biowłókniny, siatka i szpilki przeciw zwierzętom, dowóz wody beczkowitzem, plantowanie, ceny jednostkowe kamienia i tłucznia. Niemniej przystępujący odniósł się do argumentacji na temat zaniżonych cen wykazując, że posiada stosowne oferty na wykonanie dostaw zgodnie z cenami wykazanymi w kalkulacji i tak np.: pismo z dnia 22.08.2012r. firmy P..... Z..... odnoszące się do przedmiotowego przetargu

warunki kompleksowej sprzedaży kruszyw wraz z transportem loco budowa tłucznia kamiennego i kamienia łamanego hydrotechnicznego w cenach 31,50 zł/t i 50,50 zł/t.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku, ponieważ odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w myśl art. 192 ust.2 ustawy PZP Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) i pkt 2) oraz § 1 ust.2 pkt 2) 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. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 20.000,00 złotych i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....

.