

Sygn. akt: KIO 1517/11

WYROK

z dnia 29 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 lipca 2011 r.** przez **Mariana Adamczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - Zakład Remontowo Budowlany „ADMA”, ul. Kościuszki 68, 28-200 Staszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Międzygminny „Nidzica”, ul. Zielona 12, 28-500 Kazimierza Wielka,**

przy udziale wykonawcy **EKOKANWOD Czyszczoń i Półtorak sp. j., ul. Farna 6, 28-136 Nowy Korczyn**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe "INŻBUD" Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 28a, 23-300 Janów Lubelski**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Mariana Adamczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - Zakład Remontowo Budowlany „ADMA”, ul. Kościuszki 68, 28-200 Staszów** i :

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mariana Adamczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - Zakład Remontowo Budowlany „ADMA”, ul. Kościuszki 68, 28-200 Staszów** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Mariana Adamczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - Zakład Remontowo Budowlany „ADMA”, ul. Kościuszki 68, 28-200 Staszów** na rzecz **Związku Międzygminny „Nidzica”, ul. Zielona 12, 28-500 Kazimierza Wielka** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty z tytułu 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 Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Międzygminny „Nidzica”, ul. Zielona 12, 28-500 Kazimierza Wielka (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie aglomeracji Kazimierza Wielka”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 5 lipca 2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, w tym wykonawcę - Mariana Adamczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo Budowlany „ADMA”, ul. Kościuszki 68, 28-200 Staszów (dalej „odwołujący” lub „ADMA”) o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy - EKOKANWOD Czystość i Półtorak sp. j., ul. Farna 6, 28-136 Nowy Korczyn (dalej: „przystępujący” lub „EKOKANWOD”).

W dniu 15 lipca 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego. W opinii ADMA zamawiający naruszył:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ocenę wyjaśnień złożonych w postępowaniu EKOKANWOD w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do wyboru oferty, która podlega odrzuceniu, ponieważ zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną rażąco niską,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKOKANWOD zawierającej rażąco niską cenę,
3. art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień udzielonych przez EKOKANWOD,
4. art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenie oferty EKOKANWOD, mimo nie złożenia wyjaśnień względnie złożenia wyjaśnień, których ocena potwierdza, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
5. art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę EKOKANWOD,
2. odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę EKOKANWOD,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, że cena zaoferowana w ofercie wybranego wykonawcy w wysokości 10 498 886,40 zł brutto stanowi mniej niż 50 % wartości szacunkowej zamówienia oraz jest niższa o blisko 6 milionów zł (to jest ponad 50% ceny zaoferowanej) od następnej oferty złożonej w postępowaniu. Zadaniem odwołującego wynagrodzenie za realizację przedmiotowego zamówienia w kwocie 10 498 886,40 zł brutto uniemożliwi wykonawcy osiągnięcie jakiegokolwiek zysku oraz jest całkowicie nierentowne i oderwane od realiów rynkowych.

Odwołujący podnosił, że w związku z dużymi różnicami w cenach, zamawiający słusznie powziął wątpliwość co do realności cen w stosunku do przedmiotu zamówienia i wystąpił do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. W jego ocenie treść wyjaśnień udzielonych przez EKOKANWOD była niewystarczająca dla przyjęcia, że cena oferty nie jest rażąco niska. Odnosząc się do wyjaśnień udzielonych przez wybranego wykonawcę ADMA wskazywał, w zakresie poszczególnych pkt. wyjaśnień, tj.:

- pkt. 3, 4 i 5 - odwołujący zwracał uwagę, że wybrany wykonawca nie wskazał konkretnie jakie elementy i w jakich ilościach posiada na magazynie (ile w 80% stanowią np. rury z PE). W opinii ADMA nie wykazał zatem jak ewentualne zapasy wpływają na zaoferowaną cenę i za jaką cenę zostały nabyte. Nie przedstawił kalkulacji, na którą się powołuje - która rzekomo pozwoliła mu na obniżenie ceny. Nie uzasadnił w jaki sposób magazynowanie towarów z rocznym wyprzedzeniem, przy konieczności ponoszenia kosztów ich magazynowania oraz kredytowania ich zakupu wpływa na obniżenie cen, w sytuacji, w której wybrany wykonawca nie ma pewności czy zakupione przez niego w latach poprzednich materiały będą mogły być wbudowane (spełniać będą wymagania jakościowe zamawiającego);
- pkt. 6-11 – zdaniem odwołującego wybrany wykonawca nie wskazał konkretnie jakie elementy i w jakich ilościach „były zakupione i skalkulowane” w innych inwestycjach. Nie wykazał zatem jak ewentualne zapasy wpływają na zaoferowaną cenę. Wyjaśnienia nie pozwalają np. na ustalenie czy zaoferowane ceny są realne np. z uwagi na koszty transportu materiałów;
- pkt. 12– ADMA podnosił, że wykonawca nie uzasadnił ceny - barter nie wpływa bowiem co do zasady na wysokość ceny a jedynie pozwala na zwiększenie płynności

finansowej. Cena wskazywana przez wybranego wykonawcę nie jest możliwa do uzyskania chociażby z uwagi na przepisy prawa podatkowego przewidujące ustalenie zobowiązań podatkowych od cen rynkowych;

- pkt. 13 - brak wskazania jakichkolwiek okoliczności uzasadniających przyjęcie zaoferowanej ceny;
- pkt. 14 – zdaniem odwołującego nie wiadomo co należy rozumieć, przez „koparki automatyczne”. W ocenie odwołującego parametry techniczne urządzeń dostępnych na rynku i stosowanych przez przedsiębiorców budowlanych są zbliżone. Ze złożonych ofert nie wynika też aby wybrany wykonawca stosował inne, odbiegające od pozostałych wykonawców technologie, czy też sposób organizacji pracy. Nie wynika w szczególności aby jego konkurenci stosowali „metody tradycyjne”. Stąd wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie uzasadniają zaoferowanej przez niego ceny.

Odwołujący podkreślał, że wyjaśnienia złożone przez EKOKANWOD są lakoniczne, ogólne, uniemożliwiające ustalenie jakie okoliczności wykonawca brał pod uwagę szacując i jak wpłynęły one na cenę. W efekcie nie można ustalić w oparciu o te wyjaśnienia, czy cenę oferty skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji, co należało ocenić jako niezłożenie żądanych przez zamawiającego wyjaśnień.

ADMA odwoływał się również do porównania ofert w przedmiotowym postępowaniu, które w jego ocenie prowadzi do wniosku, że ceny rynkowe zostały zaoferowane przez wybranego wykonawcę jedynie w odniesieniu do pozycji, które miały nieistotny wpływ na cenę ofertową. W odniesieniu zaś do pozycji najistotniejszych ceny są wielokrotnie zaniżone. Dotyczy to w szczególności podbudowy (piasek kruszywa), nawierzchni z mieszanek asfaltowych oraz rur stalowych. Zaniżenie cen w tych pozycjach powoduje, iż cena ofertowa jako całość jest ceną rażąco niską. Nadto skala zaniżonych pozycji w stosunku do wycenionych prawidłowo uniemożliwia jakiegokolwiek zrównoważenie zaniżonej ceny. Odwołujący dodatkowo wskazać należy, że wybrany wykonawca nie uwzględnił w ofercie kosztów zajęcia pasa drogowego, co dodatkowo uniemożliwia uznanie wybranej oferty za prawidłowo oszacowaną.

W związku z powyższym zdaniem odwołującego należy stwierdzić, że w analizowanej sprawie zamawiający nie był w stanie przyjąć wyjaśnień z uwagi na brak wystarczających danych umożliwiających przeprowadzenie kalkulacji. Ponadto odwołujący odniósł się dalszych wyjaśnień przystępującego wskazując, że są one również ogólnikowe i nie pozwalają na ustalenie, że EKOKANWOD obalił domniemanie wynikające z wezwania do udzielenia wyjaśnień.

W dniu 15 lipca 2011 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

W dniu 18 lipca 2011 r. zamawiający, przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 20 lipca 2011 r. zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył EKOKANWOD. Izba ustaliła na posiedzeniu Izby, że strony otrzymały kopię ww. zgłoszenia. W tej samej dacie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego złożył wykonawca - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe "INŻBUD" Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 28a, 23-300 Janów Lubelski (dalej: „INŻBUD”).

W dniu 28 lipca 2011 r. podczas posiedzenia Izby zamawiający w formie pisemnej złożył odpowiedź na odwołanie. W piśmie wnosił o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z protokołem przedmiotowego postępowania w dniu 3 marca 2011 r. zamawiający, w oparciu o kosztorys inwestorski, dokonał oszacowania przedmiotu zamówienia na kwotę 17.777.535,01 zł netto, co stanowiło równowartość 4.630.772,86 euro. Wartość zamówienia brutto = 21.866.370,52 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jako zamierza przeznaczyć na sfinansowanie realizacji zamówienia – 21.866.370,52 zł.

W specyfikacji, w części I Instrukcja dla wykonawców, w pkt. 26 Kryteria oceny ofert ppkt. 26.2 zamawiający określił, że jedynym kryterium oceny ofert będzie cena (100%).

Zgodnie z treścią protokołu postępowania w dniu składania ofert do zamawiającego wpłynęło 13 ofert, w których wykonawcy zaoferowali wykonanie zamówienia za następujące kwoty brutto:

1. Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji „HYDROMEL” Sp. z o.o. - 20.968.330,57 zł,

2. Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDIMOT” Sp. z o.o. – 18.458.501,64 zł.
3. „Energopol-Południe” S.A. – 24.744.704,54 zł.
4. INŻBUD – 19.615.473,19 zł.
5. „WOD-BUD” Sp. z o.o. – 21.999.207,79 zł.
6. ADMA – 16.390.730,51 zł.
7. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ELTAR” Sp. z o.o. – 20.977.801,20 zł.
8. ABM SOLID S.A. – 18.198.326,23 zł.
9. EKOKANWOD – 10.498.886,40 zł.
10. Skanska S.A. – 18.431.908,45 zł.
11. MOTA ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. – 21.445.998,12 zł.
12. PPH INTEGRAL RZESZÓW Sp. z o.o. – 18.839.995,25 zł.
13. Zakład Robót Inżynieryjno – Transportowych „WOD-GAZ” – 21.943.974,51 zł.

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji „HYDROMEL” Sp z o.o. - został wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp.

Pismem z dnia 6 czerwca 2011 r. zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do wykonawcy EKOKANWOD o wyjaśnienia w zakresie niskiej ceny wskazanej w ofercie, a w szczególności poszczególnych elementów kosztorysu mających wpływ na wysokość ceny podanej w ofercie.

W dniu 10 czerwca 2011 r. EKOKANWOD w formie pisemnej złożył stosowne wyjaśnienia. Odnosząc się do poszczególnych elementów oferty wskazanych przez zamawiającego wyjaśniał:

1. Studzienki kanalizacyjne systemowe z PE Ø 1000 - pozycje (ceny) kosztorysu wskazane przez zamawiającego do wyjaśnienia: ul. Koszycka - 2.2.d2, Wojciechów - 2.2.d2, 5.16.d5, 13.2.dl3, Jachimowskiego, Lipowa, kwiatowa, Wiśniowa, Kolejowa - 145.dl55, 146 dl55, 227- 242.d25, Cudzynowice (droga wojewódzka) - 16.dl12

Wyjaśnienie do pkt. 1

Koszt zakupu przez nas studzienki + włazu + pierścienia odciążającego wynosi 1739,05 zł. w kosztorysie wyceniono 2991,82 zł.

2. Studzienki betonowe Ø 1200 - pozycje (ceny) kosztorysu wskazane przez zamawiającego do wyjaśnienia: Jachimowskiego, Lipowa, kwiatowa, Wiśniowa, Kolejowa - 243.d26, 244.d25

Wyjaśnienie do pkt. 2

Koszt zakupu przez nas studzienki wynosi 1646,00 zł w kosztorysie wyceniono 2508,91 zł.

3. Przewierty i rury ochronne - - pozycje (ceny) kosztorysu wskazane przez zamawiającego do wyjaśnienia: ul. Koszycka - 6.1.d.6, 14.Ld.14, 14.3dl4, 16.1.d.l6, 6.4.d.6, 6.5.d.6, Wojciechów - 3.1.d3, 3.2.d.3, 6.1.d.6, 3.3d3,6.4.d4, 6.5.d.6, 6.6.d.6, 14.1.dl4, Jachimowskiego, Lipowa, kwiatowa, Wiśniowa, Kolejowa- 160-162.dl57, 209.d24, 210.d24, 257.d.281, 259.d281, 264.d282, Słonowice, Kamyszów w Kazimierzy Wielkiej - 39d. 113, 200.d32, Cudzynowice Kolejowa - 38.dll3, 122.d32, Cudzynowice -pas drogowy - 12d.II2, 13d.II2.
4. Armatura napowietrzająco-odpowietrzająca Wojciechów 5.11.d5, 5.15.d5
5. Przepusty drogowe- Cudzynowice: ul. Kolejowa - 78.d213, 107.d223.

Wyjaśnienie do pkt. 3, 4 i 5

„Rur stalowe osłonowe, rury ochronne z PE, armatura napowietrzająco-odpowietrzająca oraz przepusty drogowe. Wskazane materiały w 80% posiadam na stanie magazynowym, które nabyłem w roku ubiegłym po cenach promocyjnych, w chwili obecnej skalkulowanie "tych materiałów poniżej aktualnych cen rynkowych pozwala mi obniżyć cenę w sposób znaczący oraz umożliwi zwolnienie powierzchni magazynowych, której w chwili obecnej mi brakuje na zakup nowych materiałów które będą wykorzystywane w roku 2012. Przedstawiony mechanizm zakupów materiałowych z rocznym wyprzedzeniem jest przez nas stosowany od czterech lat i zawsze się sprawdza przy obniżaniu kosztów oferty aby być konkurencyjną Firmą w stosunku do innych firm, które również walczą o rynek zamówień publicznych”.

6. Nawierzchnie i podbudowy z kruszyw łamanych - pozycje (ceny) kosztorysu wskazane przez zamawiającego do wyjaśnienia: Jachimowskiego, Lipowa, kwiatowa, Wiśniowa, Kolejowa - 37-38d,117,90-91dl38, 112-113dl38, 182-183dll7, 185-186dll7,

270-271dll7, 273-274dll7, Cudzynowice ul. Kolejowa - 23-24dll, 76dll3, 77d213, 105-106d223, 118d31.

7. Podsypki, nawierzchnie i podbudowy z kruszyw naturalnych - pozycje (ceny) kosztorysu wskazane przez zamawiającego do wyjaśnienia: Jachimowskiego, Lipowa, kwiatowa, Wiśniowa, Kolejowa - 17.dl4, 39dll7, 51dl24, 68dll7, 76dl34, 99dl44, 114dl48, 130dl54, 184dll7, 187dll7, 203d24, 272dll7, 275dll7, Słonowice, Kamyszów w Kazimierzy Wielkiej - 36dll3, 37dll3, 197d32, Cudzynowice ul. Kolejowa - 35-36dl 13, Cudzynowice droga wojewódzka - 10d112.
8. Uszczelnianie końców rur ochronnych - pozycje (ceny) kosztorysu wskazane przez zamawiającego do wyjaśnienia: Ul. Koszycka-3.2.d3, Wojciechów - 3.4.d3, 14.4dl4
9. Odtworzenie poboczy Cudzynowice ul. Kolejowa - 27d 111
10. Studzienka rozprężna Ø 600 Cudzynowice - 140d4
11. Przeciąganie rurociągów przewodowych - Cudzynowice dr. Woj. - 14dll2

Wyjaśnienie do pkt. 6, 7, 8, 9, 10 i 11

Dokonując kalkulacji cenowej do wymienionych pozycji przystępujący wskazywał, że uwzględnił obecnie realizowane zadania inwestycyjne min.: Budowa kanalizacji sanitarnej dla Gminy Wiślica, Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w gminie Chmielnik, Budowa wodociągu i kanalizacji sanitarnej w gminie Busko - Zdrój. Budowy tych zadań są w końcowym etapie realizacji robót co pozwoliło odwołującemu na stwierdzenie, że znacząca ilość zakupionych materiałów, które nie wbudowano, została przyjęta do kalkulacji jak materiał do wykorzystania w przedmiotowym postępowaniu. Materiały te były zakupione i skalkulowane pod wymienione inwestycje, stąd obniżone ceny, gdyż koszty tych materiałów był już uwzględniony w wydatkach firmy, a ich przechowywanie w magazynach staje się nie możliwe z uwagi na braki powierzchni magazynowych, ta posiadana jest zajęta przez materiały nabywane w cenach promocyjnych z rocznym wyprzedzeniem.

12. Nawierzchnie z mieszanek asfaltowych - pozycje (ceny) kosztorysu wskazane przez zamawiającego do wyjaśnienia: Jachimowskiego, Lipowa, kwiatowa, Wiśniowa, Kolejowa - 40-41dll7, 188-189dll7, 276- 277dll7, Cudzynowice, ul. Kolejowa - 25-26dll.

Wyjaśnienie do pkt. 12

Przystępujący podnosił, że podpisana umowa barterowa z firmą drogową, która ma własną wytwórnię mas bitumicznych pozwala na znaczące obniżenie cen na materiały i robociznę, gdyż rozliczenia z pomiędzy firmami mają charakter kompensacyjny,

charakteryzujący się płaceniem za materiały i robocizną firmie drogowej również robotami materiałami w branży wod-kan.

13. Wrota z furtkami - Wojciechów - 8.8d8.

Wyjaśnienie do pkt. 13

Przystępujący wskazywał, że cena została skalkulowana na podstawie faktycznego kosztu wykonania na indywidualne zlecenie.

14. pozostałe pozycje kosztorysowe w których został zakwestionowany koszt robocizny i sprzętu, gdyż był niższy od kosztów wykonawców którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Wyjaśnienie do pkt. 14

Przystępujący podnosił, że powodem osiągnięcia takich cen jest posiadanie nowoczesnego sprzętu szczególnie koparek automatycznych, których automatyka pozwala nam na układanie rur obsadą trzech osób (2 + 1), metoda tradycyjna wymaga obsady od 5 do 7 osób. Zakupiony sprzęt do budowy kanalizacji to efekt wykorzystania wielo milionowej pomocy z środków UE na rozwój Przedsiębiorczości, który zezwala mi na znaczące obniżenie kosztów robocizny.

Ponadto EKOKANWOD podkreślał, że na zaoferowaną cenę miały również wpływ następujące elementy:

1. Forma prowadzenia działalności jako spółka jawna w znaczący sposób obniża koszty w stosunku do innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, którzy prowadzą przedsiębiorstwa w ramach spółek prawa handlowego" z osobowością prawną. Wskazana sytuacja w odniesieniu do oferty EKOKANWOD to brak znaczących kosztów pośrednich zwianych z zarządzaniem i nadzorem spółki.
2. Przy tworzeniu oferty odwołujący brał pod uwagę to, że firma posiada własne zaplecze techniczne w postaci: bazy sprzętowej, kontenery biurowo-socjalne i nowy sprzęt co jest też znaczną wartością przy tworzeniu ceny ok. 15%.
3. Przy kalkulacji oferty odwołujący brał także pod uwagę optymalizację projektu przy uwzględnieniu licznych wskazówek otrzymanych przez zaprzyjaźnione i współpracujące z nami od lat Biuro Projektowe, co pozwoliło na znacznie obniżyć koszt wykonania w/w branż.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego:

1. oferty cenowe dotyczące nawierzchni bitumicznych oraz mieszanek bitumicznych (6 szt.) gdzie wskazano m.in. cenę betonu asfaltowego w przedziale od 215 zł/tonę do 228 zł/tonę oraz cenę 1m² mieszanki min-bitum warstwa ścieralna gr. 4 cm w przedziale od 38,60 zł brutto do 39,36 zł brutto.
2. oferty cenowe dotyczące kruszywa (3 szt.) gdzie wskazano m.in. cenę poszczególnych kruszyw w przedziale od 23,50 zł/t netto do 29,20 zł/t netto.
3. ofertę cenową dotyczącą rur bez szwu gdzie dla rury Ø 273,0 x 7,1 wskazano cenę 209 zł/mb natomiast dla Ø 273,0 x 8,0 cenę – 238 zł/mb,
4. fakturę VAT z dnia 29 marca 2011 r. wystawioną przez ENERGOSTAHL gdzie pod pozycją nr 3 wskazano wartość jednostkową rury stalowej Ø 273 na kwotę 109 zł.

Odwołujący przedłożył na rozprawie również wydruki komputerowe cenników: piasku, żwiru i mieszanek żwirowych oraz kruszywa ze strony internetowej Przedsiębiorstwa Produkcji Kruszywa i Usług Geologicznych KRUSZGEO S.A. (<http://www.kruszgeo.com.pl>)

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny poszczególnych podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia art. 90 ust. 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp a w konsekwencji art. 7 ust 1 Pzp - podniesione w odwołaniu - nie potwierdziły się.

Izba wskazuje, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena” oraz brak jest również jednoznacznego wskazania w dotychczasowym orzecznictwie kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zatem każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Jednak korzystając z ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Tożsamy pogląd został wyrażony m. in. w orzeczeniu Izby o sygn. akt: KIO 1039/11.

Jednakże nie należy zapominać, iż zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia sygn. akt.: KIO 1515/10).

Wskazać należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08).

W przedmiotowej sprawie zamawiający w formie pisemnej zwrócił się do EKOKANWOD w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienia dotyczące ceny przedstawionej w ofercie. Obowiązkwowi temu uczynił zadość przystępujący składając obszerne wyjaśnienia zarówno w kwestii poszczególnych pozycji kosztorysowych, których wyjaśnienia domagał się

zamawiający, jak również wskazując inne konkretne czynniki, które miały wpływ na kalkulację ceny przedstawionej przez niego w złożonej ofercie.

Za prawidłowe należy uznać stanowisko zamawiającego, który powyższe wyjaśnienia przyjął i uznał za wystarczające, ponieważ przystępujący w sposób wyczerpujący wskazywał w piśmie na szereg czynników warunkujących wartość ceny podanej w ofercie.

W ocenie Izby przede wszystkim należy wskazać na te wyjaśnienia wykonawcy, w których podnosił, że znaczną część materiałów nabył w roku ubiegłym po cenach promocyjnych i obecnie posiada je na stanie magazynowym (rury stalowe osłonowe, rury ochronne z PE, armatura napowietrzająco-odpowietrzająca oraz przepusty drogowe). Następnie podkreślenia wymaga informacja wykonawcy, że dokonując kalkulacji cenowej wybranych materiałów (m.in. nawierzchnie i podbudowy z kruszyw łamanych; podsypki, nawierzchnie i podbudowy z kruszyw naturalnych, studzienka rozprężna) w celu sporządzenia oferty, uwzględnił w obecnie realizowane zadaniach inwestycyjnych nadwyżki materiałów pochodzące z realizowanych zadań, które są w końcowym etapie realizacji robót. Tym samym znacząca ilość zakupionych materiałów, które nie zostały wykorzystane w realizacji robót, została przyjęta do kalkulacji jak materiał do wykorzystania w przedmiotowym postępowaniu. Za wiarygodne należy uznać również wyjaśnienia wykonawcy, który podnosił, że materiały te były zakupione i skalkulowane w odniesieniu do innych inwestycji i dlatego obniżono ceny materiałów, gdyż ich koszty materiałów zostały już uwzględnione w wydatkach firmy, a ich przechowywanie w magazynach staje się niemożliwe z uwagi na braki powierzchni magazynowych, ponieważ ta posiadana jest zajęta przez materiały nabywane w cenach promocyjnych z rocznym wyprzedzeniem.

Nie sposób również pominąć wywodów przystępującego, który zarówno w złożonych wyjaśnieniach jak również na rozprawie podnosił, że jednym z powodów niskiego poziomu oferowanych przez niego w ofercie cen jest posiadanie nowoczesnego sprzętu szczególnie koparek automatycznych, których automatyka pozwala nam na układanie rur obsadą trzech osób (2 + 1). Wskazywał, że zastosowanie metody tradycyjnej wymaga obsady od 5 do 7 osób. Natomiast ww. sprzęt do budowy kanalizacji został zakupiony z wykorzystaniem wielo milionowej pomocy z środków UE na rozwój Przedsiębiorczości i pozwala wykonawcy na znaczące obniżenie kosztów robocizny.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, który podnosił zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie, że podanie niskich cen w wybranych pozycjach kosztorysowych powoduje, iż cena ofertowa jako całość jest ceną rażąco niską.

Izba podkreśla, iż badaniu w zakresie kwestii rażąco niskiej ceny podlega cena oferty a nie poszczególne składniki tejże ceny, jest to pogląd ugruntowany w orzecznictwie od lat.

Odnoszenie się do poszczególnych cen jednostkowych czy wyodrębnionych elementów nie wskazuje na cenę oferty. Konieczność odnoszenia się do ceny całkowitej oferty wynika z art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy jaka nakłada sankcję wykluczenia wykonawców, których oferty będą złożone z rażąco niską ceną.

Jednak nawet gdyby uznać za słuszną argumentację ADMA to odwołujący podczas rozprawy nie wykazał istotności udziału wartości materiału zawartych w przedłożonym Izbie pogładowym zestawieniu oraz ofertach cenowych m. in. tj. piasek, kruszywo czy mieszanki asfaltowe, w odniesieniu do całkowitej wartości przedmiotu zamówienia. Tym samym nie można uznać, że wartość wskazywanych przez odwołującego materiałów w treści oferty EKOKANWOD miała istotny wpływ na całkowitą wartość złożonej oferty. Z porównania cen – w odniesieniu do ww. materiałów - zawartych w ofercie EKOKANWOD z cenami zawartymi w ofertach innych wykonawców oraz wskazanymi w ofertach cenowych przedłożonych na rozprawie wynika jedynie, że ceny zawarte w kwestionowanej ofercie są w poszczególnych wypadkach niższe od porównywanych.

Ponadto Izba orzekając, nie brała pod uwagę wydruków i materiałów ze stron internetowych, złożonych przez odwołującego, uznając iż dane zawarte na stronach internetowych mogą być modyfikowane, zmieniane i zdaniem Izby nie mogą stanowić wystarczającego dowodu okoliczności, na które powołuje się strona w postępowaniu odwoławczym.

Izba badając zasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EKOKANWOD jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazuje, że zgodnie z poglądem doktryny jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT.

W przedmiotowym stanie faktycznym wartość ta wynosiła 21.866.370,52 zł., natomiast zaoficerowana przez EKOKANWOD cena ofertowa była od niej niższa o 11.367.484,12 zł. (48% ww. wartości szacunkowej + podatek VAT). Jednakże w ocenie Izby to ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców, wobec tego są one doskonałym punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 13 ofert. Oferta z najniższą ceną to oferta EKOKANWOD o wartości 10.498.886,40 zł. brutto i jest o ok. 5.981.844,11 zł niższa od ceny kolejnej oferty (ceny oferty odwołującego - 16.390.730,51 zł.) oraz stanowi ok. 64 % ceny tej oferty. Poziom cen pozostałych ofert mieścił się w przedziale od ok. 18 mln zł do 24 mln zł. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że cena oferty nie odbiega w znacznym stopniu od cen rynkowych i cen zaproponowanych przez innych wykonawców, a zatem nie stanowi zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że w przedmiotowej kwestii to właśnie na odwołującym bezspornie spoczywa ciężar dowodzenia. Jednak odwołujący podczas rozprawy nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że cena zawarta w ofercie EKOKANWOD nosi znamiona ceny rażąco niskiej i tym samym zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty przystępującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

Reasumując, Izba uznała, że ocena oferty wykonawcy EKOKANWOD, dokonana przez zamawiającego, jest prawidłowa. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty z uwagi na fakt, że wskazana cena ofertowa zawarta w ofercie EKOKANWOD nie jest ceną rażąco niską. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 192 ust 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt. 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba na podstawie przedłożonego rachunku uwzględniła koszty zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł w oparciu o kopię faktury VAT przedłożonej na rozprawie.

Przewodniczący:

.....