

Sygn. akt: KIO 460/12

WYROK

z dnia 19 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm : ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2 i DROMIL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu, ul. Leśnianka 102a** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Związek Gmin - Związek Międzygminny do spraw Ekologii w Żywcu, ul. Ks. Pr. St. Słonki**

przy udziale **wykonawcy ABM SOLID Spółki Akcyjnej z siedzibą w Tarnowie, ul. Bartła 3** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 460/12 po stronie zamawiającego

orzeka :

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm : ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2 i DROMIL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu, ul. Leśnianka 102a** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm : ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2 i DROMIL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu, ul. Leśnianka 102a** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm : **ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2** i **DROMIL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu, ul. Leśnianka 102a** na rzecz wykonawcy **ABM SOLID Spółki Akcyjnej z siedzibą w Tarnowie, ul. Bartła 3** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w gminie Jeleśnia – kontrakt nr 18 zostało wszczęte przez zamawiającego Związek Gmin – Związek Międzygminny do spraw Ekologii w Żywcu, ul. Ks. Pr. St. Słonki ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 sierpnia 2011r. za numerem 2011/S 165-272490.

W dniu 27 lutego 2012r. zamawiający poinformował faksem o wynikach postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy ABM Solid Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie, ul. Bartla 3 (dalej wykonawca wybrany, przystępujący).

W dniu 8 marca 2012r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm : ENERGOPOL-POŁUDNIE Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu, ul. Jedności 2 i DROMIL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu, ul. Leśnianka 102a, zwani dalej odwołującym.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż oferta złożona przez wykonawcę wybranego nie jest ofertą z rażąco niską ceną a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego;
- 2) art. 90 ust. 1-3 ustawy poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wybranego potwierdzają, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską i w konsekwencji uznanie, że zostały złożone wobec braku m.in. dowodów;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w niniejszym postępowaniu;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. W przypadku uznania przez Izbę zasadności odwołania odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że jedynym kryterium oceny ofert była w przedmiotowym postępowaniu cena. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia - 122 037 682.44 zł brutto. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu odwołujący złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 88 687 060,41 zł brutto. Pismem z dnia 27.02.2012 r., wykonawcy zostali poinformowani o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta wykonawcy wybranego o wartości 84 869 359.53 zł brutto. Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert powziął podejrzenie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny zarówno w ofercie wykonawcy wybranego, jak i ofercie odwołującego oraz w ofercie wykonawcy Skanska S.A., i wezwał w/w do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy stosownych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W tym o wyjaśnienie pozycji szczegółowo wymienionych w przedmiotowych pismach. Dodatkowo zamawiający zażądał „wskazania szczegółowej kalkulacji kosztorysowej wykonanej dowolną metodą z wyszczególnieniem ceny materiałów, kosztów robocizny, kosztów pacy sprzętu wraz z narzutami kosztów pośrednich, ewentualnych kosztów zakupów materiałów oraz założonego poziomu zysku”. Wyjaśnienia, wraz z ewentualnymi dokumentami potwierdzającymi, wykonawcy zobowiązani byli złożyć w terminie do dnia 10.01.2012 r. Jednocześnie zamawiający poinformował, że nie złożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli ocena złożonych wyjaśnień potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę, skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Odwołujący podniósł, że samo wszczęcie powyższej procedury ustanawia domniemanie prawne (*praesumptio iuris*) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca wezwany powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i winien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę. Nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Według odwołującego wyjaśnienia wykonawcy wybranego że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska nie zostały udowodnione., ani nawet nie zostały szerzej zaprezentowane. Przedstawił on wyjaśnienia, które nie mogą zostać uznane jako

wyczerpujące wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący zgodził się ze stanowiskiem Pana Andrzeja M. Przedstawiciela Inżyniera Kierownika Zespołu, który na zlecenie zamawiającego dokonał analizy wyjaśnień wykonawców dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, że „wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę niewystarczające do jednoznacznej oceny poszczególnych pozycji robót. Stopień szczegółowości wskazany w załączniku nazwanym kalkulacją szczegółową nie zadowalający, nie ujmujący wszystkich istotnych elementów robót przewidzianych STWIORB (...). Brak w wyjaśnieniach jakichkolwiek odniesień do rodzaju zastosowanych materiałów a także ich ilości przewidzianych do wbudowania (...). Dokonana analiza cen jednostkowych wybranych elementów wskazuje jednoznacznie, że wycena przepompowni dokonana przez ABM SOLID S.A. jest zdaniem Inżyniera zaniżona". W świetle tego stanowiska Inżyniera Kierownika Zespołu niezrozumiała dla odwołującego jest decyzja zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy wybranego. Odwołujący przytoczył treść art. 90 ust. 2 ustawy i stwierdził, że wykonawca wybrany w swoim wyjaśnieniu nie powołał się na żadne wyjątkowe uwarunkowania charakterystyczne dla niego, lub dla terenu na którym działa. Powołane okoliczności nie wyróżniają w żaden sposób sposobu prowadzenia działalności przez wykonawcę wybranego od uwarunkowań towarzyszących innym podmiotom, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Enigmatyczne powołanie się na sytuację gospodarczo - ekonomiczną firmy, sposób prowadzenia działalności gospodarczej oraz oszczędności w ten sposób uzyskane, wskazują, że nie zostało w sposób wiarygodny wykazane, że podana cena jest wiarygodna i została obliczona w rzetelny sposób. 6. ABM w swoich wyjaśnieniach, nie wskazał okoliczności przywoływanych przykładowo w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ani innych obiektywnych i konkretnych przesłanek, które pozwalałyby przyjąć, iż nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Odwołujący podnosił, iż wyjaśnienia takie należy uznać za niezłożone a, oferta wykonawcy który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu w szczególności na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto w ocenie odwołującego cena wykonawcy wybranego jest rażąco niska, gdyż jest o ok. 30 % niższa w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jej złożenie stanowi przejaw naruszenia zjawiska uczciwej konkurencji. Wskazał, że rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealistyczna, niepozwalająca na zrealizowanie przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący należyte wykonanie. Cena rażąco niska to cena, która nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, przez co budzi wątpliwości, co do zgodności z zasadami konkurencji oraz co do możliwości należytego wykonania zamówienia. W tym kontekście wybranie przez zamawiającego oferty o około 30 % tańszej w stosunku do przedmiotu zamówienia, pozwala na postawienie jej zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący

podniósł, że zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT. Nadto cena wykonawcy wybranego odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień. W szczególności odwołujący wskazał na pozycje szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych

a) poz. 11 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 216,00zł/mb. Odwołujący wyjaśnił, iż cena samej rury kamionkowej „Keramo” kształtuje się na poziomie 167,51zł/mb, uwzględniając w tym wykop, podsypkę, obsypkę i zasypkę piaskiem, robociznę ułożenia rury, wykonanie umocnienia wykopu, wykonanie kamerowania i próby szczelności, pompowania, ułożenie taśmy, przy założeniu, że znaczna część kanalizacji idzie w drodze i należy zasypać kruszywem cały wykop, cena jednostkowa po odliczeniu ceny rury tj. 48,49zł/mb jaka zostaje na pokrycie tych elementów jest rażąco niska i nie wystarcza na wykonanie całości mb kanalizacji rurą kamionką śr. 250mm.

b) poz. 12 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 180,00zł/mb. Podobnie jak, w poz. 11 cena samej rury kamionkowej „Keramo” kształtuje się na poziomie 77,0zł/mb, uwzględniając w tym wykop, podsypkę, obsypkę i zasypkę piaskiem, robociznę ułożenia rury, wykonanie umocnienia wykopu, wykonanie kamerowania i próby szczelności, pompowania, ułożenie taśmy, przy założeniu, że znaczna część kanalizacji idzie w drodze i należy zasypać kruszywem cały wykop, cena jednostkowa po odliczeniu ceny rury tj. 103,00zł/mb jaka zostaje na pokrycie tych elementów jest rażąco niska i nie wystarcza na wykonanie całości mb kanalizacji rurą kamionką śr. 200mm.

c) poz. 29 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 45.080,00zł/kpl. Cena rażąco niska nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PII-1 kształtuje się na poziomie od 47.800,0zł do 52.830,0zł. Poza tym w cenie poz.29 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabicia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru. Brak również wykonania drogi dojazdowej, która jest przedstawiona na rysunku zagospodarowania pompowni PII-1 o dł. 50m i szerokości 2,5m wykonanych z warstw ścieralnych i wiążących asfaltobetonowych.

d) poz. 30 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 44.450,00zł/kpl. Cena rażąco niska nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Podobnie jak w poz. 29 cena dostawy samej pompowni PII-2 kształtuje się na poziomie od 47.100,0zł do 52.130,0zł. Poza tym w cenie poz.30 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabicia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru.

e) poz. 31 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 44.310,00zł/kpl. Cena rażąco niska nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena

dostawy samej pompowni PII-3 kształtuje się na poziomie od 46.600,00zł do 52.580,00zł. Poza tym w cenie poz.31 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabicia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, montaż oświetlenia zewnętrznego (słupa oświetleniowego), zagospodarowania i ogrodzenia pompowni, zasilania awaryjnego, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru.

f) poz. 32 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 43.890,00zł/kpl. Cena rażąco niska nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PII-4 kształtuje się na poziomie od 46.900,00zł do 51.950,00zł. Poza tym w cenie poz.32 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabicia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, montaż oświetlenia zewnętrznego (słupa oświetleniowego), zagospodarowania i ogrodzenia pompowni, zasilania awaryjnego, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru.

g) poz. 33 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 44.660,00zł/kpl. Cena rażąco niska, nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PII 6 kształtuje się na poziomie od 47.100,00zł do 52.130,00zł. Poza tym w cenie poz.33 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabicia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru. Brak również wykonania drogi dojazdowej, która jest przedstawiona na rysunku zagospodarowania pompowni PII-6 o dł. 22,0m i szerokości 3,0m wykonanych z warstw ściernych i wiążących asfaltobetonowych.

g) poz. 163 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 2.600,00zł/kpl. Cena rażąco niska, obejmuje montaż studni z kręgów żelbetonowych, a nie obejmuje w cenie biofiltru, który to jest podany w Specyfikacji Technicznej. Cena biofiltru kształtuje się na poziomie 1.900,00zł/szt. Podobna sytuacja jest w poz.103. i poz.264.

h) poz. 167 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 35.840,00zł/kpl. Cena rażąco niska nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PIV-1 kształtuje się na poziomie od 46.900,00zł do 51.950,00zł. Poza tym w cenie poz.167 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabicia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, montaż oświetlenia zewnętrznego (słupa oświetleniowego), zagospodarowania i ogrodzenia pompowni, zasilania awaryjnego, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru.

i) poz. 168 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 36.848,00zł/kpl. Cena rażąco niska nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PIV-2 kształtuje się na poziomie od 63.900,00zł do 68.870,00zł. Poza tym w cenie poz.168 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabicia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, montaż oświetlenia

zewnątrznego (słupa oświetleniowego), zagospodarowania i ogrodzenia pompowni, zasilania awaryjnego, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru.

j) poz. 169 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 36.736,00zł/kpl. Cena rażąco niska, nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PIV-3 kształtuje się na poziomie od 47.900,0zł do 52.920,0zł. Poza tym w cenie poz.169 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabcia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru.

k) poz. 171 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 36.008,00zł/kpl. Cena rażąco niska, nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PIV- kształtuje się na poziomie od 47.500,0zł do 52.500,0zł. Poza tym w cenie poz.171 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabcia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru. Brak również wykonania drogi dojazdowej, która jest przedstawiona na rysunku zagospodarowania pompowni PII-6 o dł. 25,0m i szerokości 2,5m wykonanych z warstw ścieralnych i wiążących asfaltobetonowych.

l) poz. 172 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 36.064,00zł/kpl. Cena rażąco niska, nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PIV-6 kształtuje się na poziomie od 47.700,0zł do 52.680,0zł. Poza tym w cenie poz.172 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabcia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru. Brak również wykonania drogi dojazdowej, która jest przedstawiona na rysunku zagospodarowania pompowni PII-6 o dł. 75,0m i szerokości 2,5m wykonanych z warstw ścieralnych i wiążących asfaltobetonowych.

m) poz. 174 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 34.776,00zł/kpl. Cena rażąco niska nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PIV-8 kształtuje się na poziomie od 46.300,0zł do 51.300,0zł. Poza tym w cenie poz.174 brak kwoty na wykonanie następujących robot: robót ziemnych, ewentualnych zabcia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, montaż oświetlenia zewnętrznego (słupa oświetleniowego), zagospodarowania i ogrodzenia pompowni, zasilania awaryjnego, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru.

n) poz. 175 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 34.832,00zł/kpl. Cena rażąco niska nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PIV-9 kształtuje się na poziomie od 46.400,0zł do 51.450,0zł. Poza tym w cenie poz.175 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabcia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, montaż oświetlenia

zewnątrznego (słupa oświetleniowego), zagospodarowania i ogrodzenia pompowni, zasilania awaryjnego, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru.

o) poz. 107 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 45.057,79zł/kpl. Cena rażąco niska nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PIII-1 kształtuje się na poziomie od 46.700,0zł do 51.680,0zł. Poza tym w cenie poz.107 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabicia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, montaż oświetlenia zewnętrznego (słupa oświetleniowego), zagospodarowania i ogrodzenia pompowni, zasilania awaryjnego, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru.

p) poz. 109 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 38.677,00zł/kpl. Cena rażąco niska nie obejmująca całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena dostawy samej pompowni PI11-4 kształtuje się na poziomie od 47.500,0zł do 52.500,0zł. Poza tym w cenie poz.109 brak kwoty na wykonanie następujących robót: robót ziemnych, ewentualnych zabicia Larsenów, pompowania wody, robót elektrycznych, montaż oświetlenia zewnętrznego (słupa oświetleniowego), zagospodarowania i ogrodzenia pompowni, zasilania awaryjnego, włączenia pompowni do istniejącego systemu sterowania, rozruch i odbioru.

r) poz. 148. i poz.244 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 25,00zł/m. Cena rażąco niska, nie obejmuje całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena samego krawężnika to koszt około 17zł/mb dodając koszt wykonania ławy pod krawężnik minimum 20zł/mb i dodając robociznę ułożenia minimum 18zł/mb to minimalna cena wykonania krawężnika z robotami towarzyszącymi kształtuje się na poziomie 55-60zł/mb.

s) poz. 104 - cena jednostkowa wykonawcy wybranego: 2.950,00zł/kpl. Cena rażąco niska, nie obejmuje całości robót mających być wykonanych w powyższej pozycji. Cena samej studzienki z tworzyw sztucznych DZ800 kształtuje się na poziomie 2.950,0zł/szt., brak kosztów robót ziemnych, montażu.

t) poz. 52, i poz.180 podwieszenia, (o które Zamawiający nie zapytał w wyjaśnieniach z dnia 2.02.2012), a są istotne gdzie dana kwota wykonawcy wybranego 500zł/kpl, a których rzeczywiste wykonanie kosztuje w granicach 20-30tyś./kpl.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że koszty dotyczące pompowni zostały przez wykonawcę wybranego znacząco zaniżone. Koszt tych robót został wyceniony o połowę taniej niż uczynił to odwołujący.

Nawet przy najbardziej korzystnych cenach na rynku, najlepszych umowach z dostawcami oraz „doskonałym rozeznaniem lokalnego rynku budowlanego” wykonawca wybrany, zdaniem odwołującego, nie jest w stanie wykonać tych robót, przy takim poziomie cen. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Powyższe dowodzi według odwołującego, że wykonawca wybrany nie daje gwarancji należytego, rzetelnego wykonania przedmiotowego

zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, a zatem stanowi ewidentne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Zamawiający - nie odrzucając oferty wybranej pomimo, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 marca 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu lidera konsorcjum ujawnionych w KRS lidera i upoważnionych do łącznej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 20 września 2011r. udzielonego mu przez partnera konsorcjum i upoważniającego m. in. do udzielania dalszych pełnomocnictw i podpisanego przez prezesa zarządu partnera ujawnionego w KRS partnera i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 8 marca 2012r.

W dniu 9 marca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców faksem i listem poleconym o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 marca 2012r. do postępowania odwoławczego zgłosił swój udział pisemnie wykonawca ABM Solid Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie, ul. Bartla 3 wskazując, iż przystępuje po stronie zamawiającego, oraz podnosząc, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana i rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego pozwoli mu na uzyskanie zamówienia oraz na szybkie zawarcie umowy i sprawną realizację zamówienia. Wniósł o odrzucenie lub oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że zarzuty odwołania są bezzasadne. Zamawiający w toku postępowania o zamówienie publiczne wyczerpał ustawowe obowiązki badania złożonych ofert pod względem rażąco niskiej ceny, obawy zamawiającego w tym zakresie zostały przez przystępującego rozwiane w wyjaśnieniach elementów cenotwórczych. Złożone wyjaśnienia zgodnie z wynikiem czynności wyboru oferty, według oceny przystępującego, należy uznać za wyczerpujące i satysfakcjonujące zamawiającego. Zamawiający dokonując wyboru oferty przystępującego dał wyraz, że zgadza się na wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę i procedura w tym zakresie została wyczerpana, a decyzja o wyborze oferty przystępującego była prawidłowa i właściwa, a zamawiający uznał, że nie istnieje ryzyko nie wykonania przez przystępującego zamówienia za zaoferowaną cenę. Ponadto odwołujący zaoferował cenę jedynie o 3,13% wyższą od ceny przystępującego. Skoro różnica między ceną ofertową przystępującego i odwołującego jest minimalna to żądanie odrzucenia oferty

przystępującego jest żądaniem bezzasadnym. Przystępujący wskazał, że może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z realizacji przedmiotowego zamówienia, a także kosztów związanych z przygotowaniem i sporządzeniem oferty. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS przystępującego i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu (co strony potwierdziły).

W dniu 16 marca 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty postawione w odwołaniu. W uzasadnieniu stwierdził, że w treści odwołania w obszerny sposób wykazano, że oferta złożona przez przystępującego podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podniósł także, że przystępujący nie zawarł w swoim przystąpieniu argumentów, które polemizowałyby z treścią odwołania. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez Przewodniczącego Zarządu Związku Międzygminnego ds. Ekologii, zgodnie z postanowieniami statutu tegoż związku.

W dniu 16 marca 2012r. przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wniósł o odrzucenie lub oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, obciążenie kosztami postępowania odwołującego i zasądzenie od odwołującego na rzecz przystępującego kosztów zastępstwa prawnego. W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 9 stycznia 2012r. przedłożył na wezwanie zamawiającego obszerne wyjaśnienia wraz z ofertą Zakładu Elementy Budowlane Bochnia, szczegółową kalkulacją cen jednostkowych oraz kalkulacją szczegółową. W wyjaśnieniach tych wskazał, na zmiany na rynku budowlanym wymuszające zmniejszenie poziomu planowanych zysków, fakt, że przystępujący jest producentem pewnych elementów budowlanych i przedstawicielem producenta materiałów budowlanych, co wpływa na poziom oferowanych cen, posiada własny duży i nowoczesny park maszynowy i sprzęt budowlany, który aktualnie wykorzystuje na Żywiecczyźnie i może go użyć do planowanego zamówienia bez ponoszenia kosztów transportu, a także ogranicza koszty wynajmu czy dzierżawy, nadto zaoferowana przez niego cena jest o 136 zł. za metr bieżący realizacji wyższa niż cena za taki metr zaoferowana przez przystępującego w realizowanej już inwestycji u tego samego zamawiającego w Łodygowicach, oraz, że jego cena jest niższa jedynie o 3,13% od ceny odwołującego, a o 6,35% od oferty Skanska. Odnosząc się do zarzutów odwołania przystępujący wskazał na utrwalone orzecznictwo Izby i sądów powszechnych w zakresie pojęcia „cena rażąco niska” (wyrok SO w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009r., sygn. akt XII Ga 88/09, wyrok SO w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008r. sygn. akt X Ga 127/08, wyrok SO

w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008r. sygn. akt XIX Ga 128/08, wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007r. sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok Izby z dnia 9 stycznia 2012r. sygn. akt KIO 2771/11, wyrok Izby z dnia 12 stycznia 2012r. sygn. akt KIO 2790/11, wyrok Izby z dnia 16 grudnia 2011r. sygn. akt 2559/11, 2573/11, 2578/11. Wskazał, że jego cena nie mieści się w definicji ceny rażąco niskiej przyjętej w orzecznictwie, w porównaniu z innymi ofertami jest jedynie o 3,13% tańsza od oferty odwołującego i o 6,35% tańsza od oferty Skanska, zatem nie jest ceną oderwaną od realiów rynkowych – wyrok Izby z dnia 18 czerwca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 717/09. Wskazał także, że odwołujący kwestionuje nie całą cenę oferty przystępującego, ale wybrane konkretne pozycje kalkulacji szczegółowej. Przystępujący wskazał, że te pozycje wycenił na podstawie ofert swoich podwykonawców tj.

- Biura Usługowo-Handlowego Grzegorz Santera w Żywcu – poz. 11, 12, 104, 148, 244 i
- Ekoinstal sp. z o.o. w Suchej Beskidzkiej – poz. 29-33, 107, 109, 167- 169, 171, 172, 174, 175.

Podniósł ponadto, że odwołujący pominął fakt, że w innych pozycjach tj. 3, 4, 15, 21, 23, 26, 37 to oferty odwołującego lub Skanska oferują niższe ceny i podczas gdy wartość łączna kwestionowanych przez odwołującego pozycji wynosi 2 223 597,01zł., to wartość pozycji w których przystępujący jest droższy wynosi 5 370 344 ,10zł. u odwołującego. Przystępujący wskazał przykładowo pozycje kosztorysowe odwołującego, w których odwołujący jest tańszy od przystępującego o łącznej wartości 2 552 664,43zł. Podniósł, że jako zasadę, przy ocenie ceny rażąco niskiej należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty i powołał w tym zakresie – wyrok SO w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008r. sygn. akt X Ga 127/08, wyrok Izby z dnia 13 grudnia 2011r. sygn. akt KIO 2577/11, wyrok Izby z dnia 19 grudnia 2011r. sygn. akt KIO 2590/11. Ponadto podał, że ceny ofert odbiegające od kwoty, którą zamawiający ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o około 30% (tak jak w przedmiotowym postępowaniu) występowały także w innych postępowaniach na budowę kanalizacji i jako przykłady podał inwestycję w Łodygowicach, w gminie Milówka, w Wodzisławiu Śląskim i podał, że cena za 1 mb w tych postępowaniach była niższa od zaoferowanej przez niego w przedmiotowym postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 – 3 ustawy przystępujący podniósł, że zarzut ten jest nie zasadny. Podniósł, że zamawiający wyjaśniał jedynie niektóre pozycje kosztorysowe – elementy oferty, a skoro tak, to nawet gdyby stwierdził, że cena tych pozycji jest zaniżona nie byłoby podstaw do przyjęcia, że cena całej oferty jest rażąco niska. Powołał się na wyrok Izby z dnia 14 grudnia 2011r. sygn. akt KIO 2547/11, wyrok Izby z dnia 16 grudnia 2011r. sygn. akt 2559/11, 2573/11, 2578/11. Podniósł, że zamawiający żądał przedłożenia do wyjaśnień kalkulacji szczegółowych wykonanych dowolną metodą. Natomiast opinia biegłego Andrzeja M. wskazuje na brak elementów robót przewidzianych w STWiORB podczas, gdy zamawiający nie nałożył na wykonawców

obowiązku sporządzania kalkulacji szczegółowych o takim stopniu szczegółowości. Zamawiający wymagał podania kosztów materiałów, robocizny i sprzętu, a także narzutów kosztów pośrednich i te wszystkie elementy przystępujący w swojej kalkulacji szczegółowej uwzględnił. Podniósł, że zysk należy odnosić do całości inwestycji, a nie poszczególnych pozycji kosztorysowych, koszty zakupu materiałów zaś skalkulowana jest w cenie towaru i nie stanowi odrębnej pozycji kosztorysowej. Przystępujący wskazał, że skoro wykazał, iż nie zachodziły podstawy do odrzucenia jego oferty, to zamawiający nie mógł się dopuścić naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy. W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przystępujący podniósł, że zarzut ten został stworzony jedynie na potrzeby odwołania. Powołał wyrok Izby z dnia 14 października 2011r. sygn. akt KIO 2109/11 i wyrok Izby z dnia 4 stycznia 2012r. sygn. akt KIO 2737/11 i podniósł, że założenie nieco niższego zysku niż firmy konkurencyjne nie jest czynem nieuczciwej konkurencji, ani nie wskazuje na zasadność zarzutu złożenia oferty z rażąco niską ceną. Podniósł także uwzględnienie zarzutów odwołania dokonane przez zamawiającego nie powinno być uznane za skuteczne, gdyż zamawiający nie podał merytorycznego uzasadnienia motywów swojego postępowania. Sprzeciw został podpisany przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania wraz z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty przystępującego, odwołującego, wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy skierowanych do przystępującego, odwołującego i Skanska SA., udzielonych przez odwołującego i przystępującego wyjaśnień, oferty Biura Usługowo – Handlowego Grzegorza Sanetra i oferty Ekoinstal sp. z o.o., budżetu kontraktu Jeleśnia, informacji o modyfikacji treści siwz z dnia 5 grudnia 2011r. dla kontraktu Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w Gminie Milówka – 12b oraz drugiej i trzeciej strony oferty konsorcjum Energopol –Południe SA i Dromil sp. z o.o. złożonej w tym postępowaniu.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

Zamawiający wyszacował wartość szacunkową zamówienia na kwotę 158 004 699zł. netto, w tym 52 668 233zł. netto stanowią zamówienia uzupełniające. Wartość szacunkowa samego zamówienia wynosi zatem 105 336 644zł. netto. Zamawiający podczas otwarcia podał cenę 122 037 682,44zł. brutto, jako kwotę, którą ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W postępowaniu złożono 15 ofert których ceny kształtowały się w sposób następujący :

Najtańszą ofertę złożył przystępujący – 84 869 659,43zł.,

Drugą w kolejności odwołujący – 88 687 060,41zł.,

Trzecią Skanska SA – 92 615 688,79zł.

Dalsze ceny to :

- 97 539 000,00zł.

- 97 868 632,71zł.

- 98 317 536, 31zł.

- 99 987 511,68zł.

- 100 202 651,97zł.,

- 105 655,985,13zł.

- 106 073 381,13zł.

- 106 903 393,81zł.

- 111 967 434,58zł.

- 115 854 037,27zł.

-119 758 971,00zł.

- 125 285013,68zł.

W rozdziale 16 pkt. 3 ppkt. 4 siwz zamawiający wraz z ofertą wymagał złożenia wycenionego przedmiaru robót.

Zgodnie z rozdziałem 25 pkt. 1 siwz zamawiający wymagał aby cena podana w ofercie wyrażona była w PLN, uwzględniała wszystkie wymagania siwz oraz obejmowała wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Cena podana w ofercie powinna być zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i powinna być uwzględniać wszelkie uwarunkowania zawarte w siwz. W cenie powinny być uwzględnione wszystkie podatki, ubezpieczenia, opłaty, opłaty transportowe itp. Włącznie z podatkiem od towarów i usług – VAT. Wyceniony przedmiar robót powinien zostać sporządzony w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i dołączony do oferty.

W ofercie ABM Solid na stronach od 9 do 30 znajduje się wyceniony przedmiar robót w zakresie pozycji 11-12, 29-33, 52, 107, 109, 148, 163, 167-169, 171-172, 174-175, 180 ceny podane w ofercie są zgodne z całkowitą ceną podaną w tych pozycjach w odwołaniu przez odwołującego, jako rażąco niska cena w ofercie przystępującego oraz są zgodne z całkowitą ceną podaną w tych pozycjach w wyjaśnieniach złożonych przez ABM Solid.

Wszystkich pozycji przedmiarowych było 305.

W dniu 2 stycznia 2012r. zamawiający wezwał wykonawców : przystępującego, odwołującego i Skanską. Treść tego wezwania różni się wskazaniem nazwy wykonawcy, innym procentowym udziałem ceny zaoferowanej przez wykonawców w wartości

szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT i innymi pozycjami kosztorysowym, których zamawiający oczekiwał wyjaśnienia. W pozostałym zakresie wezwania te są jednobrzmiące i wskazując podstawę prawną wezwania – art. 90 ust. 1 ustawy, zawierają wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty złożonej w postępowaniu mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że poszczególne skalkulowane przez wykonawców elementy przedmiaru robót budzą jego wątpliwości, co do rażąco niskiej ceny. Wskazał, że cena oferty podana przez tych wykonawców w formularzu oferty złożonej w postępowaniu przetargowym istotnie odbiega od szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia, jak również od ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, co uzasadniało żądanie złożenia wyjaśnień, w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny. W związku z tym zamawiający żądał wyjaśnienia i wskazania szczegółowej kalkulacji kosztorysowej dokonanej dowolną metodą z wyszczególnieniem ceny materiałów, kosztów robocizny, kosztów pracy sprzętu wraz z narzutami kosztów pośrednich, ewentualnych kosztów zakupu materiałów oraz założonego poziomu zysku. Powyższe było zamawiającemu potrzebne dla zbadania czy dana oferta w danych pozycjach nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, co przekłada się na rażąco niską cenę. W dalszej części wezwań zamawiający wskazał, cytując art. 90 ust. 2 ustawy, co będzie brał pod uwagę przy ocenie wyjaśnień oraz wskazał, kiedy odrzuci ofertę wykonawcy. Zamawiający wezwał także wykonawców do poinformowania, czy uzyskali oni pomoc publiczną w rozumieniu ustawy z dnia 30 kwietnia 2004r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz. U. 2007r. nr 59 poz. 404 ze zm.) oraz czy udzielona pomoc publiczna miała wpływ na skalkulowanie ceny ofertowej. Zamawiający określił także miejsce i termin składania wyjaśnień.

W dniu 10 stycznia wszyscy wezwani wykonawcy złożyli wyjaśnienia.

Odwołujący w treści wyjaśnień wskazał, na podstawie czego skalkulował ceny materiałów, robocizny i sprzętu oraz koszty ogólnozakładowe. Powołał się na to, że jego cena stanowi 68,45% kwoty kosztorysu inwestorskiego, a cena oferty jest niższa jedynie o 3% od ceny kolejnej oferty. Wskazał, że jest świadom wymagań objętych każdą częścią kontraktu i rzetelnie wycenił wszystkie pozycje przedmiarowe, uwzględniając wszelkie elementy niezbędne dla osiągnięcia parametrów technologiczno-użytkowych niezbędnych dla ukończenia i uruchomienia całości robót, zgodnie z projektem i specyfikacjami technicznymi.

Jako sprzyjające warunki wskazał:

- a) własną bazę techniczną i sprzętową oraz własne specjalistyczne urządzenia przeznaczone do realizacji robót,
- b) własną kadrę techniczną, posiadanie właściwego zabezpieczenia finansowego i ekonomicznego oraz niskich kosztów ogólnozakładowych,

- c) udział w konsorcjum miejscowego przedsiębiorstwa specjalizującego się w robotach drogowych, co daje gwarancję wykonania tych robót po korzystnych cenach i pozwala na uzyskanie przewagi konkurencyjnej.

Jako załączniki złożono szczegółową kalkulację z uwzględnieniem ceny materiałów, kosztów robocizny, kosztów pracy sprzętu wraz z narzutami kosztów pośrednich oraz ewentualnych kosztów zakupu materiałów (ujęte w cenie materiału) oraz założonego poziomu zysku, a także oferty uzyskane na dostawy materiałów dotyczących zakwestionowanych przez zamawiającego pozycji.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach powołał się na definicję ceny rażąco niskiej ukształtowana w świetle orzecznictwa Izby i sądów powszechnych. Wskazał na zmianę rynku i konieczność zmniejszania poziomu planowanych zysków, w tym zakresie powołał 3 postępowania przetargowe, w których wybrano za najkorzystniejsze oferty, które w większym stopniu, niż oferta przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, odbiegały od wartości szacunkowej zamówienia. Wskazał także na czynniki, które pozwoliły mu na zaoferowanie korzystniejszych cen takie jak :

- bycie przedstawicielem producenta materiałów budowlanych w kilku segmentach rynku w tym w zakresie elementów betonowych,
- dokonywanie zamówień przez Centrum Zakupów przystępującego dla wszystkich oddziałów przystępującego, a niejednokrotnie dla całej grupy kapitałowej – na dowód czego załączył ofertę Zakładów Elementów Budowlanych Bochnia,
- bycie producentem prefabrykatów żelbetowych,
- posiadanie własnego dużego i nowoczesnego parku maszynowego i sprzętu budowlanego, w tym zatwierdzonego przez zamawiającego sprzętu do dokonywania inspekcji telewizyjnej, a także rozścielaczy do masy asfaltowej, walców, skrapiarek, frezarek itp.
- prowadzenie kilku budów na Żywiecczyźnie, w tym w Gminie Łodygowice Gminie Lipowa, w dzielnicach miasta Bielsko-Biała, przy czym przystępujący wskazał na zbieg terminu zakończenia dwóch z tych inwestycji z terminem rozpoczęcia realizacji przedmiotowego zamówienia,
- udostępnienie sprzętu do robót przewiertowych przez PRIB sp. z o.o. w Olsztynie, członka tej samej grupy kapitałowej, co przystępujący
- dysponowanie doskonałym rozeznaniami lokalnego rynku budowlanego.

Przystępujący wskazał także na fakt, iż jest jedynie o 3% tańszy niż kolejny wykonawca. Podał także, iż załączoną do wyjaśnień kalkulację szczegółową, uwzględniającą ceny materiałów, robocizny, kosztów pracy sprzętu wraz z narzutami kosztów pośrednich i zyskiem oparł na TER, projekcie, specyfikacjach technicznych oraz na wyjaśnieniach zamawiającego. Wskazał, że stawki roboczogodziny, narzuty i koszty związane z ochroną zatrudnienia obliczył w sposób uwzględniający wszystkie koszty, obejmujące rozsądny zysk i

respektujące normy obowiązującego prawa. Oświadczył także, że nie uzyskał pomocy publicznej.

Firma Skanska wyjaśniła, że ofertę przygotowała zgodnie z siwz w oparciu o dokumentację projektową STWiORB oraz przedmiary robót, że dokonała wizji lokalnej i zapoznała się z warunkami terenowymi, że ceny jednostkowe obejmują pełne zakres robót łącznie ze wszystkimi kosztami tj. koszty robót podstawowych, pomocniczych, towarzyszących uwzględniających koszty robocizny, materiałów, sprzętu, transportu, koszty jednorazowe, obsługę geodezyjną, opracowanie projektów organizacji ruchu i dokumentacji powykonawczej, wykonanie geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej. Skanska załączyła kosztorysy dla poszczególnych etapów wskazała na zysk mnożnikiem 1,1232. Wskazała, że obliczenie ceny oparła na założeniach dotyczących wydajności brygad roboczych składających się z 3 – 4 osób i sprzętu przynajmniej 1 koparki, obudowy wykopów, zagęszczarki, pompy do odwadniania wykopów i agregatu prądotwórczego. Wskazała, że obliczeń dokonała na podstawie warunków wykonania kanalizacji dla przedmiotowego zamówienia i doświadczenia z realizacji innych tego typu inwestycji. Podniosła, że przy kalkulacji nie opierała się na KNR, ale na kalkulacji własnej, metodą inżynierską. Dodatkowo wskazała, że jako firma o zasięgu światowym ma kadrę techniczną i sprzęt do wykonania każdego rodzaju robót, a także dokonuje zakupów centralnych na dostawę materiałów, w chwili obecnej 129, dysponuje sprawną organizacją oraz doświadczeniem w zakresie prowadzenia polityki zarządzania ryzykiem. W ofercie uwzględniono także model minimalnych kosztów zarządu. Do wyjaśnienia Skanska załączyła 4 oferty cenowe na dostawę studni żelbetowych, elementów instalacji wod-kan i dostawę, montaż wyposażenia i uruchomienie przepompowni ścieków. Ponadto powołała się na stanowiące jej tajemnicę umowy na dostawę paliw płynnych na preferencyjnych warunkach. Wskazała także, iż dysponuje własnymi obudowami do wykopów ziemnych, zamortyzowanymi grodzicami, laboratorium gruntowo-betonowym i kamerą do inspekcji TV rurociągów. Oświadczyła, że nie otrzymała pomocy publicznej.

W opinii Andrzeja M. wskazanego w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako inna osoba dokonująca czynności w postępowaniu w zakresie oceny wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wyjaśnień przystępującego wskazano :

„Wyjaśnienia udzielone przez Wykonawcę **niewystarczające do jednoznacznej oceny poszczególnych pozycji robót**. Stopień szczegółowości wykazany w załączniku nazwanym kalkulacja szczegółowa nie zadowalający, nie ujmujący wszystkich istotnych elementów robót przewidzianych w STWiORB i zgodnie z technologią robót dla poszczególnych pozycji objętych wyjaśnieniami. Brak w wyjaśnieniach jakichkolwiek odniesień do **rodzaju**

zastosowanych materiałów a **także ich ilości** przewidzianych do wybudowania (co wynika z przyjętej przez Wykonawcę konwencji załącznika tzw. kalkulacji szczegółowej która zawiera tylko jedno pozycjowe zestawienie wartości materiału, robocizny i sprzętu bez uwzględniania szczegółowych składników cenotwórczych.”

W ofercie Biura Usługowo – Handlowego Grzegorza Sanetra w zakresie pozycji 11, 12, 104, 148 i 244 wszystkie zaoferowane ceny mieszczą się w cenach zaoferowanych przez przystępującego w kosztorysie ofertowym. W ofercie Ekoinstal sp. z o.o. w zakresie pozycji 29, 30, 31, 32, 33, 107, 109, 167, 168, 169, 171, 172, 174, 175 wszystkie zaoferowane ceny mieszczą się w cenach zaoferowanych przez przystępującego w kosztorysie ofertowym. Z budżetu kontraktu Jeleśnia opracowanego przez przystępującego wynika, iż przystępujący wycenił rentowność kontraktu na 4,38%. Z informacji o modyfikacji treści siwz z dnia 5 grudnia 2011r. dla kontraktu Budowa sieci kanalizacyjnej i wodociągowej w Gminie Milówka – 12b, że przedmiotem postępowania była budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Milówka – kontrakt 12b w ramach projektu współfinansowanego ze środków UE „Oczyszczanie ścieków na Żywiecczyźnie-Faza II”. Szacunkowy zakres robót obejmuje budowę sieci kanalizacji grawitacyjnej i tłocznej wraz z przepompowniami i przyłączami kanalizacyjnymi o łącznej długości ok. 103 km, sieci wodociągowej wraz z przyłączami wodociągowymi o łącznej długości 38,54 km oraz roboty odtworzeniowe nawierzchni po robotach montażowych. Z drugiej i trzeciej strony oferty konsorcjum Energopol –Południe SA i Dromil sp. z o.o. złożonej w tym postępowaniu wynika, że wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 74 607 566,99zł.

Izba nie uznała jako dowodu wyniku przetargu dotyczącego budowy kanalizacji sanitarnej w Wodzisławiu Śląskim, dzielnica Radlin część 1 – dokończenie robót, gdyż dokument ten został sporządzony przez przystępującego, na jego potrzeby i nie ma możliwości zweryfikowania zakresu przedmiotowego postępowania, którego dotyczy.

Izba zważyła, co następuje :

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta jest ofertą nieodrzuconą i drugą pod względem ceny po ofercie wybranej. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialno – prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż oferta złożona przez wykonawcę wybranego nie jest ofertą z rażąco niską ceną a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zakwestionował jedynie 21 pozycji kosztorysowych kosztorysu ofertowego przystępującego na 305 wszystkich pozycji tego kosztorysu, w ramach których różnica pomiędzy ofertą odwołującego i przystępującego wynosi brutto 2 300 tys. zł., przy wartościach tych ofert odpowiednio 84 mln i 88 mln zł. Aczkolwiek rację należy przyznać odwołującemu, że zwrócenie się przez zamawiającego o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy stwarza domniemanie istnienia ceny rażąco niskiej, to jednak bezsporne jest, iż jest to domniemanie obalalne. W przedmiotowej sprawie w sposób niekwestionowany obaliło je dwóch wykonawców tj. odwołujący i firma Skanska, tym samym ich oferty nie są już ofertami, co do których można postawić zarzut rażąco niskiej ceny, zatem można postawić wniosek, że oferta zbliżona do nich cenowo może okazać się ofertą z ceną rynkową. Odwołujący natomiast postawił zarzut, że zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę przystępującego i nie stwierdził, że jest to oferta z rażąco niską ceną (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy), tym samym z mocy art. 190 ust. 1 ustawy na odwołującym ciążył ciężar udowodnienia tego twierdzenia. Jednakże odwołujący poza wskazaniem, w jaki sposób w jego ocenie kształtują się koszty materiałów w konkretnych pozycjach, oraz jakich elementów, według jego oceny, przystępujący nie uwzględnił w swoich wyliczeniach, nie przedstawił na to jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego, że cena zaoferowana przez przystępującego jest ceną rażąco niską. Izba zgadza się z odwołującym, że rażące zniżenie poszczególnych pozycji kosztorysowych może spowodować, że cena zaoferowana za całość przedmiotu zamówienia będzie ceną rażąco niską. Możliwa jest jednak także sytuacja, gdy mimo rażącego zniżenia poszczególnych pozycji, wykonawca rażąco zawyży wycenę innych pozycji i cena za całość zamówienia będzie ceną umożliwiającą realne i należyte wykonanie zamówienia. Tym samym fakt, że zniżenie kilku pozycji prowadzi do zaoferowania ceny rażąco niskiej musi zostać

jednoznacznie wykazany. Odwołujący temu obowiązкови nie podołał. Jedynym dowodem, na jaki odwołujący się powołał, była opinia Andrzeja M. sporządzona na zlecenie zamawiającego, w której stwierdzono „Dokonana analiza cen jednostkowych wybranych elementów wskazuje jednoznacznie, że wycena przepompowni dokonania przez ABM SOLID S.A. jest zdaniem Inżyniera zaniżona. Nie da się również w sposób jednoznaczny ocenić przy podanym sposobie tzw. kalkulacji szczegółowej przyjętej przez ABM SOLID S.A. ceny jednostkowej dla montażu rur kamionkowych poza stwierdzeniem, że odbiega ona odpowiednio o 30% i 20 % (dla średnicy 250 i 200 mm) od ceny kolejnego Wykonawcy (Energopol).” Jednakże oparcie się wyłącznie na opinii Andrzeja M. nie pozwala na przyjęcie, że cena oferty przystępującego jest ceną rażąco niską. Nawet gdyby przyjąć, że użyte przez Andrzeja M. pojęcia „wycena przepompowni (...) zaniżona” oznacza, że w pozycjach, w których przystępujący zaoferował wykonanie przepompowni, przystępujący zaoferował cenę rażąco niską, to nie przesadza to jeszcze o przyjęciu, że cena całości oferty jest z tego powodu ceną rażąco niską. Izba zauważa, że wartość pozycji dotyczących przepompowni w ofercie przystępującego (w zakresie kwestionowanym przez odwołującego) wynosi łącznie 552 228,70zł., co stanowi około 6,5 % wartości całej oferty. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób zniżenie kosztów w zakresie takiego ułamka wartości całej oferty, o jakiś procent, może rzeczywiście przekładać się na przyjęcie, że cała oferta jest ofertą z ceną rażąco niską. Nawet z danych zawartych w odwołaniu (składających się na stanowisko odwołującego), nie sposób wywieść, o ile w ocenie odwołującego, przystępujący zaniżył wyceny pozycji dotyczących przepompowni i dlaczego takie zniżenie jest rażące. Z informacji odwołującego wynika tylko wskazanie, w jakich granicach kształtuje się według odwołującego zakup materiałów do wykonania pozycji dotyczących przepompowni, ale nie wynika w żaden sposób, jaka jest realna wartość całej pozycji kosztorysowej obejmującej wszystkie elementy składowe (materiały, robociznę, sprzęt, narzuty i zysk). Nie sposób zatem ustalić, o ile w ocenie odwołującego cena tych pozycji powinna być wyższa od kwot, które podał przystępujący i jaki stanowiłoby to udział w cenie całej oferty. Co do drugiego z elementów, które w opinii Andrzeja M. zostały przez przystępującego zniżone tj. rur kamionkowych, to także z opinii tej nie wynika, że przystępujący zaoferował cenę rażąco niską. Przede wszystkim Andrzej M. wyraził w tym zakresie jedynie swoje przypuszczenie i to oparte wyłącznie na cenach odwołującego. Ponadto opinia Andrzeja M., co do rur kamionkowych, nie dotyczy w ogóle pozycji kwestionowanych przez odwołującego w odwołaniu. Andrzej M. swoje stano. wywiódł z pozycji 45 i 46 przedmiaru robót, a odwołujący rury kamionkowe u przystępującego kwestionuje w pozycjach 11 i 12. Izba zwraca uwagę odwołującego na treść art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy, który stanowi, że odrzuceniu podlega oferta, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten nie daje podstawy do odrzucenia oferty tańszej niż szacunek przyjęty przez zamawiającego,

ale tylko takiej, która jest tak tania (rażąco), że nie sposób jest obiektywnie przyjąć, iż możliwe jest wykonanie całości przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Pojęcie „rażąco” jest pojęciem ocennym i każdorazowo musi być odnoszone do realiów konkretnego postępowania i aktualnej sytuacji na danym rynku. W ocenie Izby wykazanie istnienia ceny rażąco niskiej wymaga posiadania wiedzy specjalnej z zakresu rentowności inwestycji rodzajowo i zakresowo podobnych na danym rynku, w tym przypadku na rynku budowlanym. Odwołujący nie wnioskował jednak o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, natomiast przystępujący przedstawił dokument, w którym wskazał na szczegółową kalkulację własną budżetu kontraktu Jeleśnia, z której wynika, że rentowność tego kontraktu dla przystępującego kształtuje się na poziomie 4,38%. Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nie został przez odwołującego udowodniony, a tym samym nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1-3 ustawy poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wybranego potwierdzają, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską i w konsekwencji uznanie, że zostały złożone wobec braku m.in. dowodów

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wskazał, jakie elementy oferty w jego ocenie przesądzają o powzięciu podejrzenia, co do ceny rażąco niskiej oraz wskazał sposób dowiedzenia zamawiającemu rzetelności przyjętych cen za pomocą kalkulacji szczegółowej sporządzonej dowolną metodą z wyszczególnieniem ceny materiałów, kosztów robocizny, kosztów pracy sprzętu wraz z narzutami kosztów ośrednich, ewentualnych kosztów zaupu materiałów oraz założonego poziomu zysku. Zamawiający wprost stwierdził, że ta kalkulacja jest mu potrzebna dla zbadania czy dana oferta w danych pozycjach nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, co przekłada się na rażąco niską cenę.

Ponadto wymagał jeszcze informacji o zakresie uzyskanej pomocy publicznej i jego wpływie na kalkulację ceny. Tym samym zamawiający wskazał dowód, jaki ma przedłożyć każdy z wykonawców w celu wykazania, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Zamawiający określił także mimilany zakres informacji, jakich podania wymaga od każdego z wykonawców przy składaniu wyjaśnień. Zamawiający nie postawił wymogu wskazania rodzaju materiału czy jego ilości, czy też wyszczególniania w klakulacji szczegółowej elementów zawartych w STWiORB. Tym samym sam zamawiający uznał, że podanie kosztów materiału, robocizny, sprzętu nakładów pośrednich, ewentualnie kosztów zakupu materiałów, oraz zakładanego zysku za wystarczające dla dokonania przez niego oceny, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ofertą z rażąco niską ceną. To zamawiający, jako gospodarz postępowania może określić, co będzie uznawał za

wiarygodny sposób udowodnienia składanych wyjaśnień. Wykonawca zaś stosujący się do podanego sposobu ma prawo uznać, że w sposób wyczerpujący zastosował się do dyspozycji zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu wszyscy trzej wykonawcy wzywani do składania wyjaśnień złożyli szczegółowe kalkulacje w oparciu o różne metody kalkulacji np. odwołujący oparł się o kalkulacje Sekocenbudu, Skanska o własną kalkulację metodą inżynierską, zaś przystępujący zastosował metodę mieszaną. Każdy z wykonawców przedstawił jednak wymagane informacje na temat kosztów materiału, robocizny, sprzętu, narzutów i zysku. Zatem w zakresie minimalnym każdy z wykonawców zastosował się do wezwania zamawiającego. Dodatkowo każdy z wykonawców przedłożył oferty handlowe dotyczące zakupu materiałów na preferencyjnych warunkach – odwołujący 40, Skanska – 4, a przystępujący – 1, zatem zakres dowodzenia u każdego z wyjaśniających był taki sam. Ograniczał się do dowodu wymaganego przez zamawiającego – kalkulacji szczegółowej i dowodu na potwierdzenie obiektywnej okoliczności tj. sprzyjających warunków zakupu materiałów. Żaden z wykonawców nie przedstawił dowodów na potwierdzenie innych sprzyjających temu wykonawcy okoliczności, jak realizacja innych zamówień w pobliżu planowanej inwestycji, dokonywanie centralnych zakupów, produkcja określonych elementów, przedstawicielstwo producenta, własny park maszynowy czy specjalistyczny sprzęt. Tym samym należy uznać, że zakres udowodnienia wyjaśnień u każdego z wykonawców należało ocenić podobnie. Znamienne jest także to, że zamawiający w wezwaniach wskazał, że ceny będzie oceniał na podstawie kalkulacji szczegółowych i to też oceniał Andrzej M., któremu zamawiający powierzył wydanie opinii w tym przedmiocie. Andrzej M. oceniał wyłącznie informacje cenowe zawarte w kalkulacjach szczegółowych, nie odnosił się natomiast w żaden sposób do czynników podanych przez wykonawców, jako szczególnie im sprzyjające, ani do innych niż kalkulacje szczegółowe dowodów załączonych przez wykonawców. W ocenie Izby skoro przystępujący wykonał kalkulację szczegółową w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego wyrażonymi w wezwaniu, to brak było podstaw do uznania, że nie złożył on wyjaśnień. Tym samym nie było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy w oparciu o przesłankę – zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień. Do rozważenia pozostaje zaistnienie drugiej z przesłanek art. 90 ust. 3 ustawy tj. odrzucenia oferty w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia i załączone do nich dowody potwierdzają, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby również ta przesłanka nie zaistniała. Powołana przez odwołującego opinia Andrzeja M. odnosi się tylko do zaniżenia kosztów przepompowni i rur kamionkowych, bez jakiegokolwiek analizy rynku materiałów i usług, w tym zakresie. Sam opiniujący stwierdza jedynie, że nie jest w stanie jednoznacznie ocenić wyjaśnień z uwagi na brak dodatkowych, potrzebnych jego zdaniem danych, jak rodzaj materiału czy ilości. Jednak przedstawienia tych elementów w kalkulacji

szczegółowej zamawiający nie wymagał, a dodatkowo opinia ta zawiera wyłącznie ocenę żądanego przez zamawiającego dowodu, bez oceny samych wyjaśnień. Opinia ta także nie jest jednoznaczna i kategoryczna i nie stwierdza, że przystępujący złożył w świetle przedstawionej kalkulacji ofertę z rażąco niską ceną, co więcej sam opiniujący wskazuje, że ceny poszczególnych pozycji nawet zaniżone nie dają podstaw do przyjęcia, że cena całej oferty jest ceną rażąco niską. Andrzej M. wskazuje jedynie na niejednoznaczność dowodu. Natomiast Izba podziela w tym zakresie stanowisko przystępującego, że skoro zachował się zgodnie z wymaganiami zamawiającego, to to, że opiniującemu potrzebne byłyby jeszcze inne dane nie może działać na niekorzysć przystępującego. Ustawodawca określając drugą z przesłanek odrzucenia na podstawie art. 90 ust. 3 wskazał wyraźnie i kategorycznie, że dowody i wyjaśnienia mają potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Nie dał zatem przyzwolenia na odrzucenie oferty, gdy takiego jednoznacznego potwierdzenia brak. W ocenie Izby przesłanki odrzucenia oferty, jako zmniejszające konkurencyjność postępowania, muszą być interpretowane ściśle. W tej sytuacji Izba uznała, że przedłożone przez przystępującego wyjaśnienia i dowody nie potwierdzają, że złożył on ofertę z rażąco niską ceną. Izba tym samym w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 90 ust. 1 – 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w niniejszym postępowaniu i zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 1 – 3 ustawy, Izba uznała, że zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1 i 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy.. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego. Izba zasądziła od odwołującego na rzecz uczestnika wnoszącego sprzeciw

kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, stosownie do postanowień § 3 pkt 1, pkt 2b oraz § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238) na podstawie przedłożonej faktury VAT z ograniczeniem do kwoty maksymalnej określonej w rozporządzeniu.

Przewodniczący