Sygn. akt: KIO 1922/19

WYROK

z dnia 10 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Aneta Mlącka
Katarzyna Odrzywolska

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2019 r. przez wykonawcę PRIKNAUBER Sp. z o.o. Sp. k., ul. Warszawska 59/lok. 8, 05-120 Legionowo, w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa,

przy udziale wykonawcy INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę PRIKNAUBER Sp. z o.o. Sp. k., ul. Warszawska 59/lok. 8, 05-120 Legionowo i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PRIKNAUBER Sp. z o.o. Sp. k., ul. Warszawska 59/lok. 8, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy PRIKNAUBER Sp. z o.o. Sp. k., ul. Warszawska 59/lok. 8, 05-120 Legionowo na rzecz zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1922/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Budowę kanalizacji ściekowej na Osiedlu BUKÓW zad I-III. (Zadanie 1.1.3; Zadnie 1.1.4; Zadanie 1.1.5) - Faza L"; znak postępowania: 00575/WS/PW/JRP-DNP/B/2019

Odwołujący PRIKNAUBER sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Legionowie zaskarżył czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 prawa zamówień publicznych oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

Zarzucił naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w szczególności przez wezwanie wyłącznie jednego wykonawcy, tj. Instalbud sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień uzupełniających w zakresie zaoferowanej ceny,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez jego błędne zastosowanie w stosunku do Odwołującego i w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że treść oferty Odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp przez jego błędne zastosowanie w stosunku do Odwołującego i w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

4) art. 87 ust. 1 ustawy pzp przez jego niezastosowanie, tj. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a wskutek tego błędne przyjęcie, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i odrzucenie oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2) powtórzenia czynności badania oferty Odwołującego i uwzględnienia oferty Odwołującego podczas dokonywania oceny wszystkich ofert.

Zamawiający błędnie przyjął, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a także, że treść jego oferty nie odpowiada treści siwz. Gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, to uzyskałaby ona najwięcej punktów w zakresie kryteriów oceny oferty i w konsekwencji zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 3 lipca 2019 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania zadane przez Wykonawców. Jedno z pytań (nr 35) dotyczyło wykonania robót odwodnieniowych i brzmiało następująco: ,,prosimy o potwierdzenie, iż Wykonawca w przypadku zastania innych warunków gruntowo-wodnych niż to wynika z dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego, będzie uprawniony do przedłużenia Czasu na Ukończenie oraz dodatkowej zapłaty z tytułu zmiany sposobu odwodnienia i konieczności dokonani aktualizacji pozwolenia wodnoprawnego".

Na skutek odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający uzupełnił dokumentację przetargową o projekt odwodnienia wykopów budowlanych w miejscu projektowanej sieci kanalizacyjnej na Osiedlu Buków w Dzielnicy Białołęka Miasta Stołecznego Warszawa" (dalej jako: dokumentacja odwodnieniowa) i udzielił następującej odpowiedzi:

„nawiązując do zapisów Opisu Przedmiotu Zamówienia zawartych w pkt. 2 ust. III Zamawiający opracował nowe dokumenty dotyczące warunków gruntowo-wodnych i odwodnienia wykopu. W związku z powyższym Zamawiający uzupełnia SIWZ o następujące dokumenty:

1. Operat wodnoprawny dla odwodnienia trasy pod projektowaną kanalizację ściekową Głównej, Poboga-Malinowskiego, Dunin-Wąsowicza, Łącznej, Mławskiej i Mielnicy w Dzielnicy Białołęka Miasta Stołecznego Warszawa oraz wykonanie urządzeń wodnych - otworów depresyjnych, opracowanie: 04.2019 r.

2. Projekt odwodnienia wykopów budowlanych w miejscu projektowanej sieci kanalizacyjnej na Osiedlu Buków w Dzielnicy Białołęka Miasta Stołecznego Warszawa,

3. Dokumentację z badań geotechnicznych wraz z projektem geotechnicznym,

4. Zgłoszenie wodnoprawne z dnia 31.05.2019 r.

5. Pismo Zarządu Zieleni m.st. Warszawy nr ZZ/ZRW/7/45/2019/MWAJBE z dnia 29.05.2019 r. w sprawie warunków opracowania wód z odwodnienia wykopów budowlanych pod budowę sieci kanalizacji na terenie Osiedla Buków (...)

Do wyceny ofert należy przyjąć dane wskazane w nowych opracowaniach."

W ofertę złożyło sześciu wykonawców:

1) Odwołujący,

2) WOD-KAN-BRUK sp. z o.o.,

3) Instalbud sp. z o.o.,

4) ETPS.A.,

5) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „MELIOREX" sp. z o.o.,

6) Konsorcjum: DiM Construction sp. z o.o., IDS-BUD S.A.

W dniu 12 sierpnia 2019 r. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pzp, wezwał trzech wykonawców tj. Odwołującego, WOD-KAN-BRUK sp. z o.o. i Instalbud sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że „(...) zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy pzp. Ponadto Zamawiający wskazał, że: „w sytuacji gdy Wykonawca jako jednym z dowodów chciałby posłużyć się kalkulacją powinien sporządzić kalkulacją, która będzie zawierać co najmniej elementy wskazane w dołączonym zestawieniu"

Odwołujący w dniu 19 sierpnia 2019 r. złożył Zamawiającemu obszerne wyjaśnienia poparte licznymi dowodami, z których wynikało, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. W wykonaniu zobowiązania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny popartej kalkulacją sporządzoną według projektu zestawienia sporządzonego przez Zamawiającego, Odwołujący wypełnił wymagane zestawienie tabelaryczne, a dodatkowo złożył obszerną dokumentację w postaci szczegółowych kalkulacji robocizny i sprzętu zgodnie z załącznikami (dowody 1 - 21) do wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2019 r.

Zamawiający po otrzymaniu odpowiedzi od wskazanych wykonawców, w tym od Odwołującego, skierował wezwanie do złożenia wyjaśnień uzupełniających tylko do jednego wykonawcy, tj. Instalbud sp. z o.o. W związku z powyższym Odwołujący, pomimo braku stosownego wezwania, złożył Zamawiającemu dodatkowe pismo wskazujące na ujęcie wszystkich elementów kosztowych w kalkulacji kosztów Odwołującego.

Zamawiający w dniu 18 września 2019 r., na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 prawa zamówień publicznych, poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty.

Mając na uwadze całokształt okoliczności postępowania, Odwołujący wskazuje, że nie sposób zgodzić się z zaskarżoną czynnością Zamawiającego.

1.2 Istota sporu w postępowaniu.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał na dwa powody:

1) niezgodność oferty Odwołującego z wymogami SIWZ,

2) wystąpienie w ofercie Odwołującego rażąco niskiej ceny.

Obie przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego wynikają z jednej okoliczności, a mianowicie z przekonania Zamawiającego, że Odwołujący przyjął w swej ofercie, iż odwodnienie wykopów budowlanych będzie wykonywał wyłącznie przy wykorzystaniu igłofiltrów, a nie przy wykorzystaniu zarówno igłofiltrów, jak i otworów odwadniających (w dokumentacji nazywanych również studniami odwodnieniowymi).

Swoje przekonanie Zamawiający wywodzi z wyjaśnień Odwołującego z dnia 19 sierpnia 2019 r., stanowiących odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Odwołujący do wymienionego pisma dołączył obszerną dokumentację przedstawiającą szczegółową kalkulację robocizny i sprzętu. Zamawiający zwrócił uwagę, że w przedmiotowej kalkulacji, dla prac polegających na odwodnieniu wykopów w ul. Jędrzejowskiego oraz ul. Gąsiorowskiej, Odwołujący przyjął przeprowadzenie odwodnienia zespołami igłofiltrów, zamiast studni odwodnieniowych.

Z przedstawionych okoliczności Zamawiający błędnie wywiódł, że: po pierwsze, oferta Odwołującego jest niezgoda z SIWZ, a po drugie, że poprzez przyjęcie przez Odwołującego do wyceny metodologii odwodnienia przy wykorzystaniu igłofiltrów (a nie studni odwodnieniowych). Odwołujący w istocie pominął koszt robót budowlanych polegających na odwodnieniu przy wykorzystaniu studni odwodnieniowych. Pominięcie tego kosztu miałoby przesądzać (w ocenie Zamawiającego) o wystąpieniu ceny rażąco niskiej w ofercie Odwołującego.

Odwołujący kwestionuje w całości argumentację przyjętą przez Zamawiającego, ponieważ:

1) treść oferty Odwołującego jest zgodna z SIWZ (w tym w szczególności z dokumentacją odwodnieniową),

2) założenie Odwołującego, zgodnie z którym przeprowadzenie odwodnienia przy użyciu innej technologii niż studnie odwodnieniowe zostało użyte wyłącznie w pomocniczej tabeli kalkulacji kosztów zadania, która została złożona wraz z wyjaśnieniami w zakresie braku rażąco niskiej ceny, a nie na potrzeby wyznaczenia zakresu zobowiązania Odwołującego, jakie ma wykonać na rzecz Zamawiającego,

3) niezależnie od pkt 2 powyżej, założenie Odwołującego wykonania odwodnienia za pomocą igłofiltrów jest zgodne z wymogami Zamawiającego, w szczególności z projektem odwodnienia wykopów budowlanych - ponieważ zależy w głównej mierze od zmiennej okoliczności, jaką jest wysokość zwierciadła wód podziemnych,

4) sam Zamawiający dopuszcza zmianę technologii igłofiltrów na studnie i odwrotnie - w zależności od stanu rzeczywistego zwierciadła wód podziemnych, który to stan jest zmienny i może różnić się od wskazanego w dokumentacji projektowej, w tym odwodnienia (projekt odwodnienia wykopów budowlanych w miejscu projektowanej sieci s. 6 - w załączeniu) - decyzję w tym zakresie Zamawiający pozostawia Wykonawcy,

5) cena ofertowa Odwołującego została skalkulowana rzetelnie i należycie, zapewnia wykonanie zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego oraz zapewnia zysk Odwołującemu - także w wypadku wykonania zamówienia przy pomocy studni odwodnieniowych, co jednoznacznie wynika z obszernych wyjaśnień złożonych Zamawiającemu dnia 19 sierpnia 2019 r.

Rzekoma niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie technologii odwodnienia wykopów nie ma w niniejszym postępowaniu miejsca z poniższych przyczyn.

Po pierwsze. Odwołujący na etapie przygotowania oferty wziął pod uwagę założenia dokumentacji odwodnieniowej i przyjął wykonanie robót odwodnieniowych zgodnie z przedstawionymi w niej założeniami, tj. albo za pomocą studni odwodnieniowych, albo za pomocą igłofiltrów. Zgodnie z rozdz. 5 dokumentacji odwodnieniowej, Sposób odwodnienia uzależniono od depresji którą należy uzyskać. Założono, że w przypadku konieczności uzyskania depresji większej od 1,5 m odwodnienie należy prowadzić przy wykorzystaniu otworów wiertniczych. W przypadku konieczności uzyskania mniejszej depresji odwodnienie będzie prowadzone przy wykorzystaniu igłofiltrów".

Odwołujący w swojej ofercie przyjął wykonanie robót budowlanych zgodnie z zacytowanym powyżej założeniem dokumentacji odwodnieniowej, tj. i przy pomocy studni

odwodnieniowych i przy pomocy igłofiltrów - w zależności od zastanego poziomu zwierciadła wody oraz koniecznej do uzyskania depresji. Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, co doprowadziło do niesłusznej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podkreśla, że o zgodności sposobu wykonania i oferowanych przez Odwołującego robót budowlanych decyduje wyłącznie oświadczenie złożone w formularzu ofertowym, gdzie Odwołujący oświadczył, że oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmianami za podaną w formularzu wartość (por. pkt I formularza ofertowego).

Zamawiający wskazał w SIWZ, że nie będzie oczekiwał od Wykonawców przedłożenia jakichkolwiek innych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, tj. oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego (por. pkt 6.1.5 SIWZ). Nadmienić również należy, że Zamawiający nie wymagał od Wykonawców złożenia kosztorysu ofertowego.

Na marginesie należy wskazać, że gdyby Odwołujący literalnie zastosował się do wezwania Zamawiającego, to jest złożył kalkulację kosztów zamówienia jedynie w tabeli według projektu Zamawiającego, to Zamawiający nie miałby żadnych wątpliwości, aby wywodzić o niezgodności oferty (której nie można zmienić poprzez złożenie po otwarciu ofert - zgodnie z przepisami ustawy pzp). Zamawiający nie żądał bowiem uwzględnienia w tabeli metody odwodnienia. Nadto zaznaczyć należy, że koszt odwodnienia jest marginalny w stosunku do całej wartości oferty (około 2%).

W związku z powyższym, Zamawiający jest uprawniony do badania zgodności treści oferty z SIWZ jedynie w takim zakresie, w jakim Wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia Zamawiającemu określonej w SIWZ dokumentacji świadczącej o zgodności oferowanych robót z SIWZ. Wywodzenie niezgodności oferty z SIWZ z załączników do wyjaśnień Odwołującego w przedmiocie rzekomej rażąco niskiej ceny (złożonych dodatkowo) przekracza te uprawnienia.

Zgodnie z dominującymi poglądami doktryny, przez „treść oferty" należy rozumieć treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Przykładowo, w przypadku formy wynagrodzenia kosztorysowego za treść oferty uznaje się formularz ofertowy oraz składany z tym formularzem kosztorys ofertowy (wyceniony przedmiar robót budowlanych) . Treścią oferty jest także zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, a zatem zgodnie z dokumentacją projektową, postanowieniami projektu umowy i innymi dokumentami przygotowanymi i udostępnionemu przez zamawiającego. Ponadto wskazuje się, że treść oferty stanowią oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawców dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego .

W związku z powyższym należy dostrzec, że szczegółowa kalkulacja robocizny i sprzętu, z której Zamawiający wywodzi niezgodność z SIWZ:

1) została przez Odwołującego złożona w celu wykazania, że zaproponowana przez niego cena ofertowa nie jest rażąco niska, a nie w celu wykazania zgodności treści oferty z SIWZ;

2) nie została złożona wraz z formularzem ofertowym, lecz została dołączona do wyjaśnień Odwołującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny na etapie badania ofert, z własnej inicjatywy Odwołującego (bez odrębnego wezwania Zamawiającego w tym zakresie) i wyłącznie w celu wykazania Zamawiającemu przyjętych przez Odwołującego składników cenotwórczych oferty, a nie w celu doprecyzowania/zmiany zakresu jego świadczenia,

- co nawiasem mówiąc, biorąc pod uwagę specyfikę robót odwodnieniowych, nie jest możliwe przed rozpoczęciem robót budowlanych, co Odwołujący wyjaśni poniżej. Podsumowując, w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie miał podstaw prawnych i faktycznych, aby z treści przedłożonej przez Odwołującego szczegółowej kalkulacji robocizny i sprzętu (nieobowiązkowej, bo niewymaganej postanowieniami SIWZ) wywodzić niezgodność treści oferty z SIWZ - szczegółowa kalkulacja robocizny i sprzętu nie stanowiła bowiem części oferty Odwołującego w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Oferta Odwołującego była i jest zgodna z SIWZ, co jednoznacznie wynika z jej treści.

Po drugie, na potrzeby pomocniczej kalkulacji kosztów zadania złożonej wraz z wyjaśnieniami w zakresie braku rażąco niskiej ceny Odwołujący był w pełni uprawniony do

przyjęcia jedynie kosztu odwodnienia przy wykorzystaniu igłofiltrów (przy czym Odwołujący podkreśla, że ujął w cenie oferty także wykonanie robót przy pomocy studni odwadniających). Zamawiający nie wymagał bowiem złożenia szczegółowego kosztorysu zadania w związku z przyjęciem ryczałtowej formy wynagrodzenia. Jak wyjaśniono powyżej, dokumentacja odwodnieniowa, w zależności od depresji, którą należy uzyskać, przewidywała wykonanie odwodnienia:

1) za pomocą studni odwodnieniowych - w przypadku, gdy konieczne jest uzyskanie depresji większej od 1,5 m albo

2) za pomocą igłofiltrów - w przypadku, gdy konieczne jest uzyskanie depresji równej lub mniejszej niż 1,5 m.

Odwołujący wyjaśnia, że poprzez „uzyskanie depresji" należy rozumieć konieczność obniżenia istniejącego zwierciadła wody podziemnej do określonego, pożądanego, z punktu widzenia dokumentacji odwodnieniowej, poziomu. Wybór właściwej technologii odwodnienia (studnie odwodnieniowe lub igłofiltry) zależy wyłącznie od tego, o ile metrów Wykonawca będzie zobowiązany do obniżenia zwierciadła wody podziemnej. Jeśli zwierciadło należy obniżyć o 1,5 m lub mniej, właściwą technologią są igłofiltry. Jeżeli zwierciadło należy obniżyć o więcej niż 1,5 m, właściwą technologią są studnie odwodnieniowe. To, o ile należy obniżyć zwierciadło wody, zależy m. in. od rzeczywistej wysokości zwierciadła wody na obszarze inwestycji, którą wykonawca zastaje na budowie. Prace odwodnieniowe mają charakter tymczasowy, służący jedynie wykonaniu budowy kanalizacji ściekowej i co do zasady Zamawiający mógłby w ogóle nie wskazywać metody technologii odwonienia na czas prowadzenia robót, a jedynie wskazać warunki geologiczne, na czym poprzestaje wielu zamawiających w praktyce obrotu. Wykonawca jako profesjonalista wie, w jakiej technologii powinien przygotować plac budowy, aby prawidłowo wykonać roboty. Aby lepiej uzmysłowić istotę opisanych powyżej prac, Odwołujący przedstawia poniżej rysunek stanowiący część operatu wodnoprawnego. Rysunek przedstawia poglądowo poziom zwierciadła wody podziemnej oraz depresję, którą musi uzyskać wykonawca.

Zamawiający, dla każdej z opisanych powyżej technologii wykonania prac, założył wystąpienie dwóch różnych poziomów zwierciadła wody: po pierwsze założył, że zwierciadło wody podziemnej może wystąpić na wysokości 1,5 m p.p. „0" Wisły (tzw. pod poziomem zera Wisły) oraz drugi wariant dla wysokości 0,5 m p.p. „0" Wisły. Obniżenie zwierciadła wody podziemnej do pożądanego poziomu stanowi „uzyskanie depresji", o której mówi dokumentacja odwodnieniowa.

Założenie, że zwierciadło wody podziemnej może znaleźć się na różnych poziomach wynika stąd, że poziomy zwierciadła wody podziemnej nie są stałe i podlegają częstym zmianom (np. na skutek opadów, suszy, pory roku). Zwierciadło to może opadać lub podnosić się. Rzeczywistą wysokość zwierciadła wody wykonawca pozna po rozpoczęciu robót budowlanych. W związku z powyższym, założenia dokumentacji odwodnieniowej w zakresie przyjętego poziomu zwierciadła wody są jedynie hipotetyczne. Może np. okazać się, że zwierciadło wody znajduje się niżej niż w dokumentacji odwodnieniowej, np. na poziomie 1,8 m pod poziomem zera Wisły. To z kolei będzie oznaczało, że wartość depresji koniecznej do uzyskania będzie mniejsza niż 1,5 m, a w takiej sytuacji dopuszczalną metodą odwodnienia dla całej inwestycji będą igłofiltry. Jednak zawsze okaże się to dopiero przy wykonywaniu robót budowlanych.

Odwołujący dodatkowo wskazuje, że w lipcu 2019 r. zlecił przeprowadzenie badania w celu określenia profilu gruntowego i położenia wód podziemnych w związku z projektowaną realizacją kanalizacji na terenie os. Buków przy ul. Modlińskiej i ul. Jędrzejowskiego w Warszawie. Badanie wykazało, że poziom zwierciadła wód podziemnych wynosił 1,7 m p.p. „0" Wisły. Taki poziom zwierciadła oznacza, że depresja, którą ma osiągnąć wykonawca jest mniejsza niż 1,5 m, a zatem dla całości prac odwodnieniowych właściwą metodą są igłofiltry. Dowód: Raport hydrogeologiczny dla projektowanej sieci kanalizacyjnej na terenie Os. Buków przy ul. Modlińskiej/ul. Jędrzejowskiego w Warszawie, dz. Białołęka.

Z powyższego płynie wniosek, że na potrzeby omawianej kalkulacji robót odwodnieniowych, Odwołujący był uprawniony do założenia, że wykona te prace przy użyciu igłofiltrów, gdyż w chwili przygotowania oferty nie jest wiadomo, jaka technologia wykonania odwodnienia powinna zostać zastosowana (zostanie ona określona podczas realizacji robót przez uprawnionego geologa nadzoru). Odwołujący powinien liczyć się z koniecznością wykonania odwodnienia również przy pomocy studni odwodnieniowych i powinien to ryzyko ująć w cenie ofertowej - co Odwołujący uczynił.

Potwierdzeniem powyższego jest to, że:

dokumentacja projektowa wymienia alternatywnie wykonanie prac odwodnieniowych za pomocą studni odwodnieniowych lub igłofiltrów (por. pkt 5 i 6 wniosków dokumentacji

odwodnieniowej);

ostateczna decyzja w zakresie sposobu przeprowadzenia odwodnienia należy do uprawnionego geologa nadzoru (por. pkt 8 dokumentacji odwodnieniowej), który nie dopuści do prowadzenia robót w sposób niezgodny ze sztuką budowlaną;

Zamawiający przewidział w Klauzuli 22.5 ust. 2 projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego możliwość zastosowania rozwiązań zamiennych (w tym technologii wykonania robót) w przypadku zastania innych warunków gruntowo-wodnych niż to wynika z dokumentacji projektowej - na co Zamawiający sam zwraca uwagę w swoim piśmie stanowiącym odpowiedzi na pytania wykonawców (por. odpowiedź nr 35).

Zawarcie w szczegółowej kalkulacji robocizny i sprzętu założenia polegającego na wykonaniu odwodnienia przy użyciu igłofiltrów zostało dokonane wyłącznie na potrzeby wyjaśnień składników ceny oferty i - w przypadku konieczności zastosowania studni odwodnieniowych - stanowi wyłącznie ryzyko Odwołującego - wobec przyjęcia ryczałtowej formy wynagrodzenia. Nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ, bowiem dokumentacja projektowa jako jedną z technologii odwodnienia dopuszcza stosowanie igłofiltrów.

Po trzecie, jak już zasygnalizowano w niniejszym odwołaniu, Odwołujący liczy się z koniecznością wykonania odwodnienia przy użyciu studni odwodnieniowych i ujął koszty związane z wykorzystaniem tej technologii w cenie ofertowej.

W dniu 12 sierpnia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1 - 5 pzp. Zamawiający wskazał tabelarycznie w wezwaniu, jakie składniki ceny ofertowej powinien ująć Odwołujący w wyjaśnieniach. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 12.08.2019 r. - załącznik nr 10.

Odwołujący pismem z dnia 19 sierpnia 2019 r. przedstawił Zamawiającemu obszerne wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny i załączył wypełnioną tabelę (załącznik nr 19 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 19 sierpnia 2019 r.), w której przedstawił poszczególne składniki ceny ofertowej.

W wyżej wymienionej tabeli Odwołujący ujął pozycję nr 36 - Koszty Ogólne Spółki dla niniejszego Kontraktu (m. in. koszty administracji, nadzoru specjalistycznego, itp.) i Amortyzacja Sprzętu i inne nieprzewidziane elementy" o wartości 1.250.000,00 zł netto.

Odwołujący przed złożeniem oferty skierował do potencjalnego podwykonawcy zapytanie o szacunkowy koszt studni odwodnieniowej, a także jej montażu, demontażu i przewiezienia na następne stanowisko. W odpowiedzi na powyższe zapytanie Odwołujący w dniu 22 lipca 2019 r. otrzymał ofertę, zgodnie z którą koszt wykonania jednej studni odwodnieniowej jest równy kwocie 4.200 zł netto.

Dowód: oferta HydroGeoStudio z dnia 22.07.2019 r.

Dokumentacja odwodnieniowa zakładała (w najmniej korzystnym dla Odwołującego wariancie), że całkowita liczba studni odwodnieniowych wyniesie 72 otwory (str. 8 dokumentacji odwadniającej).

W związku z powyższym, koszty wykonania całości robót odwadniających przy wykorzystaniu wyłącznie studni odwodnieniowych, wyniesie 302.400 zł netto (72 otwory x 4.200 zł netto). Koszty wykonania studni mogą zatem zostać w całości pokryte kwotą zarezerwowaną w budżecie Odwołującego na „inne nieprzewidziane elementy". Jednocześnie zwiększenie kosztów prac nie spowoduje uszczerbku dla zysku, jaki Odwołujący planuje osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia. Powyższe stanowi jednak górną granicę ryzyka kosztowego. Zaznaczyć należy, że Odwołujący, posiadając doświadczenie w realizacji prac będących przedmiotem zamówienia na terenie Miasta Warszawy, ma zaś pewność, że podczas realizacji zamówienia nie wystąpi konieczność zastosowania w każdym przypadku studni odwodnieniowych.

W świetle powyższej argumentacji stwierdzić należy, że oferta jest zgodna z SIWZ, a Odwołujący dokonał poprawnej kalkulacji. Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje bowiem, że Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty, z powołaniem się na przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, w sytuacji gdy SIWZ nie zawierała wyraźnego, jednoznacznie określonego wymogu odnośnie oczekiwań Zamawiającego co do treści oferty. Odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa". Mając na uwadze całokształt przedstawionych okoliczności stwierdzić należy, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, która jest zgodna z SIWZ.

W informacji o odrzuceniu oferty z dnia 18 września 2019 r. Zamawiający stwierdza, że: ”przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia i dowody nie obejmują pełnego zakresu wymagań wskazanych w SIWZ, uzupełnionych (a zatem stanowiącym integralną część SIWZ) w ramach odpowiedzi udzielanych na pytania Wykonawców w piśmie opublikowanym w dn. 4.07.2019 r. [Zamawiający podał błędną datę, odpowiedzi na pytania Wykonawców pochodzą z dnia 3.07.2019 r. - przyp. aut.]”. Jednakże z treści wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 12 sierpnia 2019 r. nie wynika, że Zamawiający oczekiwał od Odwołującego i innych wykonawców odniesienia się w szczególny sposób do wymagań, które były przedmiotem wyjaśnień w piśmie z dnia 3.07.2019 r. Zamawiający chcąc uzyskać wyjaśnienia odnoszące się do konkretnych kwestii, powinien wyraźnie wymienić w wezwaniu, jakich informacji udzielić ma Odwołujący. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 21 października 2016 r.: Zamawiający powinien wskazać wykonawcy, w jakim kierunku wyjaśnienia powinny być poprowadzone i na jakie okoliczności powinien on przedstawić dowody, czyli co w jego ofercie budzi wątpliwości zamawiającego, nie pozostawiając tego jedynie domysłom wykonawcy” . Jeżeli więc Zamawiający nie zawarł szczególnych wymagań w wezwaniu, nie mógł odrzucić oferty Odwołującego w sytuacji, gdy wyjaśnienia Odwołującego były zgodne z treścią wezwania.

W świetle powyższych okoliczności, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że: „przedstawiona przez Wykonawcę kalkulacja oraz dowody wskazują na wadliwą wycenę odwodnienia wykopów budowlanych, gdyż nie uwzględniono zestawów studni odwodnieniowych, co jest jednoznaczne z faktem, że zaproponowana przez Wykonawcę cena nie dotyczy pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ”. Odwołujący podkreśla bowiem, że w ofercie przewidziano środki, które pozwoliłyby na wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu zestawów studni odwodnieniowych. Dodatkowo stwierdzić należy, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty bezpodstawnie wskazuje, że: „oferta złożona przez Państwa firmę nosi znamiona rażąco niskiej ceny wynikającej z nie uwzględnienia wszystkich składników cenotwórczych niezbędnych dla prawidłowego skalkulowania oferty.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień uzupełniających skierowanym tylko do jednego wykonawcy tj. Instalbud sp. z o.o., zobowiązał go do przedłożenia dodatkowych informacji wskazując, że: „Zamawiający na etapie postępowania przy odpowiedziach na zapytania Wykonawców uzupełnił SIWZ o nową dokumentację dotyczącą warunków gruntowo-wodnych, a w tym projekt odwodnienia wykopów (pismo Zamawiającego z dnia 3.07.2019 r. w sprawie odpowiedzi na pytania Wykonawców oraz zmiany treści SIWZ - Odpowiedź nr 35 na Pytanie nr 35). Z przedstawionych przez Państwa wyjaśnień nie wynika jednoznacznie, że w wycenie ujęto kalkulację odwodnienia części wykopów przy zastosowaniu zespołów otworów odwadniających - studni Prosimy o wskazanie pozycji w których zastały ujęte koszty i ich wysokość”. Mając na uwadze przytoczoną treść wezwania do uzupełniających wyjaśnień skierowanego do Instalbud sp. z o.o., stwierdzić należy, że Zamawiający mając wątpliwości co do złożonych wyjaśnień, które de facto pokrywają się z zarzutem postawionym Odwołującemu w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 19 września 2019 r. (tj.: ,,przedstawiona przez Wykonawcę kalkulacja oraz dowody wskazują na wadliwą wycenę odwodnienia wykopów budowlanych, gdyż nie uwzględniono zestawów studni odwodnieniowych, co jest jednoznaczne z faktem, że zaproponowana przez Wykonawcę cena nie dotyczy pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ”), nie odrzucił automatycznie oferty tego wykonawcy (tak jak odrzucił ofertę Odwołującego). Zamawiający, w celu wyjaśnienia wątpliwych kwestii, skierował do innego wykonawcy dodatkowe wezwanie. W związku z powyższym w przypadku, gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia takich samych uzupełniających wyjaśnień (jak w przypadku

Instalbud sp. z o.o.), Odwołujący miałby szanse na wyjaśnienie treści wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie, a oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona.

Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia uzupełniających wyjaśnień, w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości tego samego rodzaju, jak do wyjaśnień złożonych przez Instalbud sp. z o.o., stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień uzupełniających powołał się bowiem na te same okoliczności, które stanowią podstawę odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 czerwca 2018 r. wskazała, że zawarte w art. 7 ust. 1 pzp zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości nie są zachowane, jeśli zamawiający inaczej traktuje wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji, innymi słowy w zależności od tożsamości wykonawcy różnicuje konsekwencje takiego samego stanu faktycznego lub prawnego, w jakim znajdują się wykonawcy . Odwołujący wskazuje więc, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 pzp, ponieważ potraktował w odmienny sposób wykonawców znajdujących się z takiej samej sytuacji. Zgodnie z wyrokiem KIO: „aby mogło dojść do wykazania przez wykonawcę

naruszenia art. 7 ust. 1 pzp winien on wykazać, że Zamawiający w odmienny sposób potraktował wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej (zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji), lub że podjął nieproporcjonalne działania do celu jaki chciał osiągnąć (zasada proporcjonalności) lub naruszył zasadę transparentności postępowania" .

Podkreślić należy, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie był przekonany co do uwzględnienia w ofercie Odwołującego wszystkich składników cenotwórczych niezbędnych dla prawidłowego skalkulowania ceny oferty, powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień uzupełniających (tak jak uczynił to w przypadku Instalbud sp. z o.o.). Odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na sam fakt niewyjaśnienia przez Odwołującego pewnych okoliczności w sposób, jakiego oczekiwał Zamawiający, było niewłaściwe, a z pewnością co najmniej przedwczesne.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, ze odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż rzekomo oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę.

Przepisy prawa zamówień publicznych nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. W związku z tym sposób interpretacji wskazanego sformułowania został wypracowany w doktrynie oraz orzecznictwie. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych przez cenę rażąco niską należy rozumieć:

1) „...cenę, wobec której oczywiste jest dla wszystkich, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia",

„...cenę niewiarygodną, oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.",

3) „...cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia"

4) cenę, która „ ...grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości",

5) cenę „...która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.,

6 „...cenę niewiarygodną, nierealistyczną, odbiegającą wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj. cenę, która (...) generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.",

7) „...cenę nierealną, niewiarygodną i oderwaną od realiów rynkowych, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe. Tego rodzaju charakterystyka ceny jest uznawana za odpowiadającą użytemu w przepisie pojęciu "rażąca". Dla odrzucenia oferty konieczne jest zaistnienie owej rażącej dysproporcji w stosunku do przedmiotu zamówienia",

8) „Cena rażąco niska jest wartością nierealną, wskazującą na brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za daną kwotą i należy odnosić ją do przedmiotu zamówienia. O ile ceny zaproponowane przez innych wykonawców mogą stanowić pewną wytyczną, co do poziomu kalkulacji ceny w postępowaniu, to jednak nie można zapominać, że każdy z wykonawców posiada indywidualne warunki podmiotowe, które bezpośrednio wpływają na możliwość obniżenia ceny".

Cena za realizację przedmiotu zamówienia, jaką zaoferował Odwołujący, nie jest ceną rażąco niską. Cena Odwołującego nie zawiera cech ceny rażąco niskiej, wskazywanych w orzecznictwie, tj. cena ta nie jest ceną, co do której oczywistym jest, że nie da się za taką kwotę wykonać zamówienia, nie jest ceną oderwaną od realiów rynkowych, nie jest ceną wskazującą, że Odwołujący realizowałby zamówienie poniżej kosztów jego wykonania, nie jest ceną odbiegającą od cen rynkowych, wartości zamówienia oraz cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, nie jest ceną, która generalnie nie występuje na rynku, a także nie jest ceną, która wykazuje rażącą dysproporcję do przedmiotu zamówienia.

Na brak cech ceny rażąco niskiej wskazuje w szczególności porównanie ceny zaoferowanej przez Odwołującego z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu oraz kwotą, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Jak wynika z zestawienia ofert

opublikowanego przez Zamawiającego w dniu 29.07.2019 r. cena za realizację przedmiotu umowy (z podatkiem VAT) wynosi w przypadku:

1) Odwołującego - 17.216.310,00 zł,

2) WOD-KAN-BRUK sp. z o.o. - 17.440.392,85 zł,

3) Instalbud sp. z o.o. - 17.687.400,00 zł,

4) ETPS.A.- 19.672.620zł,

5) Konsorcjum DiM Construction sp. zo.o. IDS - BUD S.A. - 20.873.100 zł

6) PPH Meliorex sp. z o.o. - 22.784.074,73 zł.

Natomiast szacunkowa wartość zamówienia, będąca jednocześnie kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 26.387.635,92 zł. Szacunkowa wartość zamówienia jest więc znacznie wyższą niż ceny złożonych ofert oraz średnia arytmetyczna cen złożonych ofert.

W związku z powyższym Odwołujący rozumie, że Zamawiający był zobowiązany wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp, zgodnie z którym „w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.”. Podkreślić jednak należy, że obowiązek wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień wynikał wyłącznie z faktu wystąpienia dużej różnicy pomiędzy ceną ofertową Odwołującego a szacunkową wartością zamówienia. Jak wskazano już zaś powyżej, szacunkowa wartość zamówienia określona przez Zamawiającego jest zawyżona w stosunku do realiów rynkowych. W związku z tym, porównanie ceny zaoferowanej przez Odwołującego z szacunkową wartością zamówienia, nie stanowi podstawy do oceny możliwości należytej realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

W innych postępowaniach o udzielenie zamówień o analogicznym przedmiocie, Zamawiający udzielał Odwołującemu zamówień, w których wartość ofert była znacznie niższa od szacunkowej wartości zamówienia i jednocześnie kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Przykłady takich postępowań wskazano w piśmie Odwołującego z dnia 19 sierpnia 2019 r., a mianowicie:

1) zamówienie na budowę „Sieci kanalizacji ściekowej wraz z odcinkami sieci na Osiedlu Radość w Warszawie - Dzielnica Wawer z podziałem na 11 zadań”, nr postępowania 01271/WS/PW/PZL-DZA-WRI/B/2015 - zamówienie zrealizowane przez Odwołującego:

- szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 6.435.620,45 zł brutto,

- wynagrodzenie z umowy 2.576.850,00 zł brutto, tj. 40,04 % szacunkowej wartości zamówienia;

Dowód:

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1.10.2015 r. - załącznik nr 18,

- ogłoszenie o udzieleniu zamówieniu z dnia 19.11.2015 r. - załącznik nrl9,

2) zamówienie na: „Budowę kanalizacji ściekowej w ul. Żonkilowej w Warszawie na terenie Dzielnicy Wawer”, nr postępowania 00538/WS/PW/PZL-DZA-WRI/B/2016 - zamówienie zrealizowane przez Odwołującego, gdzie osiągnięto zakładane wyniki finansowe:

- szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 1.549.800,00 zł brutto,

- wynagrodzenie z umowy 515.370,00 zł brutto, tj. 33,25 % szacunkowej wartości zamówienia;

Dowód: - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15.07.2016 r,

- ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 22.09.2016 r.

- zamówienia na: „Budowę kanału ściekowego 0 0,20m L=911,5m w ul. Dusznickiej oraz 0 0,20m L=56,5m w ul. Bystrzyckiej wraz z odcinkami sieci kanałów do granic nieruchomości w

Warszawie na terenie Dzielnicy Wawer", nr postępowania 00195/WS/PW/PZL-DZA-WRI/B/2016) - zamówienie zrealizowane przez Odwołującego, gdzie osiągnięto zakładane wyniki finansowe:

- wartość zamówienia podana przez Zamawiającego wynosiła 1.968.000,00 zł brutto,

- wynagrodzenie z umowy 897.900,00 zł brutto, tj. 45,63 % szacunkowej wartości zamówienia;

Dowód: - informacja o wyniku postępowania z dnia 8.06.2016 r.,

- ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 25.07.2016 r

zamówienie na: zadanie 1.2.11 Budowa kanalizacji w ul. Sęczkowef\ nr postępowania 00599/WS/PW/PZL-DZA-WRI/B/2016) - zamówienie zrealizowane przez Odwołującego, gdzie osiągnięto zakładane wyniki finansowe:

- szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 3.718.032,31 zł brutto,

- wartość wynagrodzenia z umowy wynosi 1.771.200,00 zł brutto, tj. 47,64 % wartość:

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18.07.2016 r. - załącznik nr 24,

- ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 09.09.2016 r. - załącznik nr 25.

Podkreślić należy także, że chociaż cena zaoferowana przez Odwołującego jest najniższą w przedmiotowym postępowaniu, to nie odbiega znacząco od dwóch kolejnych najniższych cen. Cena zaoferowana przez Odwołującego:

1) jest niższa jedynie o 224.082,85 zł od ceny zaoferowanej przez WOD-KAN-BRUK sp. z o.o. (cena Odwołującego wynosi 17.216.3 10 zł, zaś cena WOD-KAN-BRUK sp. z o.o. wynosi 17.440.392,85zł), tj. cena Odwołującego jest niższa od ceny WOD-KAN-BRUK sp. z o.o. jedynie o 1,3%,

2) jest niższa jedynie o 471.090 zł od ceny zaoferowanej przez Instalbud sp. z o.o. (cena Odwołującego wynosi 17.216.310 zł, zaś cena Instalbud sp. z o.o. wynosi 17.687.400 zł), tj. cena Odwołującego jest niższa od ceny zaoferowanej przez Instalbud sp. z o.o. jedynie o 2,73%.

Dodatkowo podkreślić należy, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie odbiega zacznie od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 19.278.982,96 zł, zaś cena zaoferowana przez Odwołującego wynosi 17.216.310,00 zł. W związku z tym, cena zaoferowana przez Odwołującego jest niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert jedynie o 11%.

KIO w wyroku z 24 listopada 2017 r. wskazała, że: „Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku(...)" .W warunkach konkurencji na rynku, normalnym

jest występowania różnic w cenach oferowanych przez wykonawców. Jak wskazała Izba w wyroku z 24 marca 2015 r. Różnica pomiędzy szacunkową wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT, jak również różnica pomiędzy cenami poszczególnych ofert w postępowaniu nie przesądza o tym, że cena zaoferowana przez uczestnika postępowania odwoławczego stanowi cenę rażąco niską, natomiast normalnym przejawem konkurencji jest występowanie różnic w cenach złożonych ofert w danym postępowaniu.

Podobnie - w wyroku z dnia 15 kwietnia 2015 r. Izba wskazała, że „Porównanie w postępowaniu do siebie jedynie wartości dwóch ofert, nawet jeśli dwaj wykonawcy oferują Zamawiającemu taki sam sprzęt i stwierdzenie rozbieżności w tym zakresie, nie może wskazywać na rażąco niską cenę po stronie któregoś z wykonawców, czyli oferowaniu przedmiotu zamówienia poniżej kosztów. Może to jednie świadczyć o swobodzie ustalenia przez każdego z wykonawców z osobna wartości swojej ceny ofertowej, mając na względzie swoje indywidualne, ponoszone w tym zakresie koszty oraz ewentualny zysk oraz uwzględniając konkurencję na rynku i możliwość uzyskania danego zamówienia publicznego". Ponadto zgodnie z wyrokiem z 20 maja 2015 r.: Zamawiający ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną

zaoferowana w postępowaniu a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego zamawiający dokonując oceny, rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niska ceną powinien mieć na uwadze w szczególności "rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego". Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie" .

W informacji o odrzuceniu oferty z dnia 18 września 2019 r. Zamawiający wskazał, że: „miał na uwadze, że w przypadku prowadzenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość w obliczaniu zaoferowanej ceny. Oczywistym jest, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne, ale również poparte stosownymi dowodami". Nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego jakoby Odwołujący niż przedstawił wyczerpujących wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz nie złożył wymaganych dowodów.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach z dnia 19 sierpnia 2019 r. przedstawił szerokie wyjaśnienia odnoszące się do zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach w szczególności, że:

1) w pełni oszacował zakres robót budowlanych będących przedmiotem postępowania,

2) cena ofertowa zawiera wszystkie składniki,

3) Odwołujący dokonał wizji lokalnej,

4) Odwołujący posiada bogate doświadczenie w realizacji podobnych zadań,

5) posiada zdolność finansową niezbędną do realizacji zamówienia,

6) posiada własny sprzęt i transport,

7) zatrudnia doświadczony personel.

Odwołujący załączył ponadto do wyjaśnień szeregu dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie stanowi ceny rażąco niskiej, tj. złożył w szczególności:

1) opinię bankową dot. Odwołującego,

2) dowody własności sprzętu należącego do spółki,

3) szczegółowe wyliczenia czasu realizacji i materiałów podstawowych,

4) dowody zatrudnienia personelu i związane z tym koszty,

5) wyliczenia kosztów pracy sprzętu podstawowego dla jednej kompletnie wyposażonej brygady roboczej,

6) kalkulacje szczegółowe (np. odbudowy powierzchni),

7) wykaz kosztów obsługi geodezyjnej,

8) wykaz kosztów prac projektowych.

Wskazać należy, że Odwołujący, wyjaśniając sposób kalkulacji ceny ofertowej, wskazał także na okoliczności wypływające na wysokość kwoty wskazanej w każdej pozycji kalkulacji, przygotowanej zgodnie z wzorem Zamawiającego załączonym do wyjaśnień. Zarzuty Zamawiającego w tym kontekście są więc bezpodstawne. Zamawiający bezpodstawnie twierdzi, że Odwołujący nie ujął w swojej wycenie kosztów wykonania odwodnienia przy pomocy studni odwodnieniowych. Jak wyjaśniono powyżej, koszty studni zostały zawarte w cenie ofertowej Odwołującego.

Zamawiający z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych, bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest natomiast ceną rażąco niską, wręcz przeciwnie - jest to cena rynkowa. Twierdzenia Zamawiającego wynikają z subiektywnych odczuć, a nie z zaoferowania przez Odwołującego realizacji zamówienia za rażąco niską cenę. Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że: „Odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest możliwe dopiero gdy, zamawiający ma pewność, że zamówienie nie

zostanie należycie wykonane za zaoferowaną ceną. Pewność tą uzyskuje dopiero po wyjaśnieniach wykonawcy, który potwierdzi, w jaki sposób kalkulował ceną i czy wykonanie danej usługi jest możliwe w tej cenie" . Jednakże twierdzenia Zamawiającego jakoby cena zaoferowana przez Odwołującego była rażąco niska nie są poparte żadnymi faktami. Zamawiający nie zauważa bowiem różnicy pomiędzy ceną rażąco niską a ceną niską, która jest naturalnym przejawem konkurencji na rynku.

Zamawiający bezzasadnie przyjął, iż cena ofertowa Odwołującego jest rażąco niska i w konsekwencji stwierdzić należy, że odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych. Podkreślić należy bowiem, że Odwołujący zapewnia, że zaoferowana przez niego cena zawiera wszelkie koszty wykonania zamówienia oraz zysk Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe wnosi jak na wstępie.

Do odwołania załączono dokumenty opisane w uzasadnieniu oraz kopie części dokumentacji przetargowej

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego - INSTALBUD sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w złożonym piśmie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do zarzutów odwołania wskazał co następuje.

Ad. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie powtórnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Zarzut jest niezasadny, albowiem nie wystąpiły podstawy faktyczne do uzupełnienia przez Odwołującego wyjaśnień, które Odwołujący złożył w trybie art. 90 ust. 1 pzp w dacie 19 sierpnia 2019 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2019r., w przedmiocie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz dowodów złożonych przez Odwołującego wraz z przedmiotowymi wyjaśnieniami. Złożone wyjaśnienia jednoznacznie wskazały bowiem, że kalkując cenę oferty Odwołujący przyjął wyłącznie jedną metodę odwadniania wykopów budowlanych poprzez zestawy igłofiltrów (vide: dowód nr 6, nr 10 załączone do wyjaśnień z dnia 19.08.2019 .). Odwołujący jednoznacznie i wyczerpująco przedstawił kalkulację ceny złożonej oferty. Przedstawione wyjaśnienia nie budzą wątpliwości co do tego, że Odwołujący nie zastosuje metody odwodnienia przez zestawy studni odwodnieniowych tam, gdzie są one przez Zamawiającego wymagane zgodnie z projektem odwodnienia wykopów ul. Jędrzejowskiego (w Zadaniu 1.1.3.) oraz ul. Gąsiorowskiej (w Zadaniu 1.1.4). Projekt odwodnienia wykopów, przygotowany i sporządzony przez Zamawiającego na etapie przetargu, stanowi integralną część dokumentacji przetargowej w zakresie opisu wykonania przedmiotu zamówienia (vide: Odpowiedź Zamawiającego nr 35 z dnia 4.07.2019r.).

Skoro, złożone w dacie 19.08.br. wyjaśnienia Odwołującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie budzą wątpliwości co do przyjętej i wycenionej w ofercie Odwołującego metody odwodnienia przez zestawy igłofiltrów (zamiast studni odwodnieniowych), to uznać należy, że Zamawiający w istocie nie miał podstaw fatycznych, żeby ponownie wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień uzupełniających w przedmiocie ceny oferty.

Odwołujący - wbrew temu co twierdzi w odwołaniu (str. 5 tiret 3) - w złożonym przez siebie sua sponte dodatkowym piśmie z dnia 13.09.br. nie wykazał, że w kalkulacji ceny oferty przyjął zgodnie z projektem odwodnienia wycenę zestawów studni odwodnieniowych wykopów przy ul. Jędrzejowskiego i ul. Gąsiorowskiej. Przywołane przez Odwołującego pismo z dn. 13.09.br. referuje się w swej treści do oferty Wykonawcy INSTALBUD, natomiast odnośnie ceny oferty Odwołującego stwierdza w tym piśmie wyłącznie, że przewidział kwotę 1 250 000 zł. na inne wydatki, tj. koszty ogólne Wykonawcy.

Z tak ogólnego stwierdzenia w korelacji ze szczegółową kalkulacją ceny oferty zawartą w szczegółowych wyjaśnieniach z dn. 19.08.2019 r. nie sposób uznać, że Odwołujący w kalkulacji ceny złożonej oferty faktycznie uwzględnił zastosowanie studni odwodnieniowych tam, gdzie wymagał tego Zamawiający w projekcie odwodnienia wykopów.

Mając na uwadze powyższe, zarzut jest niezasadny i nie powinien podlegać uwzględnieniu.
Ad. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 4 pzp przystępujący wskazał, że zgodnie z odpowiedzią nr 35 Zamawiającego, z 04.07.2019 r., Zamawiający zmodyfikował Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt. 2 ust. III przez uzupełnienie o nowe dokumenty dotyczące warunków gruntowo-wodnych i odwodnienia wykopu. W związku z powyższym Zamawiający uzupełnił SIWZ o następujące dokumenty:

I. Operat wodnoprawny dla odwodnienia trasy pod projektowaną kanalizację ściekową Głównej, Pobogi-Malinowskiego, Dunin-Wąsowicza, Łącznej, Mławskiej i Mielnickiej w Dzielnicy Białołęka Miasta Stołecznego Warszawa oraz wykonanie urządzeń wodnych —

otworów depresyjnych, opracowanie: 04.2019

2. Projekt odwodnienia wykopów budowlanych w miejscu projektowanej sieci kanalizacyjnej na Osiedlu Buków w Dzielnicy Białołęka Miasta Stołecznego Warszawa,

3. Dokumentację z badań geotechnicznych wraz z projektem geotechnicznym, opracowanie: 05.2019 r.

4. Zgłoszenie wodnoprawne z dnia 31.05.2019 r.

5. Pismo Zarządu Zieleni m.st. Warszawy nr ZZ/ZRW/7/45/2019/MWA,JBE z dnia 29.05.2019 r. w sprawie warunków odprowadzenia wód z odwodnienia wykopów budowlanych pod budowę sieci kanalizacyjnej na terenie Osiedla Buków)

Zamawiający zawarł jednoznaczny zapis, że: „Do wyceny ofert należy przyjąć dane wskazane w nowych opracowaniach. W przypadku wystąpienia innych warunków gruntowo-wodnych niż wskazane w dokumentacji załączonej do przedmiotowego przetargu, Kontrakt przewiduje możliwość wprowadzenia zmian w oparciu o Klauzulę 22.5 Warunków Szczególnych Kontraktu." (odpowiedź nr 35, in fine).

W ocenie Przystępującego, zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opublikowaną w przetargu dokumentacją projektową odwodnienia wykopów budowlanych stanowiło o zgodności oferty wykonawcy ze treścią SIWZ w tym zakresie. Świadczą o tym zapisy formularza ofertowego w pkt I i pkt III. 4: I. Oświadczam(y), że oferuję(my) wykonanie niniejszego zamówienia zgodnie z wymogami: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmianami. III.4.Niniejszym akceptujemy postanowienia zawarte w SIWZ, w tym w projekcie umowy stanowiącym Część II SIWZ i w przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach w nich przedstawionych oraz w miejscu, i w terminie zaproponowanym przez Zamawiającego oraz postanowienia projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego (zwanej „kontraktem"), skonstruowanej w oparciu o FIDIC:
„2. Następujące dokumenty będą uważane, odczytywane i interpretowane, jako integralna część niniejszego Kontraktu, według następującego pierwszeństwa:

(a) niniejszy Akt Umowy;

(b) Warunki Szczególne Kontraktu (Rozdział 3);

Warunki Ogólne Kontraktu (Rozdział 2);

Dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia (z Opisem Przedmiotu Zamówienia);

(e) Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru Robót budowlanych (zwana też Specyfikacją);

Wykaz Cen;

Formularz Oferty z Załącznikiem do Oferty, odpowiedzi na pytania Wykonawców, wyjaśnienia, modyfikacje treści SIWZ na etapie procedury przetargowej; ustalenia wynikające z odpowiedzi, wyjaśnień, modyfikacji SIWZ odpowiednio zastępują treść wcześniejszą."

Mając na uwadze powyższe, metoda (technologia) wykonania przedmiotu zamówienia została określona przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (projekcie odwodnienia wykopów), co implikuje twierdzenie, że treść oferty powinna odpowiadać temu. Oferta nie odpowiadająca wymaganej technologii odwodnienia podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zgodnie z zapisami projektu odwodnienia wykopów budowlanych studnie depresyjne w minimalnej ilości, jakiej wymaga się od wykonawcy przy realizacji zamówienia, to 18 kpl.(bez względu na poziom wody p.p. „0" Wisły). Nota bene, uzależnienie ilości studni w zależności od poziomu wody 0,5 do 1,5 m. dotyczy tylko i wyłącznie zwiększenia ilości studni depresyjnych, a nie ich pominięcie (sic). Przy czym, projekt odwodnienia dopuszczający metodę igłofiltrami w zależności od poziomu wody nie obejmuje w żadnym wariancie odcinków pomiędzy ul. Dunin Wąsowicza S-10 do S-14, ul. Podbogi Malinowskiego S do S II. Dowód: Projekt odwodnienia - odcinki robót ul. Dunin Wąsowicza S-IO do S-14, ul. Pobogi-Malinowskiego S do S I I, w dokumentacji postępowania.

Ilość otworów wiertniczych jako metody odwodnienia wymaganej dokumentacją projektową - projektem odwodnienia wykopów budowlanych w miejscu projektowanej sieci kanalizacyjnej

na Osiedlu Buków w Dzielnicy Białołęka Miasta Stołecznego Warszawa, ilustruje tabela.

Mając na uwadze powyższe, oferta Odwołującego nie uwzględniająca metody odwodnienia

przez studnie odwadniające, nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec czego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską, to jest nierealną, za którą nie można wykonać pełnego i wymaganego zakresu przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym osiągnięciu zysku przedsiębiorstwa w rozumieniu gospodarczym. Powyższe wynika z faktu, że istotnym elementem cenotwórczym ofert w tym przetargu były prace odwodnieniowe. W ofercie Przystępującego procentowa wartość kosztów odwodnienia do całkowitej wartości robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia wynosi: 14,55 % (kwotowo wartość prac stanowi równowartość 1 879 426,28 zł.), podczas gdy w ofercie Odwołującego koszty odwodnienia stanowią zaledwie: 1,39% (kwotowo wartość prac stanowi równowartość 178 781,12 zł.). Tabela wykazu cen w załączeniu do pisma.

Nieprawdziwe jest stwierdzenie Odwołującego, jakoby „koszt odwodnienia jest marginalny w stosunku do całej wartości oferty" (str. 8 tiret 2 odwołania). Stoi ono w sprzeczności z opz, dokumentacją projektową i stanem faktycznym. Zgodnie z projektem odwodnienia, wykonane przez Zamawiającego badania geologiczne potwierdziły konieczność wykonania odwodnienia na całym obszarze inwestycji, a nie tylko w części. Nie można marginalizować ich wystąpienia i oszacować kosztów prac odwodnieniowych na poziomie 1,39 % względem całej inwestycji. Ponadto, w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, Zamawiający wyszczególnił pozycję „ Roboty odwodnieniowe, koszt opłat za zrzut wody do sieci kanalizacyjnej to 0,00 zł. " (Tab. nr 3 poz. 15, poz. 20, poz. 37, poz. 33) wnosząc, aby wykonawcy przedstawili szczegółową wycenę tych prac. Zatem Zamawiający uznaje, że koszty robót odwadniających stanowią istotny element cenotwórczy całej oferty wykonawcy.

Z powyższych względów wykonawcy zobowiązani byli do uwzględnienia w kalkulacji ceny oferty pozycji robót odwodnieniowych jako istotnego elementu cenotwórczego. Na marginesie, Przystępujący zadał sobie trud przeanalizowania wartości pozycji odwodnienia (w zakresie zestawów igłofiltrów), podanych przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 19.08.2019 r. rażąco niskiej ceny i doszedł do wniosku, że wskazane tam ceny są nieadekwatne i obiektywnie nierealne. Mianowicie, na stronie 10 wyjaśnień odwołującego w tabeli wyliczenia robocizny i sprzętu, w pozycji 2 - dla pracy sprzętu Odwołujący założył 2 zestawy igłofiltrów przez 14 dni i koszt ogólny 94,80 zł./dzień, co daje kwotę 327,20 zł (14 dni x 94,80 zł.). Zużycie paliwa dla najbardziej oszczędnych agregatów to ok. 4 l. x ok. 4,4 zł/l x 24 h. x 14 dni daje kwotę 5 913,60 zł. Koszt prądu, którego pobór to min. 5 kWh dla jednego zestawu, to praca 2 zestawów igłofiltrów daje kwotę 2 352 zł. (2 zestawyx24 h. x 14 dni x0,7 zł/kWh). Kalkulacja pracy zestawów igłofiltrów jest równie nierzetelna i znacząco zaniżona, koszt pracy jest wielokrotnie niższy od przedstawionego w wyjaśnieniach.

Odwołujący nie oszacował wartości pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i zaoferowana cena oferty na kwotę 17 216 310,00 zł jest nierealna i rażąco zaniżona względem przedmiotu zamówienia. Wg wiedzy Przystępującego, jako przedsiębiorstwa z uznaną pozycją, praktyką i doświadczeniem, za cenę oferowaną przez Odwołującego nie można wykonać pełnego zakresu przedmiotu zamówienia w tej inwestycji.

Z powyższych względów zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 4 pzp jest niezasadny.

Nawet gdyby oferta Odwołującego została sklasyfikowana wg. ustalonego kryterium oceny ofert, to nie byłaby najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

W kryterium doświadczenie kierownika robót sanitarnych przystępujący uzyskałby najwyższą punktację, ponieważ Odwołujący wskazał w ofercie jako kierownika robót sanitarnych osobę, która nie spełnia wymagań. Inwestycja nie jest zakończona. Podobnie, dla kierownika budowy (doświadczenie waga 14%) wskazano budowę kanalizacji w Radzyminie; Przystępujący posiada dowód w postaci informacji od inwestora, z której wynika, że funkcję kierownika budowy i kierownika robót pełniła inna osoba. Podobnie, na budowie w Jabłonnej funkcję kierownika budowy pełniła inna osoba.

Mając na uwadze powyższe, oferta Wykonawcy Instalbud w przedmiotowym postępowaniu, nawet przy uznaniu oferty Odwołującego za ważną i podlegającą sklasyfikowaniu, nadal pozostaje ofertą najkorzystniejszą wg. ustalonego kryterium oceny ofert.

Nota bene, problematyczna jest kwestia wykazania przez Wykonawcę PRIKNAUBER spełnienia warunku podmiotowego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej postawionego w SIWZ w zakresie 36-mcy doświadczenia w tym przy realizacji co najmniej 1 roboty polegającej na budowie lub przebudowie sieci kanalizacyjnej (sanitarnej i/lub ogólnospławnej) o wartości wskazanej roboty równej lub większej od 4 000 000,00 zł netto. Z przedstawionych przez PRIKNAUBER informacji nie wynika, aby osoba wskazana spełniała

postawiony warunek co do okresu zdobytego doświadczenia zawodowego. W ocenie Przystępującego bezspornym jest, że fakt podania przez Wykonawcę PRIKNAUBER w ofercie informacji w zakresie mającym wpływ na ocenę oferty wg. ustalonego kryterium oceny ofert (doświadczenie kierownika robót sanitarnych i doświadczenie kierownika budowy), nawet jeżeli nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa Wykonawcy, wprowadza Zamawiającego w błąd co do istotnych okoliczności mających wpływ na wynik postępowania, wobec czego stanowi samoistną przesłankę wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu. Załączono porównanie kalkulacji.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili na rozprawie stanowiska.

Odwołujący potwierdził, że złożył ofertę zgodną z wymogami SIWZ. Przypomniał, że wyjaśnienia składane Zamawiającemu dotyczyły wyłącznie ceny oferty, a nie jej treści. Przedstawiona kalkulacja prac odwodnieniowych uwzględniała udostępnioną dokumentację. Wynika z niej, iż w zależności od depresji wód podziemnych, tj. 1,5 m lub mniej przewidywano możliwość zastosowywania igłofiltrów. Wskazał w tym zakresie na str. 13 operatu wodnoprawnego i str. 6 projektu odwodnienia. Zauważył przy tym, że poziom wód podziemnych jest zmienny i zależny od wielu czynników, np. warunków atmosferycznych, pory roku. Zauważył, że w piśmie Przystępującego wskazano liczbę studni 18 lub 72, a w rzeczywistości wielkość ta nie jest z góry znana i jest uzależniona od warunków w terenie. W operacie, str. 6, wskazano określoną sytuację przy założeniu konkretnej rzędnej poziomu względem poziomu „0" Wisły. W części końcowej, str. 12, także wskazano określone założenia i stwierdzono, iż ostateczną decyzję o sposobie odwodnienia podejmuje geolog nadzoru. Z kolei na str. 10 wskazano na potrzebę bieżących obserwacji położenia zwierciadła wody podziemnej. Ponadto we wzorze umowy przewidziano możliwość określonych zmian w zależności od warunków wykonania umowy. W złożonej kalkulacji Odwołujący przewidział „inne nieprzewidziane wydatki", w wysokości 1 250 000 netto, do których można zaliczyć ewentualne prace odwodnieniowe z zastosowaniem otworów wiertniczych. Wielkość te potwierdził również w złożonym piśmie. Stwierdził, iż dokonał własnej oceny w terenie, a jej wynik uzasadnił sporządzenie kalkulacji w takiej treści, jaką przedstawił Zamawiającemu. Zauważył, że ewentualna potrzeba dodatkowych robót nie wpłynie na wysokość ceny, która została prawidłowo skalkulowana. Zauważył, że Zamawiający wezwał również Przystępującego do złożenia wyjaśnień (str. 14 odwołania), w których oczekiwano wyjaśnień dotyczących otworów odwadniających - studni. W tak skonkretyzowanym zakresie Odwołujący nie otrzymał wezwania. Przypomniał przedstawione w odwołaniu porównanie cen złożonych ofert. Zakwestionował poprawność kalkulacji Przystępującego i brak dowodów na okoliczność rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego, jak również nieprawidłowe skalkulowanie poszczególnych elementów prac w ofercie Przystępującego. Pozostałe zarzuty Przystępującego podniesione wobec Odwołującego nie mają znaczenia dla niniejszej sprawy odwoławczej.

Przypomniał treść ogłoszenia wodnoprawnego, które dotyczy wyłącznie zrzutu, a nie odwiertów. Zauważył, że w treści oferty zadeklarował zgodność wykonania z dokumentacją, także co do potrzeby ewentualnego sporządzenia maksymalnej liczy odwiertów/studni. Przypomniał, że do odwołania załączył kalkulacje wykonania studni. Ponownie zauważył, iż z dokumentacji nie wynika bezwzględna konieczność wykonania 18 studni, a przedstawiona wielkość ma zastosowanie przy określonym założeniu, które może być odmienne od rzeczywistego stanu potrzeb w miejscu realizacji. Podkreślił nieporównywalność wycen poszczególnych elementów przez wykonawców stosujących różne metody kalkulacji. Przypomniał porównanie wysokości cen oraz relacji do wartości zamówienia. Podkreślił, że treścią oferty jest oferta, która została złożona w terminie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał swoją decyzję z dnia 18.09.2019 o odrzuceniu oferty podjętą na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zauważył, że procedura z art. 90 pzp jest szczególnym przypadkiem wyjaśnień istotnego elementu oferty, jakim jest cena. Stwierdził, że z dokumentacji nie wynika dowolność zastosowanej technologii odwodnienia (studnie - otwory albo igłofiltry). Odwołujący założył zastosowanie wyłącznie igłofiltrów. Przypomniał, że projekt odwodnienia wykopów jest jednym z dokumentów w postępowaniu. Kolejny to operat wodnoprawny, zawiera wnioski, gdzie na str. 15 wskazano i zaznaczono odcinki przewidziane do odwodnienia w określonych ulicach i lokalizacjach w liczbie 18 sztuk otworów z podanymi współrzędnymi geodezyjnymi w załączniku nr 5. Przyznał, iż możliwa jest różnorodność warunków w terenie, natomiast przedstawione wyżej rozwiązanie ocenia jako wymagane z minimalną liczbą otworów. Przypomniał, że przywołane dokumenty stanowiły część specyfikacji, wprowadzone w drodze odpowiedzi na pytania pismem z 3.07.2019. Porównał ceny przedmiotowego elementu w ofertach i wskazał, że odwodnienie u Odwołującego to 230 000, u Przystępującego ok 1,9 mln, a u Wod-Kan-Bruk 1,1 mln. Stwierdził, że różnica wynika z zastosowania przez Odwołującego technologii znacząco tańszej, tj. igłofiltrów. Zauważył, że

koszty otworów nieuwzględnionych Odwołujący próbuje wkomponować do innych kosztów, a taka operacja nie jest realna. W piśmie z 13.09.2019 Odwołujący przedstawił takie roboty np. obudowy wykopów i studnie odwodnieniowe w pozycji inne wydatki, do których zaliczył również inne wymienione tamże koszty na łączną kwotę 1, 25 mln zł. Wskazał, że wymogi specyfikacji z uwzględnieniem wprowadzonych zmian nie powinny być sporne. Z wyjaśnień Odwołującego wnioskuje, iż potwierdził on niezgodność sposobu realizacji ze specyfikacją, ze wskazaniem, iż niektóre wymagania/prace nie były odrębnie kalkulowane.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego oraz własne, przedstawione w złożonym piśmie. Wskazał, że Odwołujący przyznał, iż nie uwzględnił w cenie oferty omawianych w późniejszym postępowaniu wymogów opisu przedmiotu zamówienia. Przypomniał o ciężarze dowodu dotyczącego zaoferowanej ceny i podkreślił, że nadal brak jest informacji o sposobie skalkulowania przez Odwołującego prac odwodnieniowych. Stwierdził, iż Odwołujący nie przedstawił dowodu na okoliczności, których uznania się domaga.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych zamawiającemu przez odwołującego i przystępujących, jak również stanowiska stron i uczestników przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia konkurującemu wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy NB Serwis z postępowania z uwagi na niewykazanie warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia obejmującego dostarczenie systemu samoobsługowych wypożyczalni rowerów przed upływem terminu składania ofert tj. dniem 11 kwietnia 2018 r., gdyż przedstawione w procedurze uzupełnienia z art. 26 ust. 3 ustawy pzp zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów może dowodzić jedynie dysponowaniem takimi zasobami najwcześniej od dnia 14 maja 2018 r. skład orzekający stwierdził, że dokument uzupełniony przez wykonawcę (przystępującego) na wezwanie z 9 maja 2018 r. został istotnie formalnie datowany na dzień 14.05.2018 r.

Jak ustalono, w toku badania ofert zamawiający pismem z dnia 123 sierpnia 2019 r. wezwał

wykonawcę - odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy pzp. Wskazał na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Stwierdził, iż wy sytuacji, gdy wykonawca jako jednym z dowodów chciałby posłużyć się kalkulacją, zamawiający oczekuje sporządzenia kalkulacji, które będzie zawierać co najmniej elementy wskazane w trzech tabelach z wyspecyfikowanymi rodzajami kosztów. (tabela 1 - zbiorcza, 2 - wymagania ogólne i tabela 3 - roboty budowlane obejmująca zadania I.1.3, I.1.4 i I.1.5. Zamawiający stwierdził, że przedstawione wyjaśnienia i dowody będą prze niego oceniane, w szczególności w kontekście tego, czy zaoferowana cena dotyczy pełnego zakresu zamówienia i obejmuje wszystkie wymagania wskazane w siwz , w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Odwołujący w dniu 19 sierpnia 2019 r. złożył obszerne wyjaśnienia wraz z dowodami, na potwierdzenie zaoferowanej ceny jako nie będącej rażąco niską. W wykonaniu zobowiązania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny popartej kalkulacją sporządzoną według projektu zestawienia sporządzonego przez Zamawiającego, Odwołujący wypełnił wymagane zestawienie tabelaryczne, a dodatkowo złożył dokumentację w postaci szczegółowych kalkulacji robocizny i sprzętu w załącznikach 1 - 21 do wyjaśnień.

Następnie z własnej inicjatywy Odwołujący, złożył Zamawiającemu dodatkowe pismo z 13

września 2019 r. kwestionujące kalkulację konkurenta, który nie przewidział zysku z kontraktu oraz wskazujące na ujęcie wszystkich elementów kosztowych w kalkulacji kosztów odwołującego. W wyjaśnieniu tym wykonawca wskazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto na realizację zamówienia przewidział kwotę w wysokości 1.250.000,00 zł na inne wydatki, tj. koszty ogólne (m. in. koszty administracyjne, nadzoru specjalistycznego, itp.) i administracji sprzętu, a także na inne elementy nieprzewidziane w innych pozycjach kalkulacji np. obudowy wykopów, studnie odwodnieniowe itp.

Po otrzymaniu wskazanych wyżej wyjaśnień zamawiający podjął dnia 18 września 2019 r. decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego.

Jak słusznie stwierdził odwołujący istota sporu w postępowaniu wynika z faktu, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał na dwa powody:

1) niezgodność oferty odwołującego z wymogami SIWZ,

2) wystąpienie w ofercie odwołującego rażąco niskiej ceny.

Obie powyższe przesłanki odrzucenia oferty odwołującego wynikają z jednej okoliczności, tj. z przekonania Zamawiającego, że odwołujący przyjął w swej ofercie, iż odwodnienie wykopów budowlanych będzie wykonywał wyłącznie przy wykorzystaniu igłofiltrów, a nie przy wykorzystaniu zarówno igłofiltrów, jak i otworów odwadniających (w dokumentacji nazywanych również studniami odwodnieniowymi).

Skład orzekający zauważa, że zamawiający wzywając wykonawcę do udzielenia wyjaśnień nie wymagał bezwarunkowo złożenia kalkulacji ceny, natomiast wskazał, że jego oczekiwaniem jest, w wypadku wybrania sposobu wyjaśnień drogą przedstawienia kalkulacji kosztów, by kalkulacja obejmowała wyspecyfikowane elementy kalkulacyjne w strukturze przedstawionej przez zamawiającego. Taką metodę wyjaśnień wybrał odwołujący i w konsekwencji przygotował i przedstawił kalkulację uwzględniającą wzór przygotowany przez zamawiającego.

W ocenie Izby z treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 12 sierpnia 2019 r. jednoznacznie wynika, że zamawiający zwrócił się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień w szczególności w kontekście tego, czy zaproponowana przez Wykonawcę cena dotyczy pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia i Projekcie umowy.

Skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego, że przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z kalkulacją, nie obejmują pełnego zakresu wymagań wskazanych w SIWZ. W szczególności należy podkreślić, że integralną częścią siwz było wyjaśnienie zamawiającego w ramach odpowiedzi udzielonych na pytania wykonawców w piśmie z dnia 4 lipca 2019 r. Zgodnie z treścią pkt 2 ust. III OPZ Części III SIWZ oraz Odpowiedzi nr 35 udzielonej w tym piśmie załączono do postępowania zaktualizowaną dokumentację dotyczącą nowych warunków gruntowo-wodnych, w tym nowy projekt odwodnienia wykopów. Dokumentacja ta zawiera zmieniony sposób odwodnienia wykopów w ul. Jędrzejowskiego (Zad. I.1.3) oraz ul. Gąsiorowskiej (Zad. I.1.4) zastępując odwodnienie zespołami igłofiltrów przez zespoły otworów wiertniczych - studnie odwodnieniowe. Wykonawca, w przedłożonej „Szczegółowej kalkulacja robocizny i sprzętu” części dotyczącej:

- Zadania I.1.3 Kanału DN 300 w poz. 1 i 2 (str. 13 oferty), przyj ął w kalkulacji jedynie koszty robocizny i sprzętu w zakresie pracy zestawów igłofiltrów, na tej samej podstawie

skalkulowano koszty przedstawione w dowodzie nr 10 (L.p. IV. na str. 44 i 45 oferty).

- Zadania I.1.4 Kanału DN 200 w poz. 1 i 2 (str. 17 oferty), j.w.

Wobec powyższego przedstawiona przez wykonawcę kalkulacja oraz dowody wskazują na fakt, że nie uwzględniono w niej zestawów studni odwodnieniowych, co jest jednoznaczne z faktem, że zaproponowana przez Wykonawcę cena nie dotyczy pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ.

Izba zauważa, że istotne dla oceny sporu jest stwierdzenie w obowiązującej treści siwz wprowadzonej odpowiedzią na pytanie nr 35, iż „Do wyceny ofert należy przyjąć dane wskazane w nowych opracowaniach.” tj. opracowania opisanych w treści odpowiedzi i dołączonych do specyfikacji.

W ocenie składu orzekającego nie ma wątpliwości, że do wyceny oferty odwołujący nie przyjął ustaleń operatu wodnoprawnego i projektu budowlanego w zakresie przewidywanych zestawów odwadniających nazywanych też otworami wiertniczymi, depresyjnymi. W zakresie

metody odwadniania wykonawca oparł się wyłącznie na technologii igłofiltrów, o znacząco niższych kosztach wykonania i w konsekwencji cenie.

Niesporne jest, iż załączonym do siwz opracowaniu stanowiącym Operat wodnoprawny na odwodnienia trasy /../ na stronie 5 zawarto stwierdzenie, iż „Założono, że zwierciadło wody podziemnej zostanie obniżone przy wykorzystaniu otworów wiertniczych (studni depresyjnych) i igłofiltrów." Analogiczna treść znajduje się na stronie 9 ze wskazaniem, iż „Sposób odwodnienia uzależniono od depresji którą należy uzyskać. Założono, że w przypadku konieczności uzyskania depresji większej od 1,5 m odwodnienie należy prowadzić przy wykorzystaniu otworów wiertniczych. W przypadku konieczności uzyskania mniejszej depresji odwodnienie będzie prowadzone przy wykorzystaniu igłofiltrów." Jednocześnie w części końcowej, w której sformułowano wnioski, na stronie 15 i 16 wskazano w sposób stanowczy odcinki odwadniane otworami depresyjnymi ze wskazaniem numerów otworów depresyjnych zgodnie z załącznikiem 2 do operatu, w liczbie 18 sztuk.

Z przedstawionych postanowień wynika, że zostały one oparte na opisanych w nich określonych założeniach, które, jak zauważył odwołujący, nie muszą się w sposób pewny ziścić w toku wykonywania prac w terenie.

Okoliczność polegająca na potencjalnych różnicach nie zwalnia jednak wykonawcy z obowiązku uwzględnienia przy kalkulacji ceny oferty przedstawionych wyżej wielkości podanych jako założone przez projektanta. Obowiązek taki wynika jednoznacznie z cytowanej już wyżej treści odpowiedzi na pytanie nr 35, iż do wyceny ofert należy przyjąć

dane wskazane w nowych opracowaniach. Wprowadzenie opisanego wymogu jest całkowicie zrozumiałe w prowadzonym postępowaniu, jako że stanowi uwzględnienie zasady z art. 7 ust. 1 ustawy pzp nakładającej na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także pozwala zamawiającemu na uzyskanie porównywalnych od strony przedmiotowej ofert.

Bez znaczenia zatem pozostają oceny przedstawione przez odwołującego dotyczące profilu gruntowego i położenia wód podziemnych w zleconym przez niego raporcie hydrogeologicznym.

W tak ustalonym stanie faktycznym zasadne jest stwierdzenie, że oferta złożona przez odwołującego, wobec nie uwzględnienia w niej wymaganych elementów pracy, nie jest zgodna z treścią postanowień siwz, a zatem zasadnie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Oceny powyższej nie zmienia fakt, iż informacja o zakresie prac uwzględnionych w ofercie, a także nieprzewidzianych, wynikła z treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego w procedurze przewidzianej w art. 90 ust. 1 i 1a ustawy pzp, a także z treści kolejnych wyjaśnień złożonych z własnej inicjatywy wykonawcy w piśmie z 13 września 2019 r. W tych ostatnich wyjaśnieniach wykonawca wprost potwierdził, iż przedmiotowych otworów nie uwzględnił w swojej kalkulacji i zadeklarował ich ewentualne ujęcie w ramach prac nieprzewidzianych.

Jednocześnie uznano, że niedostatecznie przekonujące wyjaśnienia, jako złożone w wyżej przedstawionych okolicznościach faktycznych, uzasadniają wniosek, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie sprostał ciężarowi dowodu w tym zakresie zarówno w postępowaniu wyjaśniającym wobec zamawiającego, jak i w trakcie postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na

podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 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. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....