

WYROK
z dnia 24 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 marca 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 marca 2016 r.** przez wykonawcę **Firmę Handlowo - Usługową INSTBUD S. B., Sp. Jawna, Nieznanowice 50, 32-420 Gdów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminny Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Pawłowicach, ul. Orla 11, 43-254 Krzyżowice**

przy udziale wykonawcy **A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Technika Grzewcza i Sanitarna A. D., ul. Borowicka 46a, 440341 Gołkowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Firmę Handlowo - Usługową INSTBUD S. B., Sp. Jawna, Nieznanowice 50, 32-420 Gdów** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Firmę Handlowo - Usługową INSTBUD S. B., Sp. Jawna, Nieznanowice 50, 32-420 Gdów** tytułem wpisu od odwołania.

1

-
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Firmy Handlowo - Usługowej INSTBUD S. B., Sp. Jawna, Nieznanowice 50, 32-420 Gdów** na rzecz **Gminnego Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Pawłowicach, ul. Orla 11, 43-254 Krzyżowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Budowę stacji uzdatniania wody w Gminie Pawłowice – sieć wodociągowa*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 184295 - 2015, data zamieszczenia 14.12.2015 r., przez Gminny Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Pawłowicach, ul. Orla 11, 43-254 Krzyżowice zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 09.03.2016 r. (faxem) Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Technika

Grzewcza i Sanitarna A. D., ul. Borowicka 46a, 440341 Gołkowice zwany dalej: „P.H.U. Technika Grzewcza i Sanitarna A. D.” albo „Przystępującym”. Poinformował także o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty - Firma Handlowo - Usługowa INSTBUD S.B., Sp. Jawna, Nieznanowice 50, 32-420 Gdów zwanej dalej: „Firma Handlowo - Usługowa INSTBUD S.B., Sp. Jawna” albo „Odwolującym”.

W dniu 14.03.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Firma Handlowo - Usługowa INSTBUD S. B., Sp. Jawna wniosła odwołanie na w/w czynność z 09.03.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 14.03.2016 r. (faxem). Zamawiającemu zarzucił:

I. Złamanie i naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, którego naruszenie i złamanie przez Zamawiającego spowodowało wykluczenie Odwołującego z postępowania. W konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył ponadto art. 25 ust. 1 a także art. 91 ust. 1. Zamawiający naruszył również art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 3 w zw. z art. 41 oraz w zw. z art. 44 Pzp. Ponadto Zamawiający naruszył art. 30 ust. 1 i art. 30 ust. 2 Pzp. Powyższe, w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych o których mowa w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona.

II. Złamanie i naruszenie art. 90 ust. 3, którego naruszenie i złamanie przez Zamawiającego

3

nastąpiło w związku z uznaniem oferty za odrzuconą, wskutek uznania, że cena oferty zawiera rażąco niską cenę. W konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył ponadto art. 90 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt. 2. Wskazane złamanie i naruszenie przepisów Pzp spowodowało zatem naruszenie art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2, oraz . art. 7 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona.

III. Złamanie i naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z nie dokonaniem wyboru ofert na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powoduje naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych Określonych w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona, co w konsekwencji powoduje naruszenie przez Zamawiającego art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr. 14, poz. 114, ze zmianami).

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie ciemniejszego odwołania w całości,
- 2) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert z 09.03.2016 r. w związku ze złamaniem przepisów Prawa przez Zamawiającego,
- 3) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego w związku z zaniechaniem i naruszeniem Prawa wskazanym w niniejszym odwołaniu,
- 4) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania,
- 5) przeprowadzenie dowodu z próbek rur, które dyskryminacyjnie wykluczył Zamawiający, pomimo iż produkty te spełniają wszystkie wymagania postawione w SIWZ,
- 6) przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego i/lub producenta rur,
- 7) nakazanie uznania złożonych już wyjaśnień, ewentualnie nakazanie wezwania do dodatkowych Wyjaśnień Odwołującego,
- 8) dokonanie powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem w ocenie oferty Odwołującego,
- 9) dokonanie ponownego wyboru ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 10) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, w świetle wszystkich kryteriów i postanowień SIWZ,
- 11) obciążenie Zamawiającego wszystkimi kosztami postępowania odwoławczego.

Ad. I. Złamanie i naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, którego naruszenie i złamanie przez Zamawiającego spowodowało wykluczenie Odwołującego z postępowania. W konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył ponadto art. 25 ust. 1 a także art. 91 ust. 1. Zamawiający

4

naruszył również art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 3 w zw. z art. 41 oraz w zw. z art. 44 Pzp. Ponadto Zamawiający naruszył art. 30 ust. 1 i art. 30 ust. 2 Pzp. Powyższe, w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych o których mowa w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona.

W przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, z uwagi na fakt, że Zamawiający bezprawnie wykluczył Odwołującego z przedmiotowego postępowania, czym naruszył Pzp w wielu punktach oraz czym naruszył postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Odwołującego, po przeprowadzeniu analizy treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też korespondencji na linii Odwołujący - Zamawiający, a także po przeprowadzeniu wnikliwej analizy, nastąpiło złamanie Prawa przez Zamawiającego, w tym w szczególności naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4, które spowodowało - w ocenie Zamawiającego, wykluczenie Odwołującego z postępowania. Zamawiający złamał art. 24 ust. 2 pkt. 4 uznając, że Odwołujący „nie wykazał spełnienia przez Oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego”.

Zgodnie z SIWZ, rozdział „IV. Określenie przedmiotu zamówienia” Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia:

„1. Przedmiotem zamówienia jest budowa nowych odcinków sieci wodociągowej magistralnej wraz z siecią światłowodową, modernizacją istniejących i budową nowych komór wodomierzowych oraz budową przyłączy elektroenergetycznych do istniejących i projektowanych komór wodomierzowych”

Ponadto opis przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazuje, że przedmiotem zamówienia są w szczególności roboty budowlane (co potwierdzają kody CPV) w tym w głównej mierze rury.

„Rura PE 100 wielowarstwowa RC SDR 11 PN 16

Rura PE 100 wielowarstwowa RC, dwuwarstwowa, obie warstwy wykonane z wzmocnionego polietylenu PE 100 RC molekularnie połączone. Wewnętrzna warstwa czarna, zewnętrzną warstwa 10% grubości ścianki całej rury jako warstwa wskazująca uszkodzenie rury, w kolorze identyfikującym medium z czarnymi paskami identyfikującymi materiał (kolor pomarańczowy-gaz, niebieski-Woda, brązowy-kanalizacja). Wszystkie, średnice rur będące, przedmiotem postępowania przetargowego a służące do przesyłu medium (woda) powinny posiadać 10% warstwę wskaźnikową w kolorze identyfikującym medium. W celu potwierdzenia, że rury spełniają: warunki przedstawione przez

5

Zamawiającego oraz ze względu na zastosowanie alternatywnych metod instalacji rury Warstwowe muszą spełniać następujące wymagania, a tym samym należy dołączyć do oferty:

- Deklaracje Zgodności
- Atest PZH
- Aprobatę techniczną ITB potwierdzającą przydatność w technikach bezwykopowych oraz możliwość montażu bez obsypki i podsypki piaskowej.
- Opinię techniczną GIG-u - warunki stosowania rur na terenach objętych wpływami eksploatacji górniczej do 4 kategorii Włączenie,
- muszą odpowiadać typowi 2 klasyfikacji PAS 1075 i Posiadać potwierdzenie tego faktu certyfikatem wydanym przez niezależny akredytowany instytut (DIN CERTCO lub TUV SUD).
- odporność na powolną propagację pęknięć dostarczonych rur powinna zostać potwierdzona świadectwem odbioru danej partii rur (certyfikat 3.1 - PN EN 10204) wynik testu FNCT> 8760h.

Do każdej, dostarczonej partii towaru wymagany jest certyfikat 3.1 Zamawiający wymaga, aby powyższe dokumenty dostarczyć wraz z ofertą.

Rury wielowarstwowe RC SDR11 PN16 w płaszczu PP lub PE plus z taśmami/drutami detekcyjno - kontrolnymi

Rura rdzeniowa do wody pitnej z PE 100 wielowarstwowa RC. Płaszcz ochronny z polietylenu PEplus lub PP mineralnie wzmocniony. Płaszcz ochronny zamontowany na rurze rdzeniowej zgodnie z zaleceniami instrukcji GW 32 i GW 323 wydanymi przez DVGW.

Rura posiada taśmy (druty) umieszczone na rurze rdzeniowej służące lokalizacji rurociągu zabezpieczone płaszczem z PP mineralnie wzmocnionego lub polietylenu PEplus. W : celu potwierdzenia, że rury spełniają warunki przedstawione przez

Zamawiającego oraz ze względu na zastosowanie alternatywnych metod instalacji rury warstwowe muszą spełniać następujące wymagania, a tym samym należy dołączyć do oferty:

- Deklaracje Zgodności

- Atest PZH

-Aprobata techniczna ITB potwierdzająca przydatność w technikach bezwykopowych oraz możliwość montażu bez obsypki i podsypki piaskowej,

- Opinie techniczna GIG-u - warunki stosowania rur na terenach objętych wpływami eksploatacji górniczej do 4 kategorii włącznie,

- muszą odpowiadać typowi 3 klasyfikacji PAS 1075 i posiadać potwierdzenie tego faktu certyfikatem wydanym przez niezależny akredytowany instytut (DIN CERTCO lub TUVSUD).

- Potwierdzenie ciągłej kontroli jakości - odporność na powolną propagację pęknięć

6

dostarczonych rur powinna zostać potwierdzona świadectwem odbioru danej partii rur (certyfikat 3.1 - PN EN 10204) wynik testu FNCT> 8760h oraz obciążenie punktowe > 8760 h potwierdzony przez niezależny akredytowany instytut.

Do każdej dostarczonej partii towaru wymagany jest certyfikat 3.1 Zamawiający wymaga, aby powyższe dokumenty dostarczyć wraz z ofertą”.

Jednocześnie w ogłoszeniu o zamówieniu numer 184295-2015 z 14.12.2015 r.

Zamawiający zawarł następujące wymagania.

„III. 5 Informacja o dokumentach potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom.

W zakresie potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć:

• Zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym”

Ponadto w opisie przedmiotu zamówienia w pkt. 6 Zamawiający zawarł:

„6. Zamawiający dopuszcza ujęcia w ofercie, a następnie zastosowanie równoważnych materiałów lub urządzeń do tych opisanych w dokumentacji projektowej, w tym przedmiarze robót, za pomocą podania nazwy ich producenta, patentów lub pochodzenia pod warunkiem posiadania przez nie parametrów nie gorszych niż materiały lub urządzenia, które one zastępują. W przypadku, gdy zastosowanie tych materiałów lub urządzeń wymagać będzie zmiany dokumentacji projektowej, koszty tych zmian poniesie Wykonawca. Oznacza to, że Wykonawcy mogą zaproponować inne niż wyszczególnione w dokumentacji rozwiązania z zachowaniem odpowiednich, równoważnych parametrów technicznych dla osiągnięcia oczekiwanej funkcjonalności całego układu, będącego przedmiotem zamówienia. Ponadto winien wykazać w sposób niebudzący wątpliwości, że wskazane rozwiązania są równoważne”

W uzasadnieniu informacji o wykluczeniu z 09.03.2016 r. Zamawiający napisał:

„Wykonawca podlega wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy tj., nie wykazał spełnienia przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Zamawiający w pkt. IV specyfikacji żądał, iż w celu wykazania spełnienia Warunków dotyczących wymagań technicznych przez rury należy dołączyć do oferty, m. in. „Opinię techniczną GIG-u- warunki stosowania rur na terenach objętych wpływami eksploatacji górniczej do 4 kategorii włącznie” oraz „muszą odpowiadać typowi 3 klasyfikacji PAS 1075 i posiadać potwierdzenie tego faktu certyfikatem wydanym przez niezależny akredytowany instytut (DIN CERTCO lub TUV SUD)”. Wymóg ten został potwierdzony także

w odpowiedziach nr 2 z dnia 28 grudnia 2015 r. w odpowiedziach na pytanie nr 14 oraz 15. W złożonej przez Państwa ofercie nie dołączono żadnych dokumentów wymaganych w pkt. IV specyfikacji. Zamawiający pismem z dnia 09 lutego 2016 r. wezwał w trybie art. 26 ust. 3

7

ustawy do uzupełnienia m.in. wymaganej opinii technicznej Głównego Instytutu Górnictwa oraz certyfikatu wydanego przez niezależny akredytowany instytut (DIN CERTCO lub TUV SUD) potwierdzający typ 3 klasyfikacji PAS 1075. W odpowiedzi przesłano opinię techniczną Głównego Instytutu Górnictwa, która dotyczyła rur Gerodur Standard, RCProtect, RCProtect Plus i GEROFIT R oraz w/w certyfikat, który dotyczył rur GEROFIT R (rura nie posiada taśm/drutów detekcyjno - kontrolnych), czyli innych niż wykazano w kosztorysie ofertowym oraz w przedstawionej ofercie wymaganej na wyjaśnienie rażąco niskiej ceny rur, odzie wskazano rury GEROFIT LB, Także wyjaśnienie złożone przez Wykonawcę, w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczy rur GEROFIT LB (nie posiadających opinii technicznej GIG-ul czyli innego rodzaju rur niż przedstawione w opinii Technicznej Głównego Instytutu Górnictwa. W związku z powyższym, Wykonawca nie uzupełnił przedmiotowych dokumentów, a zatem podlega wykluczeniu." oraz „Ponadto oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy. Zamawiający pismem z dnia 09 lutego 2016 r. wezwał do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami m.in. w zakresie wykonania przez podwykonawcę firmę NASUS Sp. z o. o. Sp. k. wszystkich robót, w zakresie wykonania sieci światłowodowej, AKPiA, aktualizacji systemu, kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych oraz osób zdolnych do opracowania i wykonania systemu sterowania PLC i systemu wizualizacji SCADA. W odpowiedzi z dnia 10 lutego 2016r. Wykonawca złożył ogólnikowe wyjaśnienia oraz nie przedstawił dowodów potwierdzających wyliczenia ceny dla zakresy wykonywanego przez podwykonawcę. W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy"

W tym miejscu wskazujemy, i podnosimy ponownie, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, obejmujące w szczególności roboty budowlane w zakresie instalacji rur i rurociągów. Zamawiający w uzasadnieniu dotyczącym wykluczenia w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 napisał, że „opinia techniczna Głównego Instytutu Górnictwa, która dotyczyła rur Gerofit Standard. RCProtect. PCProtech Plus i Gerofit R" oraz „że dołączony certyfikat dotyczy rur Gerofit R tj. rury nie posiadającej taśm/drutów detekcyjno - kontrolnych, czyli innych niż wykazano w kosztorysie ofertowym oraz w przedstawionej ofercie wymaganej na wyjaśnienie rażąco niskiej ceny rur, gdzie wskazano rury Gerofit LB („nie posiadających opinii technicznej GIG-u), czyli innego rodzaju rur, niż przedstawione w opinii Technicznej Głównego Instytutu Górnictwa".

Wskazujemy w tym miejscu na podstawowe naruszenia i zaniechania, jakich dopuścił się Zamawiający:

- a) Zamawiający przyjął, że oferowane rury GEROFIT® nie posiadała opinii GIG-u,
- b) Zamawiający przyjął, że rury GEROFIT® nie posiadają taśm/drutów detekcyjno - kontrolnych.
- c) Zamawiający przyjął, że Wykonawca przyjął inne rury, niż wykazano w kosztorysie

8

ofertowym oraz w przedstawionej ofercie.

Ad. A) Zamawiający myli się, gdyż przedmiot zamówienia obejmują same rury, a nie taśmę/drut detekcyjny, **który jest elementem dodatkowym i nie jest przedmiotem opinii technicznych, czy też zaświadczeń nie zależnego podmiotu, którym nie w rozumieniu Pzp Główny Instytut Górnictwa, który takich zaświadczeń nie wydaje (wydaje tylko opinie techniczne w zakresie dopuszczania do stosowania na terenach objętych wpływami eksploatacji górniczej) Zamawiający mylnie ocenił, że opinia techniczna musi obejmować i rury i taśmę co stanowi podstawowy błąd i uchybienie Zamawiającego.** W ten sposób złamał podstawowe przepisy Pzp określone w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 Pzp, W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający zawarł wyłącznie laiczną informację, jednak nie określił warunków spełnienia warunków określonych w SIWZ w tym zakresie. Dołączona w odpowiedzi na wezwanie dokumentacja przedstawiała jednoznacznie zakres jakościowy całej gamy rur produkcji GEROFIT®, tj. rur produkcji zachodniej, które stosuje się min. w tzw. Zagłębiu Ruhry, na terenach zurbanizowanych i eksploatowanych jeszcze

bardziej, aniżeli terenach objętych przedmiotem zamówienia.

Producent, jak też autoryzowany sprzedawca na Polskę jednoznacznie potwierdził, że producent GERODUR MPM KUNSTSTOFFVERARBEITUNG GMBH & CO. KG spełnia wszystkie wymagania związane z dopuszczeniem do stosowania w budownictwie, ze szczególnym uwzględnieniem rur przewidzianych dla górnictwa. Wykonawca składający ofertę nie pozwolił by sobie. Przy takiej wartości kontraktu na składanie ofert/wyjaśnień z uchybieniami. Stosowne informacje Zamawiający posiada w dokumentacji z postępowania przetargowe, a jeśli - miał lub ma wątpliwości należało dodatkowo zapytać dzisiejszego Odwołującego na etapie postępowania w formie art. 26 ust. 3, celem wyjaśnienia rozbieżności.

Przywołał fragmentu z deklaracji zgodności nr 6 – GERODUR (w ramach wyciągu).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełniono wszystkie wymagane dokumenty, odnoszące się do rur zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia, opisanym za pomocą dokumentacji technicznej. Stanowisko Zamawiającego jest zupełnie sprzeczne za stanem faktycznym. Dołączono również wszystkie wymagane dokumenty jakościowe, które istnieją dla danego zakresu przedmiotu zamówienia. Tym samym jego wyjaśnienia w tym zakresie winny zostać bezwzględnie uznane za wystarczające, dla celu spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Zakładając, że ogłoszenie o zamówieniu było nie precyzyjne, nie należy obarczać Wykonawcy winą za zaniechania Zamawiającego. Odwołujący wnioskuję o przeprowadzenia dowodu z próbek rur oraz do powołania biegłego i/lub producenta rur, celem przedstawienia i wyjaśnienia w tym zakresie, aby w sposób nie budzący wątpliwości, Zamawiający zrozumiał, że przedmiot zaoferowany jest zgodny z wymaganiami SIWZ w całym zakresie. Zupełnie nie rozumialiśmy, że Zamawiający uznał, że GEROFIT LB nie

9

są objęte opinią GIG-u. Opinia GIG-u objęty jest cały system produkcji GEROFIT. Rury GEROFIT zostały już wbudowane min. na terenach objętych realizacją zadań publicznych przez Zamawiającego i są wbudowywane na realizowanych robotach (w okresie 2010-16 r. włącznie).

Nie ma tutaj znaczenia typ rur, określony symbolem LB, gdyż zawierają one już taśmy/druty detekcyjne, co jest przedmiotem zamówienia. Symbolika złożona dotyczy wyłącznie rur produkcji GEROFIT®, które jak wskazano, instalowane są na terenach o większym wpływie eksploatacji górniczej na zachodzie. Konkurencyjne, opisane jednoznacznie rury z opisu przedmiotu zamówienia posiadają wyłącznie te same dokumenty jakościowe, w tym w odniesieniu do opinii technicznej GIG-u.

Podstawowym punktem odniesienia jest rodzaj rury, tj. rury PE 100 GEROFIT®R co jest przedmiotem zamówienia wymienionym w wielu miejscach SIWZ w sposób jednoznaczny. Nazewnictwo handlowe wynika z aspektów określonych przez producenta do czego producentowi zezwala prawo wewnątrzwspólnotowej i certyfikacyjno - notyfikacyjne. Opinią GIG-u objęty jest system rur GEROFIT®. W związku, z powyższym należało bezwzględnie uznać, że przedmiot zamówienia spełnia wymagania SIWZ. Istotne jest również, że system GEROFIT® jest jednym z najbardziej wytrzymałych rur, stosowanych na terenach górniczych W Niemczech, co zostało już potwierdzone znacznie wcześniej, aniżeli rury egeplast.

Na dowód wskazał opinię Instytutu Techniki Budowlanej znak AT-15-7494/2015 z dnia 25.06.2015 r., która przywoływała rury GEROFIT R oraz rury GEROFIT LB.

Wg. Instytutu Techniki Budowlanej, rury GEROFIT®R, które są przedmiotem opinii GIG-u, mogą być produkowane jako GEROFIT®LB tzn. jako rury, w których pomiędzy rurą przewodową PE 100 RC a płaszczem ochronnym z polipropylenu (PP-B) posadowione są dwa lub cztery druty ze stali nierdzewnej służące do lokalizacji przebiegu rurociągu w terenie. Instytut Techniki Budowlanej, który dopuszcza do stosowania w budownictwie materiałów, określił jednoznacznie, jaki jest typ rur, wynikający z przedłożonych dokumentacji. Nie ma znaczenia opis, przyjęty przez GIG, gdyż określa on wyłącznie typ rur. Odwołujący przypomina, że to nie drut/taśma stanowi główny opis przedmiotu zamówienia a rury. Powyższe jest oczywiste, i przesadza o dopuszczeniu do stosowania rur przez GIG.

Tym samym opinia GIG-u obejmuje dokładnie przedmiot zamówienia, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Znaczenia nie ma fakt końcowych członów oznaczeń symbolicznych rur LB czy R, na co zwraca uwagę Instytut Techniki Budowlanej, gdyż różnica jak już wskazano, polega tylko na tym, czy rura zawiera

dotatkowe elementy, służące do lokalizacji przebiegu rurociągu w terenie. Rura GEROFIT®R była przedmiotem opinii jako GEROFIT®LB, tak samo jak cały system rur GEROFIT®. Zupełnie nie rozumieliśmy jest zatem wykluczenie z postępowania, w sytuacji w

10

której Zamawiający otrzymał świadczenie zgodne we wszystkich, nawet najmniejszych aspektach zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Zamawiający nie może po otwarciu ofert żądać spełnienia dodatkowych, sobie tylko znanych warunków, w sytuacji w której żaden producent na rynku nie certyfikuje elementu dodatkowego - druty/taśmy, które jest elementem dodatkowym, uwzględnionym do zamawianego asortymentu - w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe potwierdza producent opisanych rur w opisie przedmiotu zamówienia - na podstawie opinii technicznej GIG-u tj. producent EGEPLAST.

Punktem odniesienia: jest wskazanie rodzaju rur, które spełniają warunki Zamawiającego określone w specyfikacji przetargu. Pomimo iż opis przedmiotu zamówienia wskazywał jednoznacznie na rury produkcji EGEPLAST, stwierdzić należy, że dokumentacja rur GEROFIT®, uzupełniona przez Odwołującego dowodzi spełnienia warunków wszystkim parametrom wymaganym przez Zamawiającego. Rura EGEPLAST analogicznie jest opiniowana przez GIG bez taśmy/drutów detekcyjnych. Nie wolno zatem Zamawiającemu błędnie i mylnie: interpretować, ustalonych przez siebie - w opisie przedmiotu zamówienia warunków. Stanowi to czyn utrudniania uczciwej konkurencji i naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień.

Ad. B) Zamawiający podał, że rury GEROFIT®R nie posiadają taśm/drutów detekcyjno - kontrolnych. Odwołujący wyjaśnia, że przedmiot opinii technicznej Głównego Instytutu Górnictwa, zarówno w odniesieniu do rur opisanych w SIWZ produkcji EGEPLAST jak też w stosunku do rur GEROFIT® jest taki sam, tj. nie obejmuje taśm/ drutów detekcyjno - kontrolnych, które montowane są na zamówienie jako element dodatkowy, nie mający jakiegokolwiek wpływu na przedmiot zamówienia. W uzupełnieniu Odwołujący udowodnił wyraźnie spełnienie wszystkich warunków określonych w SIWZ. Nie mogło być inaczej, czego Zamawiający jest/powinien być świadom. Nie może być sytuacji takiej, że przez zaniechania Zamawiającego, środki publiczne będą zmarnowane, gdyż cena oferty Odwołującego jest tańsza i to znacząco, od ceny oferty wybranej. Różnica w kwocie stanowić winna dla Zamawiającego argument efektywności prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym uznanie, że Odwołujący nie spełnił warunków udziału należy uznać za bezprawne i bezpodstawne, godzące w podstawą zasadę zamówień publiczna opisana w art. 7 Pzp. W takiej sytuacji, w której każde rozwiązanie; czy to wprost narzucone w projekcie czy też proponowane przez Wykonawcę było dokładnie takie same, we wszystkich aspektach, takich jak określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaniechaniem i naruszeniem członków komisji przetargowej jest nie wybranie oferty najkorzystniejszej, w świetle niemal 100% kryterium cenowego. W opinii Odwołującego

11

odpowiedzialni za opisanie przedmiotu zamówienia naruszyli art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przywołał opinię techniczną GIG-u dla rur EGEPLAST numer 238/12 z dnia 30.10.2012 r. W pkt. 1 w zakresie obejmowania opinii wskazano wyraźnie i jednoznacznie, że opinia: dotyczy rur polietylenowych produkcji EGEPLAST international GmbH. Jednocześnie wskazano tam wyraźnie, że rury egeplast SLM mogą być wyposażone w dwie taśmy aluminiowe spiralne nawinięte na rurę wewnętrzną, znajdujące się pod płaszczem z polipropylenu i wówczas posiadają nazwę egeplast SLM DCT. Analogiczna sytuacja jest przy rurach GEROFIT®R, które uzbrojone o dodatkowe taśmy/druty noszą nazwę GEROFIT®LB, co opiniował GIG, w opinii z 2015 r., następnie dopuszczając je do stosowania na obszarach górniczych.

Następnie przywołał zakres obejmowania opinii w stosunku do rur EGEPLAST. Pomijając fakt, że Główny Instytut Górnictwa nie wydawał nigdy zaświadczeń jako podmiot nie zależny w rozumieniu wymienionym w ustawie prawo zamówień publicznych a pominiętym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, a tylko wydawał opinie

techniczną, która ma charakter wyłącznie informacyjny to wskazać należy wyraźnie, że przedmiotem opinii jest sama rura a nie taśmy aluminiowe/ druty detekcyjno kontrolne, które są dodatkowo nakładane. Powyższe jest potwierdzone już kolejny raz, co stanowi, że naruszono określone kryterium postępowania i winno być z urzędu naprawione przez Zamawiającego.

Odwolujący wskazał zatem, że czynność Zamawiającego, zawarta m.in. w uzasadnieniu wykluczenia dokonana została z naruszeniem prawa jest sprzeczna, ze stanem faktycznym, gdyż Zamawiający wskazał tam, min. jeden z powodów wykluczenia - brak objęcia badaniem taśmy/drutów, które nie są przedmiotem jakiejkolwiek opinii technicznej żadnego producenta! Producent egeplast wyraźnie wskazał, że rury mogą być wyposażone w dwie taśmy zamocowane do rury w jakikolwiek sposób (wewnętrznie lub zewnętrznie), co spełnia swoją funkcję, z punktu widzenia celu, jakiemu ma służyć. Taką samą sytuacją jest z rurami GEROFIT®, w tym wyposażonymi w niezbędne taśmy/druty.

Tym samym Zamawiający naruszył prawo, co miało istotny wpływ na wynik postępowania i co w konsekwencji stanowi o wadliwej czynności Zamawiającego, limitującej powzięcie następnych decyzji z naruszeniem prawa, tj. wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4, W konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył ponadto art. 25 ust. 1 (jak wskazano powyżej), a także art. 91 ust. 1 (poprzez nie dokonanie oceny na podstawie przyjętych kryteriów). Zamawiający naruszył również art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 3 (poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję) w zw. z art. 41 oraz w zw. z art. 44 Pzp (Art. 44. Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający

12

żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty). Ponadto Zamawiający naruszył art. 30 ust. 1 i art. 30 ust. 2 Pzp. Powyższe, w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1. art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 Pzp i jest przedmiotem roszczenia Odwołującego, który winien być wybrany do realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z SIWZ.

Zaoferowane rury, produkcji GEROFIT® są zgodne z wszystkimi postanowieniami SIWZ, stąd wnosimy o ich porównanie na etapie otwarcia posiedzenia i rozprawy przez KIO. Zamawiający wskazał, że rury GEROFIT® nie zawierają taśm/drutów detekcyjnych co stoi w zupełnej sprzeczności ze stanem faktycznym w sytuacji gdy końcowy człon nazwy produktu zależny jest od rodzaju zastosowanego wykończenia, nie mającego żadnego wpływu na opinie techniczna Głównego Instytutu Górnictwa. Żadna z rur na rynku, które są badane, nie posiada samej i wyłącznej opinii dotyczącej taśm/drutów, które stanowią element dodatkowy, nie podlegający opinii. Ani opisana wprost w specyfikacji ani rury zaoferowane przez Wykonawcę, notabene jako jedyne, spełniające wszystkie warunki postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taśmy/drut detekcyjny stanowią element wytwarzany na zamówienie, przedstawiony przez Wykonawcę, i oferowane były przez Odwołującego na etapie postępowania przetargowego. To na: etapie wykonawczym Zamawiający decyduje o sposobie wykończenia: rury co do sposobu detekcyjnego.

Zamawiający na ruszył tym samym podstawowe zasady równego traktowania Wykonawców, o czym mowa w art. 7 Pzp oraz w sentencji niniejszego odwołania.

Powyższe stanowi również naruszenie art. 29 ust. 3 Pzp. W związku z tym, że Zamawiający wskazał z nazwy producentów bez jednoznacznego wskazania w SIWZ/przedmiarze robót iż dopuszcza inne produkty o zbieżnych parametrach technicznych/cechach funkcjonalnych. Zamawiający w przypadku posłużenia się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem (których użycie - co dc zasady - jest zakazane, ich wskazanie jest wyjątkiem od reguły), zobowiązany był do zastosowania w opisie wyrazów "lub równoważny", czego nie uczynił. Przedmiot: namówienia: oferowany przez Wykonawcę spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, jest zgodny z SIWZ

W sytuacji, w której przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane, w takim stanie faktycznym, jaki ma miejsce, tzn. że rury GEROFIT® spełniają wszystkie parametry określone w SIWZ, tym bardziej gdzie odniesieniem są dokumenty jakościowe EGEPLAST, sytuacja wykluczenia Odwołującego, jest co najmniej sprzeczna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, 7 ust. 2 i 7 ust. 3 Pzp. tym bardziej że obydwie rury mają te same dokumenty jakościowe. Warto nadmienić, że to rury GEROFIT® posiadające wszystkie dokumenty, produkowane są dłużej

Zamawiającego poprzez nie dookreślenie w ogłoszeniu jakich dokumentów Zamawiający oczekuje. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp obligatoryjnym elementem SIWZ jest m.in. informacja na temat warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z treści art. 41 pkt 7 Pzp wynika, iż w przetargu nieograniczonym ogłoszenie musi Zawierać m.in. informację o warunkach udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W treści art. 41 pkt 7 Pzp nie wskazano, tak jak w art. 36 Pzp, iż obligatoryjnym elementem jest także wykaz dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków. W praktyce przyjmuje się, iż obowiązek wskazania katalogu przywołanych dokumentów wynika z opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, co potwierdzają formularze ogłoszeń stanowiących załączniki do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Nie dookreślenie w ogłoszeniu ww. wymagań spowodowało w konsekwencji naruszenie podstawowych warunków, udzielania zamówień, o czym mowa w ustawie a Wykonawca, jako beneficjent specyfikacji Istotnych warunków zamówienia, sporządzonej przez Zamawiającego, nie może ponosić negatywnych jej konsekwencji, bo stanowiło by to utrudnianie uczciwej konkurencji i złamanie podstawowych zasad Zamówień, przewidzianych w Unii Europejskiej.

II. Złamanie i naruszenie art. 90 ust. 3, którego naruszenie i złamanie przez Zamawiającego nastąpiło w związku z uznaniem oferty za odrzuconą, wskutek uznania, że cena oferty zawiera rażąco niską cenę. W konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył ponadto art. 90 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt. 2, Wskazane złamanie i naruszenie przepisów Pzp spowodowało zatem naruszenie art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2, oraz art. 7 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona.

Zamawiający uznał, że Odwołujący złożył ofertę, która zawiera rażąco niską cenę, w stosunku o przedmiotu zamówienia, nie uznając szczegółowych wyjaśnień i dowodów, jakie przedłożył Wykonawca. Odwołujący wskazał na złożone wyjaśnienia, które muszą zostać jeszcze raz przeanalizowane, bo w ocenie Odwołującego są zarówno szczegółowe jak też wyczerpują sentencję związaną z rażąco niską ceną.

Dodatkowo, na wstępie wyjaśnia się, że Zamawiający nie miał faktycznych podstaw do wezwania do wyjaśnień Wykonawcy, czyniąc zarzut rażąco niskiej ceny. Cena oferty nie odbiegała o ponad 30% wartości przedmiotu zamówienia. Tak samo nie zaistniała żadna inna przesłanka aby wszcząć taką procedurę.

Odwołujący wyjaśnił:

„1) Oświadczamy, iż nasza oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bowiem została skalkulowana w sposób prawidłowy i realny. Ponadto nasza cena jest skalkulowana precyzyjnie oraz uwzględnia cały zakres przedmiotu zamówienia. Mamy świadomość zakresu i złożoności zadania. Co więcej nie dawno zakończyliśmy z powodzeniem porównywalne zadanie realizowane dla Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Olszynie pn.: Zaopatrzenie w wodę mieszkańców gmin: Olszyna, Bukowno, Bolesław, Klucze po likwidacji ujęcia wody w kopalni ZGH Bolesław S.A. w Bukownie w formule „zaprojektuj i buduj” gdzie do wykonania był również wodociąg w zakresie wielu średnic (fi40-630) wraz z siecią światłowodową, elektryczną i wykonaniem nowych studni głębinowych. Zadanie to przedstawiliśmy w wykazie robót i załączyliśmy poświadczenie z dokładnym zakresem i potwierdzeniem prawidłowego wykonania i terminowego ukończenia”.

Ponadto Wykonawca doprecyzował:

„Naszym zdaniem w przypadku naszej oferty nie może być mowy o rażąco niskiej cenie szczególnie, że sam Zamawiający podał w piśmie z dnia 09.02.2016r że nasza oferta jest niższą o około 20% od wartości zamówienia chociaż na otwarciu ofert podał wartość

zamówienia 8mln zł netto co daje dokładnie 10,85% a nie 20%, Widać wyraźnie że nie mamy ceny niższej o 30% od wartości zamówienia oraz od średniej arytmetycznej Wszystkich złożonych ofert (14,05%) zgodnie z art. 90 ust. 1 co bezspornie potwierdza prawidłowość wyliczenia naszej ceny ofertowej. Przy tym należy podkreślić że nasza oferta jako jedyna mieści się w wartości zamówienia przekazanej przez Zamawiającego. Pozostałe oferty miały kwoty przewyższające i nie mieszczące się w kwocie jaka Zamawiający chce przeznaczyć na to zadanie.”.

Odwolujący wskazał wyraźnie na fakty a nie na nie pokrywające się wywody, że cena oferty została skalkulowana poprawnie, dołączając do tego stosowne dowody w postaci wyliczeń i innych dokumentów.

Wskazał również orzecznictwo KIO, w zakresie rażąco niskiej ceny.

„W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, Znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi (w tym wypadku robót budowlanych – dopisek autora). Klasyfikując ofertę, jako ofertę z rażąco niską ceną, należy wziąć pod uwagę takie okoliczności jak:

- 1) wyraźne przekroczenie dolnego progu cen na zamówienie tego samego rodzaju;
- 2) znaczne dysproporcje w stosunku do:
 - a) wartości całego przedmiotu zamówienia,
 - b) wysokości cen rynkowych,
 - c) cen przedstawionych w ofertach innych wykonawców;

15

3) oczywisty brak ekwiwalentności w stosunku do przedmiotu zamówienia sugerujący wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia” (por. KIO/UZP 684/09; wyrok KIO z 1 lipca 2013 r. KIO 1428/13; wyrok KIO z 7 lipca 2014 roku). Z kolei wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1567/13, wskazuje, iż „dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe Wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę”.

Wykazano wyraźnie zatem, że cena nie odbiega od wartości innych ofert a także nie ma znamion ceny rażąco niskiej, dumpingowej czy też stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, wskazując również inne aspekty, związane ze specyfiką zamówień na roboty kanalizacyjne:

„Ponadto na innych podobnych przetargach w Polsce, w branży wodno-kanalizacyjnej, wskaźnik wysokości ofert do kosztorysu inwestorskiego oscyluje obecnie na poziomie około. 2.5 - 40%. Na rynku wodno-kanalizacyjnym bardzo często występują sytuacje, gdzie cena najkorzystniejszej oferty jest znacznie niższa niż wartość kosztorysu inwestorskiego danego przedmiotu zamówienia. Dla przykładu:

1. Zamawiający Gmina Andrychów - zadanie; „Kontrakt VIII - Sułkowice - budowa kanalizacji sanitarnej” - wartość kosztorysu inwestorskiego - 24 670 886,78zł brutto - wartość najkorzystniejszej oferty - 8 870 000,00zł brutto (około 36% koszt. Inwestorskiego).
2. Zamawiający Chorzowsko-Świętochłowickie Przedsiębiorstwo. Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. - zadanie: „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w rejonie ul. Wschodniej i Świerkowej w Chorzowie - Etap I” - wartość kosztorysu inwestorskiego i 191 847,13zł brutto - wartość najkorzystniejszej oferty - 295 002,3zł brutto (około 24% koszt. Inwestorskiego).
3. Zamawiający Wodociągi Olkusz — zadanie: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej i Sieci wodociągowej na terenie miasta Olkusz W5 - część III” - wartość kosztorysu inwestorskiego - 16 748 788,76zł brutto. - wartość najkorzystniejszej oferty - 6 512 194,82zł brutto, (około 38% koszt. Inwestorskiego).
4. Zamawiający Gmina Mucharz - zadanie; „Budowa sieci wodociągowej we wsi Koziniec” - wartość kosztorysu inwestorskiego - 11 500 000,00zł brutto - wartość najkorzystniejszej oferty - 3 839 957,71zł brutto, (około 33% koszt. Inwestorskiego).
5. Zamawiający Gmina Pilzno - zadanie: „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Slotowa - wartość kosztorysu inwestorskiego - 6 144 096,zł brutto - wartość najkorzystniejszej oferty - 1 843 706,04zł brutto, (około 30% koszt. Inwestorskiego),
6. Zamawiający Gmina Pilzno - zadanie: „Budowa sieci wodociągowej w miejscowościach Gołęczyna, Jaworze Górne, Jaworze Dolne” - wartość kosztorysu inwestorskiego - 5 757

Inwestorskiego).

7. Zamawiający Gmina Swarzędz - zadanie: Kanalizacja obszaru parku krajobrazowego puszcza Zielonka i okolic. - Kontrakt VII - wartość kosztorysu inwestorskiego - 40 875 886zł brutto - wartość najkorzystniejszej oferty - 17 490 810 zł brutto, (około 42% koszt.

Inwestorskiego).

Wyżej wymienione przykłady również wskazują na fakt iż nasza cena jest oszacowana wiarygodnie ponieważ jest zbliżna zarówno z wartością Zamawiającego jak i innymi ofertami Wykonawców."

Wykonawca wykazał zatem, że jako podmiot niezwykle doświadczony, świadomie kalkuluje ceny swoich ofert, realizując wszystkie zobowiązania zgodnie z zawartymi umowami w sprawie zamówienia publicznego.

Wykonawca uzupełnił poglądy i wyjaśnienia o dodatkowa doktrynę, wobec czego niezrozumiałym jest, na mocy doktryny Krajowej Izby Odwoławczej, której Odwołujący nie chce przytaczać, jako elementu ogólnie znanego.

„Poza powyższym, próby zdefiniowania rażąco niskiej ceny były podejmowane w orzecznictwie sądów powszechnych. Zgodnie z wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08, „o cenie rażąco niskiej można, mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Przez rażąco niską cenę należy rozumieć taką cenę, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych Ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Wykonawca oświadczył również, że:

„Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że żadna z przesłanek, która pozwoliłaby uznać zaoferowaną przez Wykonawcę cenę za rażąco niską nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu. Wykonawca, po dokonaniu stosownych obliczeń, zaoferował wykonanie zadania za cenę kosztorysową w wysokości 7 132 182,05 zł netto, uwzględniając jednocześnie zysk z realizacji przez siebie zamówienia. Porównanie ceny oferty Wykonawcy do cen ofert innych wykonawców wskazuje, iż inni wykonawcy kalkulowali cenę na podobnym poziomie. Dodatkowo zadeklarowaliśmy okres gwarancji i rękojmi - 78 miesięcy co również potwierdza świadomość zakresu prac oraz realności ceny.

Pragniemy zaznaczyć, że, jako firma z dużym doświadczeniem i wieloletnim stażem w wykonywaniu sieci wodno-kanalizacyjnych, drogowym oraz ogólnobudowlanym mamy bardzo duże upusty na materiały budowlane, szczególnie że równocześnie realizujemy inne podobne Kontrakty co znacząco wpływa na wielkość upustów od Producentów / Dostawców niezbędnych materiałów. Geny te znacząco odbiegają od cen z opracowań

wykorzystywanych do sporządzania kosztorysów inwestorskich takich jak Sekocenbud. Zaoferowana przez nas cena jest podparta atrakcyjnymi ofertami na materiały od dostawców m.in: rura PE, armatura żeliwna oraz innych niezbędnych materiałów. Ceny te. Wyraźnie wskazują na dowód oszczędności metody wykonania zamówienia. Rocznie składamy około trzystu ofert na wykonanie sieci wodno-kanalizacyjnych oraz robót, drogowych w większości na terenie województwa małopolskiego i śląskiego. Dzięki licznemu ofertowaniu i udziałach w przetargach jesteśmy świadomi cen rynkowych jakie panują na terenie woj. śląskiego oraz innych województw. Ponadto jesteśmy uznanym Wykonawcą na rynku polskim, posiadamy bardzo dużo referencji potwierdzających należyte, prawidłowe oraz terminowe wykonanie Kontraktów i nie zamierzamy wykonywać robót poniżej opłacalności."

W odniesieniu do stawek wynikających z przepisów właściwych o wynagrodzeniu, Wykonawca wyjaśnił, przedstawiając dowód w postaci obliczeń: „Również stawka roboczegodziny jest przyjęta prawidłowo. Wyjaśniamy, iż kalkulacja ceny ofertowej uwzględnia wartość kosztów pracy w kwotach przewyższających minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Przyjęta przez nas stawka 8,60 zł jest wartością netto

która wraz z kosztami pośrednimi firmy w zakresie tego zadania tj. 55% zapewniają w pełni zapisy ustawy w kwestii minimalnego wynagrodzenia.

Przyjmując następujące dane:

- minimalne wynagrodzenie 2016 - 1850,00 zł brutto

Z czego wynagrodzenie netto - 1355,69zł

ZUS (składki emerytalne) - 180,56zł

ZUS (składki rentowe) - 27,75zł

ZUS (ubezpieczenie zdrowotnej - 143,67zł

US (podatek) – 97,00zł

Dodatkowo:

Pośrednie koszty pracodawcy:

ZUS (składki emerytalne) - 180,56zł

ZUS (składki rentowe) - 120,25zł

ZUS (składki wypadkowe) - 19,06zł

ZUS (Fundusz Pracy) - 45,33zł

ZUS (FGŚP) - 1,85zł

Przyjmując 168 godzin pracy w jednym miesiącu wychodzi nam następująco:

Stawka roboczogodziny - 8,07zł

koszty podatku i ubezpieczeń dają 5,12zł do roboczogodziny co daje nam $8,07 + 5,12 = 13,19$ zł

Natomiast w naszej ofercie przedstawia się to następująco:

18

Stawka roboczogodziny - 8,60zł

Wszystkie koszty pośrednie - 4,73zł do roboczogodziny

co daje nam

$8,60 + 4,73 = 13,33$ zł

Jak widać wyżej potwierdzamy realność wykonania zamówienia przy przyjętej kalkulacji kosztów wynagrodzenia i oświadczamy, że cena uwzględnia wynagrodzenie wypłacane pracownikom, koszty obciążeń wynikających z konieczności odprowadzenia składek ZUS oraz koszty wynikające z konieczności zapewnienia przez Pracodawcę przepisów BHP, w: tym odzieży ochronnej."

„Należy wskazać, że wybór metody kalkulacji stawki koszty robocizny zależy od uznania przedsiębiorcy oraz od posiadanych informacji dotyczących charakteru składników, które powinien przyjąć do kalkulacji kosztów robocizny. Nigdy nie było takiej sytuacji w historii działalności spółki, aby wynagrodzenie jakiegokolwiek pracownika nie zostały zaspokojone w całości, czy w części, nie było też takiej sytuacji, aby wypłata wynagrodzeń następowała nieterminowo. Dotyczy to również zobowiązań publicznoprawnych z tytułu PU od pracowników czy ZUS. Firma posiadając od lat ugruntowaną politykę zatrudnienia posiada pełną Wiedzę dotyczącą wysokości i charakteru ewentualnych składników kosztów pracy (dot. Płac uzupełniających, odpisu na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych (w spółce brak), płac dodatkowych i uzupełniających) i z tych względów podana w kosztorysie ofertowym wartość kosztów pracy nie jest ani przeszacowana ani nie jest niedoszacowana i jest wyższa od wątpliwości obowiązującej płacy minimalnej.”

Ponadto wskazał, że umowa o pracę nie jest jedyną dopuszczalną i przewidzianą przez nas podstawą wykonywania pracy przy realizacji zamówienia. Podkreślił, iż w naszej ofercie wskazaliśmy, że następujące części zadania zamierzamy powierzyć podwykonawcom: sieci wodociągowe, części robót bezwykopowych roboty związane z AKPIA, części robót podstawowych. Takie rozwiązanie pozwala nam na skalkulowanie stawki roboczogodziny na poziomie 8,60 zł netto, gdyż na podstawie zawartych umów z podwykonawcami rozliczamy się obmiarowo za wykonane prace (np. cena za metr wykonanej roboty). Dodatkowo podkreślił, że brak jest w przepisach ustawy Pzp przepisu pozwalającego odrzucić ofertę wykonawcy w przypadku, gdy kalkulacja kosztów pracy wykazuje, że koszty pracy są niższe niż wynikające z Przepisów o minimalnym wynagrodzeniu.

Stwierdził nadto: „Co więcej należy wziąć pod uwagę zapisy pkt. VI SIWZ „opis sposobu obliczenia ceny. za przedmiot przetarg”. Zamawiający wyraźnie wskazał że najważniejsza W Wycenie jest cena jednostkowa a nie składniki tej ceny takie jak Robocizna Materiały Sprzęt. W pkt. VI ppkt 1. wpisał „W cenie jednostkowej i cenie umieszczonej przy

niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to koszty bezpośrednie, w tym:

- koszty wszelkiej robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od plac,
- koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty dostarczenia materiałów z miejsca ich zakupu – bezpośrednio na stanowiska robocze lub na miejsca składowania na placu budowy,
- koszty stosowania wszelkiego sprzętu budowlanego, niezbędnego do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty sprowadzenia sprzętu na plac budowy, jego montażu i demontażu po zakończeniu robót. Biorąc pod uwagę powyższe prawidłowo sporządziliśmy ofertę.

Nie bez wpływu na naszą cenę wykonania przedmiotu zamówienia pozostaje fakt, iż Wykonawca posiada duże doświadczenie w branży budowlanej, w szczególności obejmującej roboty budowlane z zakresu gospodarki wodno-ściekowej. Koszty wykonania niniejszego zamówienia zostały skalkulowane w oparciu o innowacyjną politykę Wykonawcy w Zakresie kalkulowania marży i znajomość wydatków w przypadku porównywalnych zamówień. Wykonawca wskazuje, iż ceny zaoferowane przez niego w przedmiotowym postępowaniu są porównywalne z cenami zaoferowanymi w innych postępowaniach przetargowych (oparte na podobnych wskaźnikach cenotwórczych), dotyczących budowy sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej. Dodatkowo Wykonawca pragnie zaznaczyć, że zatrudniani pracownicy posiadają odpowiednie kwalifikacje do wykonania przedmiotu zamówienia.

Wykonawca nie neguje przysługującego Zamawiającemu prawa wezwania do złożenia wyjaśnień uzasadniających przedstawienie ceny stosunkowo niskiej względem wartości przedmiotu zamówienia. Pragnie jedynie podkreślić, iż w zaistniałym stanie faktycznym wszelkie przedstawione w ofercie wyliczenia są zgodne z rzeczywistością i nie mają na celu zaniżenia kosztów. Relatywnie niska cena wiąże się z zastosowaniem przez Wykonawcę oszczędnych metod wykonania prac, uzyskaniem korzystnych cen zakupu materiałów także niskim, ale zgodnym z przepisami dotyczącymi płacy minimalnej, wynagrodzeniem pracowników Wykonawcy.

Ponadto, ustalając cenę przetargową Wykonawca bardzo dokładnie analizuje warunki, w jakich będzie wykonywane dane zamówienie (w tym przypadku wodociąg i kanalizacja sanitarna), biorąc pod uwagę różne aspekty realizacji zadania, m.in. głębokość ułożenia rurociągów, warunki gruntowo-wodne, obszar, na którym będzie wykonywana sieć (miasto czy wieś, drogi utwardzone czy tereny zielone), gęstość zaludnienia na danym obszarze, średnice rurociągów, rodzaj wykonywanych sieci (wodociąg, kanalizacja grawitacyjna czy tłoczna). Analizując wszystkie te aspekty Wykonawca porównuje je z warunkami w jakich

wykonuje bądź wykonywał inne podobne projekty. Na tej podstawie określa on wydajności jego brygad na poszczególnych odcinkach, które z kolei pozwalają mu wyliczyć koszty pracy ludzi i sprzętu. Materiały wylicza w Oparciu o Projekt i Specyfikację Techniczną.

Z powyższego wynika więc, że kalkulacja ceny ofertowej została przeprowadzona metodą inżynierską w oparciu o wiedzę techniczną, doświadczenie, projekt budowlany oraz specyfikację techniczną. Wykonawca podaje ponadto, że dysponowanie sprawną organizacją oraz prowadzeniem od lat polityki zarządzania ryzykiem na projektach - zarówno na etapie oferowania jak i realizacji - pozwoliło mu na tym zamówieniu zidentyfikować potencjalnie występujące ryzyka i je wyeliminować lub ograniczyć przy pomocy innych metod niż wzrost ceny dla tego zamówienia. Prowadząc przez cały czas proces doskonalenia zarządzania przedsiębiorstwem, Wykonawca wypracował skuteczny model minimalnych kosztów zarządu; co również zostało uwzględnione przy opracowywaniu oferty.

Podsumowując, powyższe dowody i oświadczenia niezaprzeczalnie oraz bezsprzecznie potwierdzają poprawnie, precyzyjnie, profesjonalnie i należyście wyliczoną cenę ofertową i należy stwierdzić, że nie jest to rażąco niska cena, a jedynie bardzo duże doświadczenie jakie można nabyć tylko, w wieloletniej pracy w przedmiotowej dziedzinie”.

W związku z powyższym, zarzut rażąco niskiej ceny nie znajduje uzasadnienia ani w faktach, ani w dowodach, ani też w wyliczeniach czy też udowodnionym doświadczeniu. Tym samym zarzut podlega oddaleniu, jako sprzeczny ze stanem faktycznym, co też Wykonawca uczynił, nie znając jednak faktycznych i prawnych argumentów dokonanej czynności, gdyż te zawarte w wynikach postępowania są mocno iluzoryczne i wątpliwe.

Przytoczył stanowisko Izba zgodnie z którym:

- badając, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, należy brać pod uwagę cenę całej oferty, a nie ceny jednostkowe, czy też ceny za poszczególne części przedmiotu zamówienia,
- płaca minimalna, wyznaczona zgodnie z odpowiednimi przepisami, nie może być brana pod uwagę przy ocenie, czy oferta zawiera cenę rażąco niską,
- cenę oferty należy odnieść do wartości zamówienia, ale pod warunkiem, że wartość ta została wyznaczona należycie.

Ponadto, należy jednocześnie zgodzić się z ugruntowanym już stanowiskiem orzecznictwa, że oceniając czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej należy brać pod uwagę ceny całkowite oferty, a nie ceny jednostkowe ofert za wyrokiem KIO o sygn. akt: KIO/UZP 109/09. Tym samym nie było podstaw, do wzywania, że cena oferty jest rażąco niska, tym bardziej w zakresie podwykonawstwa. W stosunku do całej oferty jak też innych ofert oraz do wartości zamówienia, cena została oszacowana należycie, nie powinno być jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie. Nadto Odwołujący powołał się na wyroki KIO o sygn. akt: KIO/UZP 860/08, sygn. akt: KIO/UZP 1511/08, sygn. akt: KIO/UZP 131/09.

21

W odniesieniu do zarzutu, dotyczącego rażąco niskiej ceny, zawartej w niektórych pozycjach kosztorysowych. Izba uznała, że w świetle art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zarzut ten może być rozpatrywany w odniesieniu do całkowitej ceny oferty za przedmiot zamówienia, Zamawiający nie może odrzucić oferty odnosząc zarzut rażąco niskiej ceny wyłącznie do części zamówienia. Stanowisko takie znajduje wyraz zarówno w dotychczasowym orzecznictwie sądów okręgowych. W szczególności należy wskazać na postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt II Ca 2194/05, oraz wyrok SO w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r. sygn. akt II Ca 425/04. Zamawiający winien uznać ofertę jako najkorzystniejszą, tym bardziej że jako jedyna oferta, mieści się w środkach, przeznaczonych na realizację zamówienia i nie narusza budżetu Zamawiającego, tak samo jak pozwala na zrealizowanie choćby zamówień dodatkowych w sposób jeszcze bardziej efektywny, aniżeli przy wyborze oferty za cenę o około 1 mln. wyższą.

III. Zamanie i naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z nie dokonaniem wyboru ofert na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powoduje naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3, co w konsekwencji powoduje naruszenie przez Zamawiającego art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr. 14, poz. 114, ze zmianami).

Na podstawie przytoczonych faktów, w związku z naruszeniem ustawy Pzp, które miało miejsce, i które wskazano w pkt. I i pkt. II, potwierdza się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z nie dokonaniem wyboru na podstawie kryteriów określonych w SIWZ, wypełniając tym samym przesłankę art. 7 (ust. 1, ust. 2 oraz ust.3) a w konsekwencji zarzut określony w art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Takim działaniem Zamawiający z góry zaprzecza podstawowym przepisom ustawy nie tylko Pzp, ale również wypełnia przesłanki o których mowa w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, czy też korekty finansowej, jaką mogą nałożyć instytucje do tego przewidziane jak też instytucje obrachunkowo - nadzorcze, wraz z unieważnieniem umowy, o którym mowa w art. 146 Pzp.

Zamawiający w dniu 15.03.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.03.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) P.H.U. Technika Grzewcza i Sanitarna A. D. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu

22

W dniu 21.03.2016 r. (e-mailem) Przystępujący wniósł pismo procesowe zawierające swoje stanowisko w sprawie. Wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia pisma procesowego została przekazana stronom na posiedzeniu.

W dniu 23.03.2016 r. (e-mailem), a 24.03.2016 r. (wpływ bezpośredni – na posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a oferta została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia z 14.12.2015 r., postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania Nr 2, 14 i 15 /pismo z 28.12.2015 r./, oferty Odwołującego, wezwania z 09.02.2016 r. w trybie art. 26 ust.3 Pzp oraz art. 90 ust.1 Pzp, odpowiedzi Odwołującego na wezwanie z 10.02.2016 r. wraz z załącznikami (łącznie 143 strony), jak i zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty z 09.03.2016 r.

Izba uznała jako dowody złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem załączniki:

- 1) kopie Opinii Technicznej GIG-u z 09.12.2008 r. dotyczącą spełnienia warunków stosowania rur oraz kształtek segmentowych formy Gerodur na terenach objętych wpływami eksploatacji górniczej (zwana dalej: „Opinią Techniczną GIG-u z 2008 r.”);
- 2) kopie Opinii Technicznej Nr 238/12 GIG-u z 30.10.2012 r. dotyczącą możliwości stosowania na terenach górniczych rur polietylenowych egeplast 9010 RC plus, egeplast SLM, egeplast SLA (zwana dalej: „Opinią Techniczną Nr 238/12 GIG-u z 2012 r.”);
- 3) kopie Deklaracji Zgodności Producenta Gerodur z 16.07.2015 r.;
- 4) kopie Aprobaty Technicznej ITB AT-15-7494/2015.

23

Dodatkowo, Izba uznała, jako dowody złożone przez Odwołującego wraz z pisemnymi wyjaśnieniami z 23.03.2016 r. na posiedzeniu i rozprawie:

- 1) pismo z 14.03.2016 r. Radek Sp. z o.o. do GIG-u;
- 2) pismo z 15.03.2016 r. GIG-u stanowiące odpowiedź.

Uznano także, jako dowody w sprawie następujące załączniki do odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego na posiedzeniu i rozprawie:

- 1) pismo Zamawiającego z 02.03.2016 r. skierowane do Radek Sp. z o.o.;
- 2) pismo z 08.03.2016 r. Radek Sp. z o.o. skierowane do Zamawiającego /odpowiedź/;
- 3) pismo z 07.03.2016 r. GIG-u skierowane do Radek Sp. z o.o.;
- 4) Aneks Nr 1 do Opinii Technicznej GIG-u z 09.12.2008 r. (Opinia Techniczną GIG-u z 2008 r. zaliczona w ramach załącznika do odwołania – podobnie Opinią Techniczną Nr 238/12 GIG-u z 2012 r.);
- 5) kopia Certyfikatu DIN CERTCO z 21.08.2012 r. wraz z załącznikiem w j. niemieckim wraz z tłumaczeniem na j. polski;
- 6) pismo Zamawiającego z 09.03.2016 r. skierowane do GIG-u;
- 7) pismo z 16.03.2016 r. GIG-u skierowane do Zamawiającego /odpowiedź na pismo z 09.03.2016 r./.

Izba nie uznała jako dowodu w sprawie załącznika z odpowiedzi na odwołanie - kopii Certyfikatu DIN CERTCO z 06.11.2009 r. /w j. niemieckim/ z uwagi na brak tłumaczenia na j. polski. /wymóg złożenia tłumaczenia - § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań

(t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964)/

Przedstawione wraz z pismem procesowym Przystępującego załączniki nie zostały uznane jako dowody w sprawie z uwagi na ich załączenie wraz z odwołaniem oraz w odpowiedzi na odwołanie /Opinia Techniczną GIG-u z 2008 r. ; Aneks Nr 1 do Opinii Technicznej GIG-u z 09.12.2008 r. oraz Opinia Techniczna Nr 238/12 GIG-u z 2012 r./.

Izba uznała także, jako dowód w sprawie złożone przez Przystępującego na rozprawie – pismo z 22.03.2016 r. NASUS Sp. z o.o. Sp.k. skierowane do Przystępującego wraz z wydrukiem KRS-u z 23.03.2016 r. oraz kosztorysem ofertowym NASUS Sp. z o.o. Sp.k. z 29.12.2015 r. Odwołujący potwierdził podczas rozprawy, że otrzymał niniejszy kosztorys ofertowy NASUS Sp. z o.o. Sp.k. z 29.12.2015 r. złożony na rozprawie jako dowód przez Przystępującego – Izba uznała to jako przyznanie – art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego oraz pisemne wyjaśnienia Odwołującego złożone na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

24

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

[Zarzuty Odwołującego zawarte w odwołaniu]

I. Złamanie i naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, którego naruszenie i złamanie przez Zamawiającego spowodowało wykluczenie Odwołującego z postępowania. W konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył ponadto art. 25 ust. 1 a także art. 91 ust. 1. Zamawiający naruszył również art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 3 w zw. z art. 41 oraz w zw. z art. 44 Pzp. Ponadto Zamawiający naruszył art. 30 ust. 1 i art. 30 ust. 2 Pzp. Powyższe, w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych o których mowa w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona.

W tym zakresie znajduje się dodatkowo w treści odwołania zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, art. 41 pkt 7 Pzp.

II. Złamanie i naruszenie art. 90 ust. 3, którego naruszenie i złamanie przez Zamawiającego nastąpiło w związku z uznaniem oferty za odrzuconą, wskutek uznania, że cena oferty zawiera rażąco niską cenę. W konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył ponadto art. 90 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt. 2. Wskazane złamanie i naruszenie przepisów Pzp spowodowało zatem naruszenie art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2, oraz art. 7 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona.

III. Złamanie i naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z nie dokonaniem wyboru ofert na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powoduje naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych Określonych w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona, co w konsekwencji powoduje naruszenie przez Zamawiającego art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr. 14, poz. 114, ze zmianami).

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z wezwania z 09.02.2016 r., jak i odpowiedzi Odwołującego na wezwanie z 10.02.2016 r.

25

wraz z załącznikami (łącznie 143 trony) oraz z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i dowodów złożonych na rozprawie przez Przystępującego. W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów z pkt I.) złamanie i naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, którego naruszenie i złamanie przez Zamawiającego spowodowało wykluczenie Odwołującego z postępowania. W konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył ponadto art. 25 ust. 1 a także art. 91 ust. 1. Zamawiający naruszył również art. 29 ust. 1 oraz art. 29 ust. 3 w zw. z art. 41 oraz w zw. z art. 44 Pzp. Ponadto Zamawiający naruszył art. 30 ust. 1 i art. 30 ust. 2 Pzp. Powyższe, w konsekwencji doprowadziło do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych o których mowa w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona – Izba uznaje generalnie powyższe zarzuty za chybione i podlegające oddaleniu.

W tym zakresie znajduje się dodatkowo w treści odwołania zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 36 ust.1 pkt 5 i 6 Pzp, art. 41 pkt 7 Pzp – także w tym wypadku Izba oddala w/w zarzut..

W jego ramach Izba oddala zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust.1 oraz art. 29 ust. 3 Pzp w zw. z art. 41 w zw. z art. 44 Pzp uznając go za spóźniony, jako odnoszące się stricte do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia. Zarzuty w tym zakresie winne być formułowane na etapie postanowień SIWZ.

Podobnie Izba – oddaliła i uznała za spóźniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 30 ust.1 i 2 Pzp, jako zarzut, który również odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia skonstruowanego przez Zamawiającego, który winien być formułowany na etapie SIWZ.

Względem niezgodności treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ i wskazanych w tym zakresie w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 36 ust.1 pkt 5 i 6 Pzp, art. 41 pkt 7 Pzp, Izba podnosi, że niewątpliwie miało miejsce w tym zakresie naruszenia, jednakże – nie miało ono wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust.2 Pzp), co skutkuje w konsekwencji oddalenie zarzutów w tym zakresie. Odwołujący bowiem, doskonale wiedział jakie dokumenty należy przedstawić z postanowień SIWZ, a dodatkowo z odpowiedzi na pytanie 2, 14 i 15 /pismo z 28.12.2015 r./.

26

ogłoszenia i SIWZ, co więcej Odwołujący nie kwestionował wezwania Zamawiającego z 09.02.2016 r. w tym zakresie.

Odnosnie zarzutu zasadniczego dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 25 ust.1 Pzp, a także art. 91 ust.1 Pzp, co również doprowadziło do naruszenia art. 7 ust.1, art. 7 ust.2 oraz art. 7 ust.3 Pzp, Izba uznaje zasadność czynności wykluczenia Odwołującego przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu, w konsekwencji oddalając zarzuty Odwołującego, jako niepotwierdzone.

W ocenie Izby, Zamawiający jednoznacznie określił – ostatecznie w odpowiedzi na pytanie 2, a w szczególności wprost na pytanie 14 i 15 (pismo z 28.12.2015 r.), że: „Każdy wymieniony dokument w specyfikacji musi się odnosić co nazwy rury oferowanej (...)” oraz „W związku z powyższym produkt o podanej nazwie musi posiadać pozytywną opinię techniczną wystawioną przez GIG (Główny Instytut Górnictwa), dotyczy to wszystkich rur przewodowych przeznaczonych do budowy wodociągu”. Odwołujący nie kwestionował powyższego na etapie SIWZ był więc tym związany, jak każdy uczestnik postępowania. Opinia Techniczna GIG-u z 2008 r. złożona przez Odwołującego do oferty na wezwanie z 09.02.2016 r. nie odnosi się do nazwy rury oferowanej. W konsekwencji wymagany dokument nie został złożony. Odwołujący nie udowodnił, że złożona opinia odnosi się do systemu rur, jak twierdził w odwołaniu, czy też dotyczy także rur z końcówką w nazwie „LB”. Nie przedłożył stosownej aprobaty technicznej ITB AT-15-7494/2007, Warszawa 2007 (będącej podstawą wydania Opinii Technicznej GIG-u 2008 r.), czy też deklaracji zgodności producenta (stanowiącą integralną część opinii – zgodnie z uwagami końcowymi ze str. 4 Opinii Technicznej GIG-u z 2008 r.), które potwierdzałyby, że zakresem opinii były objęte rury z drutami detekcyjno-kontrolnymi z końcówką w nazwie „LB”, mimo ich nie wymienienia wprost z nazwy w opinii. Co więcej z przedłożonych na posiedzeniu wraz z odpowiedzią na

odwołanie przez Zamawiającego dowodów wynika, że w stosunku do stosownych rur z końcówką w nazwie „LB” proces opiniowania jest w toku (pismo Zamawiającego z 02.03.2016 r. skierowane do Radek Sp. z o.o.; pismo z 08.03.2016 r. Radek Sp. z o.o. skierowane do Zamawiającego /odpowieź; pismo z 07.03.2016 r. GIG-u skierowane do Radek Sp. z o.o., jak i pismo Zamawiającego z 09.03.2016 r. skierowane do GIG-u oraz pismo z 16.03.2016 r. GIG-u skierowane do Zamawiającego /odpowieź na pismo z 09.03.2016 r./).

Nadto, należy zauważyć, że jeśli uznać oświadczenie Odwołującego z rozprawy, że rury z końcówką w nazwie „LB” są produkowane od 2005 r., to tym bardziej z racji ich nie wymienienia w Opinii Technicznej GIG-u 2008 r. (ani Aneksie Nr 1 do Opinii Technicznej GIG-u z 09.12.2008 r.), świadczy to o tym, że opinia ich nie dotyczy.

27

Deklaracja zgodności producenta /Deklaracji Zgodności Producenta Gerodur z 16.07.2015 r./ złożona wraz z ofertą na wezwanie Zamawiającego z 09.02.2016 r. była taką samą, jak załączona do odwołania i jest z 2015 r. W żaden sposób nie mogła być i nie była podstawą wydania Opinii Technicznej GIG-u z 2008 r., czy też nie stanowiła integralnej części tej opinii. /brak stosownej odesłania w samej treści tej opinii z 2008 r./. Podobnie Aprobata Techniczna ITB AT-15-7494/2015.

Izba podkreśla, że podstawą wykluczenia był brak stosownego dokumentu, a nie niezgodność oferty z przedmiotem zamówienia, stąd wnioski dowodowe o powołanie biegłego, porównania rur, czy z opinii producenta, na okoliczność zgodności z przedmiotem zamówienia są bezprzedmiotowe. Izba także podkreśla, że pełnomocnik Odwołującego będący zarazem autoryzowanym przedstawicielem producenta – składając oświadczenia na rozprawie, czynił to w imieniu Odwołującego, i tak Izba odczytywała jego stanowisko, jako stanowisko Odwołującego. W tym zakresie nie było wniosku o przesłuchanie niniejszej osoby, jako świadka /dowód z zeznania świadka/.

Odnosnie dokumentu złożonego na posiedzeniu wraz z pisemnymi wyjaśnieniami przez Odwołującego – pismo GIG-u z 15.03.2016 r. – w ocenie Izby, po pierwsze nie ma ono znamion opinii /świadczy o tym chociażby wcześniejsze pismo z 14.03.2016 r. wskazujące cel uzyskania przedmiotowego stanowiska GIG-u (dotyczy stricte procedury badań kontrolnych)/, po drugie gdyby nawet za takie je uznać, to został wyczerpany tryb z art. 26 ust.3 Pzp, a winna być ona złożona w postępowaniu, a nie na posiedzeniu i rozprawie.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę „*stan rzeczy ustalony w toku postępowania*”. Zaś sformułowanie „*w toku postępowania*” odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W tym zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13. Izba wskazuje, że ewentualne zastosowanie art. 26 ust. 4 Pzp nie jest możliwe, gdyż ewentualne wyjaśnienie prowadziłoby do niedopuszczalnego uzupełnienia oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutów z pkt II.) złamanie i naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp, którego naruszenie i złamanie przez Zamawiającego nastąpiło w związku z uznaniem oferty za odrzuconą, wskutek uznania, że cena oferty zawiera rażąco niską cenę. W konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył ponadto art. 90 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt. 2. Wskazane

28

złamanie i naruszenie przepisów Pzp spowodowało zatem naruszenie art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2, oraz . art. 7 ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona – Izba uznaje generalnie powyższe zarzuty za chybione i podlegające oddaleniu.

W tym zakresie, Izba wskazuje na następujące okoliczności:

- 1) art. 90 ust.3 Pzp umożliwia wezwanie do wyjaśnień także przy poziomie niższym niż 30 %, po prostu od poziomu 30 % jest niewątpliwe obciążenie takiego wezwania;
- 2) Odwołujący wbrew stanowisku z rozprawy na str. 5 swoich wyjaśnień /odpowiedź z 10.02.2016 r./ – wyraził jednoznacznie stwierdził, że: „Wykonawca *nie neguje przysługującego Zamawiającemu prawa wezwania do złożenia wyjaśnień uzasadniających przedstawienie ceny stosunkowo niskiej względem wartości przedmiotu zamówienia*”;
- 3) Odwołujący nie kwestionował szczegółowego charakteru wezwania z 09.02.2016 r. /każdorazowo zadając złożenia dowodów na potwierdzenie poszczególnych okoliczności – także w zakresie robót AKPIA/ i poddał się rygorom z tego wynikającym, o czym świadczy treść odpowiedzi z 10.02.2016 r. /odpowiedzi – licząca 6 stron oraz załączone dowodu – w sumie 143 strony/;
- 4) Istnieje konieczność wzięcia pod uwagę materiału dowodowego złożonego na rozprawie przez Przystępującego, albowiem obala on informacje i dowody zawarte w wyjaśnieniach (ze str. 5 – 2a /wskazywał na określone duże rabaty i w tym zakresie przywoływał firmę Nasus Sp. z o.o. Sp.K./). W tym zakresie, Izba wskazuje na art. 190 ust.1 a pkt 1 Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Odwołujący nie przedłożył dowodu przeciwnego, mimo ciążącego na nim w tym zakresie obowiązku. Co więcej złożył na rozprawie oświadczenie, że otrzymał od przywołanego podwykonawcy ofertę, kosztorys ofertowy, taki jak złożył na rozprawie Przystępujący. Izba uznaje, powyższe za okoliczność przyznaną – art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp.

W konsekwencji, Izba oddaliła zarzut, uznając zasadność czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Przystępujący skutecznie bowiem obalił wyjaśnienia i dowody złożone przez Odwołującego pismem z 10.02.2016 r. będącym odpowiedzią na wezwanie z 09.02.2016 r. Nadto, Izba ponownie podkreśla szczegółowy charakter wezwania z 09.02.2016 r. i poddanie się jego rygorowi przez Odwołującego, z tego faktu wynikają określone konsekwencje i konieczność złożenia

29

dowodów w każdym elemencie wynikającym z wezwania, Izba nie może od nich abstrahować z uwagi na stanowisko orzecznictwa przywołane przez Odwołującego, odnoszące się do innych stanów faktycznych, z uwagi na zaistniałe w tym konkretnym stanie faktycznym okoliczności. Nadto, Odwołujący nawet nie próbował wyjaśniać, skąd udowodnione na rozprawie różnice cenowe /brak rabatów od firmy NASUS Sp. z o.o. Sp.K., a nawet wręcz przeciwnie niedoszacowanie względem wartości wynikających z kosztorysu ofertowego otrzymanego od Odwołującego przez przywołanego podwykonawcy/, ani nie wskazywał na ewentualne nadwyżki w zaoferowanej cenie. W rezultacie Przystępujący podważył wiarygodność nie tylko wyceny dotyczącej zakresu robót AKPIA, ale całych wyjaśnień. W zakresie minimalnego wynagrodzenia, Izba wskazuje, że art. 90 ust.1 Pzp – wprost tą kwestię przywołuje - odnośnie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art.2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314).

Izba stoi także na stanowisku, że gdyby odnosić tą wytyczną do badania ceny całkowitej za przedmiot zamówienia, to ta regulacja miałaby zastosowanie i odnosiłaby się niezależnie od formy, w jakiej wykonawca zatrudniałby osoby, nie mógłby wykazywać kosztów mniejszych, niż minimalne wynagrodzenie za pracę. /tak też wyrok KIO z 27.01.2015 r., sygn. akt: KIO 47/15, sygn. akt: KIO 60/15, sygn. akt: KIO 81/15 – str. 41, wyrok KIO z 27.02.2015 r., sygn. akt: KIO 267/15, jak i wyrok KIO z 15.01.2016 r., sygn. akt: KIO 2853/15, sygn. akt: KIO 2870/15/.

Biorąc także pod uwagę termin składania ofert /31.12.2015 r./, pozostaje dyskusyjne, czy oferta była przygotowywana według stanu prawnego na rok 2015 r., biorąc pod uwagę, że określone wymogi prawne dotyczące umów innych niż umowy o pracę obowiązują od roku 2016.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów z pkt III.) złamanie i naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z nie dokonaniem wyboru ofert na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, co powoduje naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych Określonych w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została odrzucona, co w konsekwencji powoduje naruszenie przez Zamawiającego art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr. 14,

30

poz. 114, ze zmianami). Wobec nie potwierdzenia się wcześniejszych zarzutów, Izba uznała, że także powyższe zarzuty podlegają oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....

31