Sygn. akt: KIO 1399/14

WYROK
z dnia 28 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remetkor-Bis M. S……., R. S……... Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. J., SANIREM Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o., z siedzibą w Knurowie**

przy udziale wykonawcy **AKWEDUKT Sp. z o.o., z siedzibą w Kielcach** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego**
2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o., z siedzibą w Knurowie** i:

---

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wspólnie się o wykonawców ubiegających udzielenie zamówienia: M. R. S…… Remetkor-Bis Inżynieryjno- S……..., Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. J., SANIREM Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
2) zasądza od **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o., z siedzibą w Knurowie** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remetkor-Bis M. S……..., R. S…… Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. J., SANIREM Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. z o.o.** kwotę **23 600 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz koszty strony 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 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 1399/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o., z siedzibą w Knurowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „ustawą *Pzp"),* postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Budowa sieci kanalizacji sanitarnej, deszczowej i sieci wodociągowej w rejonach B, D i E, F wraz z tłocznią* ścieków *sanitarnych TS-01 „Wilsona".*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remetkor-Bis M. S……., R. S…… Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. J., SANIREM Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (zwani dalej: „Odwołującym") w dniu 7 lipca 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:
1. art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności pominięcie obiektywnych czynników wskazanych w wyjaśnieniach i przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę;
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej cenę rażąco niską;
3. art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remetkor-Bis M. S……., R. S…….. Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. J., SANIREM Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remetkor-Bis M. S……., R. S…….. Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. J., SANIREM Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym

miało miejsce w dniu 8 lipca 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2014 r.) wykonawcy AKWEDUKT Sp. z o.o., z siedzibą w Kielcach (zwanego dalej: „Przystępującym").

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *Budowa sieci kanalizacji sanitarnej, deszczowej i sieci wodociągowej w rejonach B, D i E, F wraz z tłocznią* ścieków *sanitarnych TS-01 „Wilsona".*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 13 czerwca 2014 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący udzielił Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień, wskazując na czynniki, które miały istotny wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, potwierdzające, że zaproponowana cena oferty uwzględnia wszystkie wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, bez obniżania jakości oferowanych robót, a tym samym nie stanowi ceny rażąco niskiej.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż zaproponowana cena ofertowa została oparta na rzetelnych wykonanych kalkulacjach, dla których podstawą były: a) Dokumentacja projektowa i wszystkie warunki i wymagania zawarte w SIWZ, b) STWiOR (Specyfikacje techniczne),c) Określenie nakładów (R+M+S) wg stosownych Katalogów Nakładów Rzeczowych i własnych norm zakładowych oraz wyliczenie kosztów z uwzględnieniem elementów kosztotwórczych, które w żadnym przypadku nie były niższe niż minimalne wg obowiązujących wg notowań SEKOCENBUD-u, d) Oferty dostawców materiałów i urządzeń, e) Stawki robocizny i sprzętu we własnej produkcji bezpośredniej, f) Oferty wykonawców usług towarzyszących i pomocniczych. Wobec powyższego cena oferty uwzględnia wszelkie niezbędne koszty dla prawidłowej i rzetelnej realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż cena w kwocie 10.614.900,00 zł brutto stanowi bilans sprzyjających i dostępnych warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia W szczególności z uwagi na duży udział (obu Konsorcjantów) i zakres usług na rynku usług budowlanych, zwłaszcza w sektorze wodociągowo-kanalizacyjnym i ochrony środowiska, długoletnią współpracę z stałymi dostawcami materiałów budowlanych i podmiotami świadczącymi usług około budowlane, a także ze względu na stabilną i wiarygodną sytuację gospodarczą i rynkową mogliśmy przy dokonaniu wyceny oferty wynegocjować niskie i stałe stawki, ceny i marże handlowe, które pozwoliły nam na efektywne i skuteczne obniżenie cen. Ponadto kolejnym istotnym czynnikiem, który pozwolił Odwołującemu oszacować cenę na niższym poziomie była okoliczność, dysponowania własnym i rozbudowanym parkiem maszynowym i sprzętowym, zadbanym technicznie, co pozwoliło ukształtować w przedsiębiorstwie niskie stawki amortyzacji a tym samym niskie koszty pracy sprzętu, zapewniając wysoką wydajność i nikłą awaryjność.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż posiada zdecydowaną większość maszyn niezbędnych do realizacji zamówienia, w szczególności tych które generują największe koszta:
• maszyna przewiertowa - wiertnica pozioma z napędem hydraulicznym PBA 155 prod. Perforator
• wibromłot do zabijania ścianki szczelnej - wibromłot typu PVE 2319 VM
• dźwig na podwoziu samochodowym - Faun ATF o udźwigu 45,0 t
• koparki obrotowe na podwoziu kołowym - CASE 988, CASE 955, Furukawa

• koparka obrotowa na podwoziu gąsienicowym - ATLAS
• koparko-ładowarki - CASE 695, Komatsu
• samochody samowyładowcze - MAN, Tatra
• zestaw pompowy do odwodnienia gruntu przy pomocy igłofiltrów

Powyższe pozwoliło Odwołującemu wykonać zasadnicze i najbardziej kosztotwórcze prace budowlane własnymi siłami, bez konieczności wynajmowania sprzętu oraz podzlecania robót podmiotom trzecim.

Dodatkowo Odwołujący poinformował, iż obecnie realizuje kontrakt w miejscowości Knurów związany z budową kanalizacji w technologii bezwykopowej, w zakresie którego korzysta z w/wym. sprzętu. Dzięki powyższemu dysponuje zorganizowaną bazą sprzętowo-magazynową oraz zapleczem budowy wraz z parkiem maszynowym w sąsiedztwie robót obejmujących niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe również wpływa na zminimalizowanie kosztów organizacyjnych oraz logistycznych. Realizowany obecnie kontrakt w miejscowości Knurów pozwolił Odwołującemu również dokonać pełnego rozpoznania lokalnego rynku i nawiązać korzystną współpracę z miejscowymi przedsiębiorstwami.

Ponadto Odwołujący dysponuje, zgodnymi z obowiązującymi normami, własnymi, konkurencyjnie cenowo unikatowymi i oryginalnymi technologiami wykonania robót, opartymi o własny park maszynowy, w zakresie wykonawstwa skomplikowanych robót inżynieryjnych jak: przewierty różnych typów, zabijanie ścianek szczelnych czy nowatorskie technologie odwadniania gruntów opartych na technologii igłofiltrów lub studni depresyjnych. Realne i rzeczywiste koszty w/w robót realizowanych dzięki wypracowanej technologii są niższe niż średnie koszty publikowane w wydawnictwach SEKOCENBUD o około 22-38% w zależności od ich asortymentu.

Ponadto Odwołujący dysponuje również stabilnymi i dobrze zorganizowanymi brygadami roboczymi, o wszechstronnych i zamiennych wzajemnie się uzupełniających kwalifikacjach, co łącznie ze skuteczną kadrą nadzoru techniczno-budowlanego gwarantuje: optymalnie niskie koszty pośrednie i zakładowe, sprawną i terminową realizację robót budowlano-montażowych. Zatem w świetle powyższego Odwołujący oświadczył, że złożona przez niego oferta cenowa jest realna, wiarygodna i adekwatna do obecnych realiów rynku usług budowlanych i ostrej konkurencji na tym rynku, zaproponowana cena naszej oferty jest wyższa niż koszty wytworzenia usług i robót objętych ofertą, zapewniająca zysk, oferta cenowa Odwołującego kształtuje się na poziomie 80% średniej oferty cenowej uzyskanych od wszystkich oferentów biorących udział w niniejszym postępowaniu, a najbardziej cenotwórczy element wchodzący w zakres niniejszego postępowania tłocznia ścieków „WILSON" (Kontrakt W5/1 - tłocznia TS-01 Wilsona), został przez Odwołującego wyceniony na kwotę 5.266.122,61 zł netto. Porównanie z pozostałymi oferentami potwierdza, iż element ten z pewnością skalkulowany został w sposób prawidłowy, gdyż rzeczową tłocznię taniej od Odwołującego i wycenili następujący oferenci:
• Miko-Tech Sp. z o.o. - 4.309.992,59 zł netto
• P.U. B&WJ Sp. z o.o. - P.U. TELE-MAR Sp. z o.o. - 4.444.125,94 zł netto
• ZISCO Sp. z o.o. Sp. komandytowa - ZISCO Z.I.S. - HYDROMEX PLUS Sp. J. - 4.967.639,79 zł netto
• ZRIB Sp. z o.o. - Z.R.I.-B. ZRIB Z……. S…… - 5.071.915,60 zł netto.

Odwołujący zaś ustosunkowując się natomiast do poziomu cenowego konkurencyjnych ofert, nadmienił, że jak wykazują biuletyny przetargowe portali zamówień publicznych ceny najkorzystniejszych ofert wybranych w ramach tego typu postępowań wahają się na poziomie 36-70% wartości kosztorysów inwestorskich, przy czym należy także zauważyć, że dla celów statystycznych ich wartość jest częstokroć zawyżana przez Zamawiających. Natomiast oferta cenowa Odwołującego kształtuje się na poziomie 80% średniej oferty cenowej uzyskanych od wszystkich oferentów biorących udział w niniejszym postępowaniu. Ponadto Odwołujący zauważył również, iż kosztorysy inwestorskie są szacowane cenowo w oparciu o średnie poziomy elementów kosztotwórczych, natomiast konkurencja rynkowa i niska podaż usług na rynku wymuszają na oferentach stosowanie

stawek minimalnych - ale jednocześnie takich, które zapewnią minimalną rentowność, co przecież automatycznie nie stanowi o tym, iż tak przyjęta kalkulacja prowadzi do ustalenia ceny rażąco niskiej.

W ramach niniejszego postępowania Odwołujący złożył ofertę, której wartość stanowi 48,90 % wartości Kosztorysu Inwestorskiego, poziom cenowy oferowany przez

Odwołującego jest bardzo zbliżony zarówno do Konsorcjum P.U. B&WJ Sp. z o.o. - TELE-MAR Sp. z o.o. - 45,82 % jak również firmy Miko-Tech Sp. z o.o. - 52,13 %. Powyższe potwierdza, że oferta Odwołującego stanowi realną, choć konkurencyjną cenę rynkową zapewniającą rzetelne wykonawstwo wraz z osiągnięciem zysku.

Zamawiający w dniu 2 lipca 2014 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy AKWEDUKT Sp. z o.o., z siedzibą w Kielcach oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Nie ulega wątpliwości, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, Zamawiający ma obowiązek umożliwić wykonawcy złożenie wyjaśnień dotyczących cen oferty (np. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/88 „Fratelli Constanzo").

Po drugie należy wskazać, że nie w każdym przypadku i nie w każdej sytuacji istnieje obowiązek wzywania wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jedynie gdy zaistnieją uzasadnione wątpliwości, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - nie następuje automatycznie, w każdej sytuacji - a jedynie gdy istnieją do tego obiektywne przesłanki. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy nie konstruuje obowiązku, któremu Zamawiający musi się bezwzględnie podporządkować. Zamawiający zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny, jeśli w trakcie oceny ofert Zamawiający uzna, że ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę „rażąco *niską"* w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem dopiero w przypadku realnego podejrzenia, że oferowana cena jest rażąco niska Zamawiający powinien podjąć decyzję o wszczęciu procedury wyjaśniającej uregulowanej w

art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, celem dokonania analizy czy zaoferowana przez wykonawcę cena obiektywnie jest rażąco niska.

Ponadto zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zatem przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie przewiduje obowiązek skierowania przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących niektórych elementów oferty budzących uzasadnione wątpliwości Zamawiającego – t.j. elementów mających wpływ na wysokość ceny. Wobec powyższego wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie pytań. Pytanie do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których Zamawiający oczekuje

wyjaśnień. Wykonawca musi wiedzieć, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia Zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym - które elementy wyceny oferty Zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo oczekiwał, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo zanalizuje każdą pozycję cenową ofert, w szczególności – gdy wszyscy wykonawcy – w tym również Odwołujący – złożyli w swoich ofertach kosztorysy ofertowe, które podlegały ocenie Zamawiającego. Brak wskazania, jakie pozycje kalkulacji ceny oferty wymagają - według Zamawiającego - wyjaśnień, nie może być uznane za obowiązek wykonawcy do szczegółowego udzielenia wyjaśnień co do pozycji kosztorysowych całości oferty. W takiej sytuacji brak szczegółowego odniesienia się wykonawcy do kwestii nieobjętych pytaniami Zamawiającego nie może prowadzić do uznania, że złożona oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, gdyż udzielone wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe. Skoro pytanie Zamawiającego nie odnosi się do konkretnych elementów oferty wykonawcy – tych elementów które mogą budzić wątpliwości Zamawiającego – i jest ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to w konsekwencji niewskazanym jest stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Zamawiający nie może zatem wyciągać wobec takiego wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty (analogicznie wyrok z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1498/13).

Ponadto odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na zbyt ogólne wyjaśnienia – wobec ogólnego w swej treści wezwania – mogłoby być łatwym instrumentem dla Zamawiających do bezpodstawnego odrzucania ofert wykonawców, a tym samym w rzeczywistości nieweryfikowalnym dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, gdyż wobec niesprecyzowanych oczekiwań Zamawiającego – i złożonych przez wykonawcę wyjaśnień – jego oferta w konsekwencji i tak zostałaby odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na ogólnikowość złożonych wyjaśnień. Należy pamiętać, że celem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest wyjaśnienie pewnych wątpliwości dotyczących niektórych elementów oferty i jej ceny, nie może zaś być instrumentem do łatwego – często bezpodstawnego – odrzucania ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a pewna ogólnikowość wezwania – i w konsekwencji ogólnikowość złożonych wyjaśnień – może prowadzić do składania środków ochrony prawnej przez wykonawców (w postaci odwołania), a tym samym do przedłużania postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

Ponadto stosownie do przepisu art. 90 ust. 2 Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Powyższe w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej – odnosząc się do niniejszego stanu faktycznego - wobec ogólnego zapytania Zamawiającego, Odwołujący wykazał, t.j. udzielił wyczerpujących wyjaśnień, odnoszących się do czynników, które pozwoliły mu na obniżenie ceny za wykonanie tego przedmiotu zamówienia, wskazując na następujące okoliczności:

1. duży udział w rynku, a także stabilna i wiarygodna sytuacja gospodarcza i rynkowa, zakres usług na rynku usług budowlanych, w szczególności w sektorze wodociągowo- i ochrony środowiska, długoletnia współpraca ze stałymi kanalizacyjnym dostawcami materiałów budowlanych i podmiotami świadczącymi usługi okołobudowlane - wszystkie te czynniki umożliwiły Odwołującemu zrealizowanie przedmiotu zamówienia bez konieczności poniesienia dużych nakładów w tym zakresie, co stanowi element wpływający na możliwość obniżenia ceny;

2. dysponowanie własnym i rozbudowanym parkiem maszynowym i sprzętowym, zadbanym technicznie, który stanowi większość maszyn niezbędnych do realizacji

zamówienia, w szczególności tych, które generują największe koszty (min. maszyna przewiertowa- wiertnica pozioma z napędem hydraulicznym PBA 155, wibromłot do zbijania ścianki szczelnej- wibromłot typu PVE 2319 VM, dźwig na podwoziu- Faun ATF o udźwigu 45,0 t, koparki obrotowe na podwoziu kołowym- CASE 988, CASE 955, Furukawa), dzięki czemu Odwołujący uniknie kosztów związanych z wynajmowaniem sprzętu oraz zlecania robót podwykonawcom – jest to czynnik obniżający cenę, który Zamawiający bezpodstawnie uznał za ogólnikowy;

3. realizacja kontraktu w sąsiedniej miejscowości Knurów związanego z budową kanalizacji w technologii bezwykopowej, dzięki czemu Odwołujący nawiązał korzystną współpracę z miejscowymi przedsiębiorstwami, a także dzięki czemu dysponuje bazą sprzętowo-magazynową oraz zapleczem budowy wraz z parkiem maszynowym, te czynniki wpływają zatem na minimalizację kosztów organizacyjnych oraz logistycznych - to również jest element mogący wpływać na obniżenie ceny;

4. dysponowanie zgodnymi z obowiązującymi normami, własnymi, konkurencyjnie cenowo unikatowymi i oryginalnymi technologiami wykonania robót, opartymi o własny park maszynowy, w zakresie wykonawstwa skomplikowanych robót inżynieryjnych jak: przewierty różnych typów, zabijanie ścianek szczelnych czy oryginalne technologie odwadniania gruntów opartych na technologii igłofiltrów lub studni depresyjnych. W świetle tego aspektu realne i rzeczywiste koszty ww. robót realizowanych są niższe niż średnie koszty publikowane w wydawnictwach SEKOCENBUD o około 22-38% w zależności od ich asortymentu;

5. okoliczność dysponowania stabilnymi i dobrze zorganizowanymi brygadami roboczymi, o wszechstronnych i zamiennych wzajemnie się uzupełniających kwalifikacjach; co wraz ze skuteczną kadrą nadzoru techniczno-budowlanego zapewnia optymalnie niskie koszty pośrednie i zakładowe oraz sprawną i terminową realizacje robót budowlano-montażowych.

Ponadto w swych wyjaśnieniach Odwołujący wskazywał, iż najbardziej cenotwórczy element wchodzący w zakres niniejszego postępowania: tłocznia ścieków „Wilson" (Kontrakt W5/1- tłocznia TS-01 Wilsona) został przez niego wyceniony na kwotę 5.266.122,61 zł, zaś Wykonawcy: Miko- Tech Sp. z o.o., konsorcjum firm P.U. B&WJ Sp. z o.o. i P.U. TELEMAR Sp. z o.o., konsorcjum ZISCO Sp. z o.o. Sp. komandytowa i ZISCO Zakład Instalacji

Sanitarnych CO. F…….. B…….. i HYDROMEX PLUS Z…….. Spółka Jawna, a także ZRIB Sp. z o.o. za tłocznię TS-01 Wilsona zaproponowali cenę niższą od Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący nadmienił, iż zgodnie z biuletynami przetargowymi portali zamówień publicznych ceny najkorzystniejszych ofert wybranych w ramach tego typu postępowań wahają się na poziomie 36-70% wartości kosztorysów inwestorskich, przy czym dla celów statystycznych ich wartość jest częstokroć zawyżana przez Zamawiających.

Jednocześnie wobec powyższego oraz przyjętej reguły - że przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty, nie można interpretować w sposób dowolny i rozszerzający, gdyż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy i w konsekwencji pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przedmiotu zamówienia – należało uznać, że nie istniały – w niniejszym stanie faktycznym - przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający na rozprawie nie potrafił skazać, jakie to dowody i okoliczności byłyby dla niego wystarczające do wyjaśnienia, że zaproponowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska, a przecież wyjaśnienia te mają służyć rozwianiu wszelkich wątpliwości Zamawiającego, a odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego i Przystępującego dowodów – wobec ogólnego zapytania Zamawiającego – należało uznać, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są wyczerpujące, a przyjęcie dodatkowych dowodów i kalkulacji mogłoby – w

opinii Izby – stanowić obejście procedury wyjaśniającej zawartej w dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż dopiero wobec szczegółowego wezwania Odwołujący upoważniony byłby do składania szczegółowych kalkulacji i wyliczeń – co miało miejsce na rozprawie.

W opinii Izby to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wystąpienia o wyjaśnienia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i treść tego wezwania niewątpliwie rzutuje na wyjaśnienia składane przez wykonawców. Z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie wynika, iż podmiotem wszczynającym procedurę wyjaśniającą jest wyłącznie Zamawiający i powyższego obowiązku nie może on w żaden sposób przerzucać na wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania do wyjaśnień i ich sprecyzowania, nie może zatem swych oczekiwań i wątpliwości artykułować na etapie postępowania odwoławczego, gdyż powyższe powinno mieć swoje odzwierciedlenie w

wezwaniu o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, kierowanym do wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo przyjęcie – złożonych dopiero na rozprawie – wyjaśnień i dowodów w przedmiocie rażąco niskiej ceny doprowadzić może do odebrania innym wykonawcom możliwości weryfikowania działań/ zaniechań Zamawiającego w toku prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Konkludując, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności oceny ofert a także unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

……