Sygn. akt: KIO 522/12

WYROK
z dnia 29 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Melioracyjno – Budowlane MELBUD, D&S Pilarczyk Spółka Jawna, Zygmunt Przybył, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Projektowania i Wykonawstwa Ekologia Zygmunt Przybył, 62-571 Stare Miasto, ul. Modła Księża 12 (Odwołującego)**
w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., 62-100 Konin, ul. Sulańska 13 (Zamawiającego)**

przy udziale:

A. wykonawcy **Tomasza Gwoździa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo – Handlowy TOMBET Tomasz Gwóźdź, 25-363 Kielce, ul. Wesoła 51/403,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MOLEWSKI Sp. z o.o., PW HYDROBUD Sp. z o.o., SEGI – EKO Sp. z o.o., 87-860 Chodecz, ul. Kaliska 11,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **"Hydrowat" Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych, Tadeusz Romanowski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą VERBUM Tadeusz Romanowski, Kazimierz Fieroch, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PUH PROMIL Kazimierz Fieroch, 62-500, ul. Stodolniana 91,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

---

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., 62-100 Konin, ul. Sulańska 13** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Melioracyjno – Budowlane MELBUD, D&S Pilarczyk Spółka Jawna, Zygmunt Przybył, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Projektowania i Wykonawstwa Ekologia Zygmunt Przybył, 62-571 Stare Miasto, ul. Modła Księża 12** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o., 62-100 Konin, ul. Sulańska 13** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwa Melioracyjno – Budowlanego MELBUD, D&S Pilarczyk Spółka Jawna, Zygmunta Przybyły, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Projektowania i Wykonawstwa Ekologia Zygmunt Przybył, 62-571 Stare Miasto, ul. Modła Księża 12** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 522/12

Uzasadnienie

I. Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na: Rekultywację gminnych składowisk odpadów w ramach projektu pn. Uporządkowanie gospodarki odpadami na terenie subregionu konińskiego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 grudnia 2012 r., poz. 342471 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 16 marca 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Melioracyjno - Budowlane MELBUD D&S Pilarczyk Spółka Jawna z siedzibą w miejscowości Modła Księża (Lider Konsorcjum) i Zygmunt Przybył, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Projektowania i Wykonawstwa EKOLOGIA Zygmunt Przybył z siedzibą w Kaliszu (dalej: Odwołujący albo Konsorcjum) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość odrzucenia złożonej przez siebie oferty z powodu rażąco niskiej ceny i zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, cena ustalona w jego ofercie określa faktyczną i obiektywną wartość przedmiotu zamówienia powiększoną o podatek VAT z uwzględnieniem czynników cenotwórczych, takich jak paliwa, środki trwałe, sprzęt i osoby niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. W załączeniu do pisma z dnia 27 lutego 2012 roku, złożonego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Odwołujący przedłożył kserokopie dokumentów odnoszących się do prawa dysponowania sprzętem mechanicznym niezbędnym do wykonania przedmiotowego zadania, będącego własnością Lidera Konsorcjum, a także wykaz osób zatrudnionych przy realizacji przedmiotowego zadania, razem z wyliczonymi realnymi kosztorysami ofertowymi poszczególnych składowisk odpadów.
Odwołujący obliczył cenę na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru robót, tzn. z uwzględnieniem konkretnego przedmiotu zamówienia, specyfiki wykonania robót budowlanych, składowanego obecnie już przez niego piasku i gruntu w ilości około 35 000 m.

Ustosunkowując się do podstaw odrzucenia oferty, podanych przez Zamawiającego w informacji z dnia 13 marca 2012 roku, Odwołujący wskazywał, iż przy kalkulacji ceny rekultywacji wysypiska śmieci w miejscowości Cisew, gmina Turek, Konsorcjum nie mogło wpisać kosztów związanych ze składowaniem odpadów wydobytych z tego składowiska, obciążających Wykonawcę, a unieszkodliwionych na składowisku Zamawiającego, ponieważ Zamawiający nie zapisał takiej pozycji w przedmiarach robót załączonych do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Jednocześnie, uwzględniając odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 24 stycznia 2012 roku (pytanie 6 oraz wyjaśnienie z dnia 30 stycznia 2012 roku - pytanie nr 6 i 20), Konsorcjum w cenie oferty uwzględniło także koszty związane ze składowaniem odpadów wydobytych z składowiska w miejscowości Cisew, gmina Turek, „po kwotach określonych na składowisku w Koninie" i doliczyło uzyskaną w ten sposób kwotę w całości do ryczałtowej kwoty wszystkich rekultywowanych gminnych składowisk odpadów. W związku z brakiem takiej pozycji dla składowiska Cisew w przedmiarach robót, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum nie mogło dopisać nowej pozycji przedmiarowej z tym związanej na kwotę 800 tysięcy złotych, gdyż zabronił tego Zamawiający w SIWZ. Wyliczoną kwotę Konsorcjum rozłożyło proporcjonalnie do wszystkich rekultywowanych gminnych składowisk

odpadów, mając na uwadze, że kwota ta dotyczy tylko miejscowości Cisew, gmina Turek.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.
Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienia:
- w dniu 21 marca 2012 r. Tomasz Gwóźdź prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo – Handlowy TOMBET Tomasz Gwóźdź w Kielcach:
- w dniu 22 marca 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Sp. z o.o. w Chodeczu (Lider Konsorcjum), PW HYDROBUD Sp. z o.o. w Kazimierzu Biskupim, SEGI-EKO Sp. z o.o. w Kożuchowie (dalej: Konsorcjum Molewski);
- w dniu 23 marca 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia "Hydrowat" Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych, VERBUM Tadeusz Romanowski, PUH PROMIL Kazimierz Fieroch (dalej: Konsorcjum Hydrowat).

Na rozprawie Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania. Zamawiający wywodził, że cena oferty Odwołującego została obliczona na takim poziomie, że nie może ona uwzględniać zysku. Jego zdaniem wykonawca nie wziął pod uwagę odpowiedzi na pytania do SIWZ, które nakazywały uwzględnić dla składowiska w miejscowości Cisew dodatkową kwotę rzędu 800 000 zł, a dodatkowo trudno ocenić, na jaką oszczędność pozwalają wskazane przez Odwołującego

w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych obiektywne okoliczności, mające wpływ na wysokość ceny ofertowej (posiadany przez Odwołującego piasek i grunt).
Ponadto na rozprawie podnosił, że nie może wziąć pod uwagę wyjaśnień Odwołującego, zawartych w odwołaniu, że dodatkowa kwotę rzędu 800 000 zł została uwzględniona proporcjonalnie w cenie za poszczególne składowiska, ponieważ będzie się rozliczał z gminami, na terenie których znajdują się składowiska, po cenach wskazywanych w ofercie dla każdego ze składowisk.

Dodatkowo Zamawiający na rozprawie przedłożył zestawienie cen ofertowych – wykaz wszystkich cen zaproponowanych w złożonych ofertach, z rozbiciem na ceny dla poszczególnych składowisk, i w porównaniu do wartości obliczonych przez Zamawiającego w kosztorysach inwestorskich.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona – miałby on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ zaoferowana przez niego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert (a cena była jedynym kryterium oceny ofert).

Odnośnie zgłoszonych przystąpień, Izba ustaliła, co następuje:
Zamawiający oświadczył (pismo z dnia 21 marca br., w aktach sprawy, złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia, w jakim terminie przekazał uczestnikom postępowania kopię odwołania), że wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu zawiadomił o wniesieniu odwołania w dniu 19 marca 2012 roku faksem, załączając do przedmiotowego zawiadomienia kopię odwołania. Natomiast w trakcie posiedzenia Odwołujący podniósł, że rzeczywiście zawiadomienie o wniesieniu odwołania doręczono 19 marca br., jednak kopię odwołania przekazano mailem dopiero w dniu następnym. Powyższe spostrzeżenie Odwołującego Zamawiający na posiedzeniu potwierdził.

Wszyscy zgłaszający przystąpienia po stronie Zamawiającego byli sklasyfikowani wyżej w rankingu ofert, niż Odwołujący, dlatego rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego (czego konsekwencją byłoby odrzucenie oferty Odwołującego) będzie miało

wpływ na sytuację każdego z Przystępujących w postępowaniu, przez zwiększenie ich szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Na podstawie powyższych ustaleń, Izba uznała, że wszyscy zgłaszający po do postępowania przystąpienie stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili odwoławczego – swoje przystąpienia złożyli w terminie, i mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść strony, do której zgłosili przystąpienie.

W zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów, Izba ustaliła, co następuje:
1. Wartość zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 8 563 243,45 z (protokół postępowania, w aktach sprawy, druk ZP-PN, pkt 2.2), a więc poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych dla robót budowlanych (poniżej tzw. Progów unijnych).
2. W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w dniu 15 lutego 2012 r., złożono 20 ofert, m.in. przez wykonawców:
− Odwołujący - Konsorcjum MELBUD z ceną 5 715 264,70 zł; −
Tomasz Gwóźdź (oferta odrzucona – wykonawca złożył odwołanie na czynność Zamawiającego, a następnie odwołanie wycofał, i postępowanie zostało zakończone postanowieniem z dnia 27 marca 2012 roku, sygn. akt KIO 520/12) z ceną 6 702 903,82 zł;
− Konsorcjum MOLEWSKI (oferta uznana za najkorzystniejszą), z ceną 6 715 270,76 zł; −
Konsorcjum Hydrowat (na dalszej pozycji w rankingu ofert) z ceną 9 965 714,00 zł (w rankingu ofert przed ofertą Konsorcjum Hydrowat znalazły się oferty z cenami: 7 780 521,92 zł, 8 780 226,60 zł, 9 225 000,00 zł, 9 565 021,20 zł, 9 819 076,48 zł, złożone przez wykonawców, którzy nie brali udziału w postępowaniu odwoławczym).
3. Zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2012 roku wezwał Odwołującego i Konsorcjum Molewski do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. W wezwaniu skierowanym do Odwołującego Zamawiający podał, że ,,punktem odniesienia dla zakwalifikowania ceny jako rażąco niskiej dla zamawiającego jest wartość przedmiotu zamówienia – cena stanowi 54,26% wartości przedmiotu zamówienia". Obaj wykonawcy w stosownym terminie złożyli wyjaśnienia.
4.Odwołujący udzielił wyjaśnień co do zaproponowanej ceny w dniu 27 lutego 2012 roku. Oświadczył, że wyliczona wartość oferty wskazuje na fakt realizacji zamówienia z uwzględnieniem kosztów niezbędnych do wykonania rekultywacji gminnych składowisk odpadów, obliczona została z należytą starannością, zawiera ceny realistyczne w porównaniu do cen rynkowych, a nie do wartości przedmiotu zamówienia, oszacowanej przez Zamawiającego. Cena ustalona w jego ofercie określa faktyczną i obiektywną wartość przedmiotu zamówienia powiększoną o podatek VAT z uwzględnieniem czynników

cenotwórczych, takich jak paliwa, środki trwałe, sprzęt i osoby niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. W załączeniu do pisma z dnia 27 lutego 2012 roku, Odwołujący przedłożył wykaz sprzętu mechanicznego niezbędnego do wykonania przedmiotowego zadania, będącego własnością Lidera Konsorcjum, a także wykaz osób zatrudnionych przy realizacji przedmiotowego zadania, razem z kosztorysami ofertowymi poszczególnych składowisk odpadów. Wskazał, że jest przygotowany do realizacji zadania od strony finansowej. Dysponuje piaskiem i gruntem, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, a który od lat jest składowany na terenie należącym do Lidera Konsorcjum w miejscowości Lisiec. Dodatkowo będzie chciał pozyskać ustabilizowane komunalne odpady ściekowe do realizacji składowisk.
5. Konsorcjum Molewski pismem z dnia 5 marca br. wskazało, że brak podstawy do upatrywania w wartości inwestorskiej przedmiotu zamówienia okoliczności, że określona cena jest rażąco niska. Dodatkowo brak, jego zdaniem, w niniejszej sprawie przesłanek do przyjęcia, czy wartość szacunkowa została przez Zamawiającego ustalona z należytą starannością. Cena zaproponowana przez niego w ofercie jest ceną realną i obliczona została w oparciu o dostarczane przez Zamawiającego przedmiary robót. Wszystkie dane, w szczególności składniki cenotwórcze są prawidłowe, nie pominięto żadnej rubryki, ani nie

popełniono błędów rachunkowych. Ponadto wykonawca ma dostęp do prywatnej żwirowni, a Prezes Zarządu Lidera Konsorcjum jest wspólnikiem spółki jawnej, która zajmuje się handlem paliwami. Niezależnie od powyższego wykonawca ma doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji.
6. Następnie Zamawiający w dniu 13 marca 2012 roku odrzucił ofertę Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, a za ofertę najkorzystniejszą uznał ofertę Konsorcjum Mikulski. Jako powód odrzucenia oferty Odwołującego podał okoliczność, iż w cenie oferty nie uwzględniono kwoty rzędu 800 000 zł dla składowiska w miejscowości Cisew, gmina Turek, konieczność uwzględnienia której wynikała z wyjaśnień do SIWZ. Zdaniem Zamawiającego, wyjaśnienia Odwołującego odnośnie rażąco niskiej ceny cytują art. 90 ust 2 Prawa zamówień publicznych, a nie wynika z nich, w jaki sposób czynniki wymienione w przepisie mają wpływ na zaoferowaną cenę.
7. Nie było sporne, że cena za wykonanie zamówienia była ryczałtowa. Strony również zgadzały się co do okoliczności, że obowiązek doliczenia dodatkowej kwoty (co do wysokości której również były zgodne – była to kwota rzędu 800 000 zł) dla składowiska w miejscowości Cisew gm. Turek nie wynikał z pierwotnej wersji SIWZ i załączonych do niej przedmiarów, a z odpowiedzi na pytania do SIWZ. Dokonując tych wyjaśnień, Zamawiający jednak nie zmienił dotychczasowej treści przedmiarów. W dokumentacji postępowania brak informacji, że w związku z dokonanymi zmianami Zamawiający dokonał ponownego szacowania wartości przedmiotu zamówienia (zgodnie z dokumentem złożonym przez

Zamawiającego na rozprawie, wartość robót dla składowiska Cisew, gmina Turek oszacowano na kwotę 406,149,14 zł). W odpowiedzi na pytanie zadane na rozprawie, Zamawiając y oświadczył, że takiego ponownego oszacowania wartości zamówienia nie dokonywał.

Izba nie badała zarzutów podniesionych na rozprawie przez Odwołującego wobec wykonawcy, który złożył ofertę uznaną przez Zamawiającego za najkorzystniejszą – Izba bada odwołanie wyłącznie w zakresie podniesionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych), a ponadto wartość przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego oszacowano na kwotę poniżej tzw. progów unijnych, zatem odwołanie przysługiwało tylko od czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych (na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący mógł się skutecznie odwoływać jedynie od odrzucenia własnej oferty).

Oceniając ustalony wyżej stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego.

Po pierwsze, Izba stwierdziła, że Zamawiający do dwóch wykonawców – Odwołującego i Konsorcjum Molewski – skierował analogiczne wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia w terminie, z tym, że wyjaśnienia Odwołującego były znacznie obszerniejsze, ponieważ zawierały załączniki, z których wynikała kalkulacja ceny: kosztorysy, wykaz już posiadanego sprzętu, wykaz zatrudnionych osób. Ponieważ wezwanie Zamawiającego miało ogólny charakter i nie precyzowało, że jego wątpliwości w zakresie rażącej ceny w ofercie Odwołującego odnoszą się do kalkulacji ceny za składowisko w miejscowości Cisew, gm. Turek, Odwołujący nie odniósł się do tej kwestii, składając wyjaśniania. Zamawiający swoje uwagi w tej mierze wyraził dopiero w decyzji o odrzuceniu oferty, dlatego Odwołujący mógł się ustosunkować do rzeczywistych zastrzeżeń co do kalkulacji ceny wcześniej, a uczynił to dopiero w odwołaniu. Z kolei Konsorcjum Molewski w wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny głównie polemizowało z zasadnością wezwania, a spośród czynników, mających wpływ na oszczędny sposób wykonania zamówienia, wymieniono dostęp do prywatnej żwirowni i stacji paliw.

Po drugie, Zamawiający dyskwalifikując wyjaśniania Odwołującego co do rażąco niskiej ceny, równocześnie zaakceptował wyjaśnienia Konsorcjum Molewski, które zostały skonstruowane co najmniej na takim samym, jak nie wyższym stopniu ogólności (Odwołujący powoływał się m.in. na okoliczność, że dysponuje już własnym sprzętem, piaskiem i gruntem niezbędnym do wykonania zamówienia, Konsorcjum Molewski tymczasem wskazywało na

dostęp do prywatnej żwirowni i stacji paliw). W konsekwencji decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego wydaje się nie być w ogóle skorelowana z uprzednio złożonymi wyjaśnieniami – wyjaśnienia Odwołującego były analogiczne do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Molewski, z tym, że obszerniejsze, nadto Zamawiający nie wzywał Odwołującego do wyjaśnień ceny dla składowiska w miejscowości Cisew, a ostatecznie ten element ceny ofertowej stał się dla Zamawiającego powodem do uznania, że została złożona oferta z rażąco niską ceną.

Po trzecie, cena oferty była ceną ryczałtową, czemu odpowiadała wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidziana w projekcie umowy (§ 7 ust 1 projektu, załączonego do SIWZ). Zamawiający nie wykazał, że umowa, bądź SIWZ wiązała jakikolwiek konsekwencje dla Zamawiającego lub osób trzecich z rozbiciem globalnej ceny końcowej na poszczególne składowiska, tymczasem podnosił, że kalkulacja ceny dla poszczególnych składowisk jest dla niego istotna, ponieważ po tychże cenach będzie się rozliczał z poszczególnymi gminami. Jednak podstawy do takiego wnioskowania brak w dokumentacji postępowania, zatem nie może być ono przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro cena została określona jako ryczałtowa, Odwołujący miał prawo zaliczyć kwoty nieobjęte przedmiarem do kosztów globalnych (dokonać rozłożenia zwiększonej ponad przedmiar załączony do SIWZ kwoty rzędu 800 000 zł dla składowiska w miejscowości Cisew, gm. Turek pomiędzy pozostałe składowiska). Taka operacja przy cenie ryczałtowej (i braku - przewidzianych w SIWZ - konsekwencji wynikających z obliczenia poszczególnych cen dla każdego ze składowisk podlegających rekultywacji) była możliwa, niezależnie od oceny (której Izba nie dokonywała, nie miało to bowiem znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania) prawidłowości poglądu Odwołującego, czy samodzielne dokonanie zmian w przedmiarach byłoby odstępstwem od SIWZ, skutkującym odrzuceniem oferty. Cena ryczałtowa jest to cena, w której wykonawca uwzględnia wszelkie koszty wykonania zamówienia. Dlatego w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia, na obecnym jego etapie, brak jakiejkolwiek podstawy, aby odmówić wiarygodności oświadczeniu Odwołującego o ujęciu spornej kwoty rzędu 800 000 zł dla składowiska Cisew w cenie oferty; sama okoliczność, że Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną i że sporna kwota nie została wyraźnie wyodrębniona, jako osobny element kalkulacji, w wyliczeniach Odwołującego - nie uprawnia do takiego wnioskowania. Skoro Zamawiający określił wynagrodzenie jako ryczałtowe, a nie kosztorysowe, sam zrezygnował w dużej mierze od ustalania rzeczywistej wartości poszczególnych składników ceny ofertowej w odniesieniu do całości ceny ofertowej. Z kolei kierując do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na wysokim stopniu ogólności - chociaż jego zastrzeżenia dotyczyły konkretnych elementów wyceny - musiał się liczyć z faktem, że odpowiadający na wezwanie Odwołujący nie udzieli odpowiedzi w zakresie, w jakim nie został wezwany.

Izba wzięła również pod uwagę to, że Zamawiający zaakceptował (uznał za wystarczające) wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum Mikulski, chociaż powoływały się one na analogiczne okoliczności, co wyjaśnienia Odwołującego (a w każdym razie – były na podobnym stopniu ogólności). W ocenie Izby takie traktowanie wykonawców godzi w naczelną zasadę zamówień publicznych – zasadę równego traktowania wykonawców. Dlatego, chociaż rację ma Zamawiający, twierdząc w odpowiedzi na odwołanie, że wyjaśnienia zbyt ogólne nie mogą być uznane za wystarczające podczas dokonywania oceny opisanej w art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, to w takiej sytuacji czynności podejmowane przez Zamawiającego, jako niezgodne z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, nie zasługują na ochronę.

Reasumując, Izba uznała, Zamawiający faktycznie zmienił oszacowaną wcześniej wartość przedmiotu zamówienia, udzielając odpowiedzi na pytania do SIWZ, w ślad za tym nie zmienił jednak przedmiarów i formalnie nie dokonał ponownego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia; skierował wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 do dwóch wykonawców – pierwszego i trzeciego w rankingu ofert; oceniając podobne w istocie wyjaśnienia obu wykonawców w odmienny sposób (co miało doniosły dla Odwołującego skutek w postaci odrzucenia jego oferty) naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, a w końcu jako

podstawę odrzucenia oferty Odwołującego podał element ceny, w związku z którym nie żądał wyjaśnień i w konsekwencji wyjaśnienia w tym względnie nie zostały przez Odwołującego udzielone. W rezultacie Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Odwołującego było wynikiem szeregu wcześniejszych nieprawidłowości w postępowaniu i stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, dlatego zgodnie z art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu, bowiem nie przedłożył on do akt sprawy stosownych rachunków.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

……