

WYROK
z dnia 17 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 lutego 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2016r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum w składzie: WUPRINŻ Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35; TERLAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Przemyska 5, HYDROWAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie, ul. Stodolniana 91, K. K. prowadzący działalność pod firmą HYDROWAT K. K. z siedzibą w Koninie, ul. Stodolniana 91, EKOWODROL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie, ul. Słowiańska 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy, ul. Podchorążych 33

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87 Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Modlińska 310/312** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 112/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum w składzie: WUPRINŻ Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35; TERLAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Przemyska 5, HYDROWAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie, ul. Stodolniana 91, K. K. prowadzący działalność pod firmą HYDROWAT K. K. z siedzibą w Koninie, ul. Stodolniana 91,**

1

EKOWODROL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie, ul. Słowiańska 13 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum w składzie: WUPRINŻ Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35; TERLAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Przemyska 5, HYDROWAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie, ul. Stodolniana 91, K. K. prowadzący działalność pod firmą HYDROWAT K. K. z siedzibą w Koninie, ul. Stodolniana 91, EKOWODROL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie, ul. Słowiańska 13** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

2

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Zadanie I – przebudowa sieci kanalizacji deszczowej, zadanie II – budowa przyłącza sieci wodociągowej zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lipca 2015r. za nr 2015/S 127-231549.

W dniu 20 stycznia 2016r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD S.A. ul. Grzybowska 87 00-844 Warszawa i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp z o.o. ul. Modlińska 310/312, 03- 152 Warszawa.

W dniu 29 stycznia 2016r. Konsorcjum w składzie: WUPRINŻ Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35; TERLAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Przemyska 5, HYDROWAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie, ul. Stodolniana 91, K. K. prowadzący działalność pod firmą HYDROWAT K. K. z siedzibą w Koninie, ul. Stodolniana 91, EKOWODROL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie, ul. Słowiańska 13 wniosło odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 28 stycznia 2016r. udzielone przez lider konsorcjum i podpisane przez wiceprezesa zarządu lidera upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS lidera załączonym do odwołania. Lider działał w oparciu o pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 10 sierpnia 2015r. udzielone przez wszystkich członków konsorcjum i podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z członków konsorcjum ujawnionymi w załączonych do odwołania KRS, przy czym dla HYDROWAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie, ul. Stodolniana 91 umocowanie do udzielenia pełnomocnictwo konsorcjalnego wynika także z pełnomocnictwa z dnia 14 października 2015r. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 29 stycznia 2016r. faksem.

Odwołujący wniósł odwołanie na wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD S.A. ul. Grzybowska 87 00-844 Warszawa i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o. ul. Modlińska 310/312, 03- 152 Warszawa (dalej zwane „Konsorcjum IDS-BUD”); zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień treści ofert złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD; zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 – dalej ustawy):

1) art. 7 ust. 1 - przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2) art. 7 ust. 3 - przez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy;

3) art. 87 ust. 1 - przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty Konsorcjum IDS-BUD i nieodrzućenie oferty, pomimo, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ;

5) art. 89 ust. 1 pkt 3 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD także dlatego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- oraz innych przepisów wymienionych w treści niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a w konsekwencji nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem żądań wskazanych w niniejszym odwołaniu, tj. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD, to oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ i w konsekwencji powinno mu zostać udzielone przedmiotowe zamówienie, bowiem oferta odwołującego uzyskała 96,58 pkt i została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą Konsorcjum IDS-BUD.

Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 20 stycznia 2016 r. o

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD;
- 2) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny złożonych ofert;
 - 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD;
 - 4) nakazanie zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podniósł, iż wybór oferty IDS-BUD został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy, ponieważ oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona wobec niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Zamawiający w Części I pkt 3 ppkt 3.3 SIWZ wskazał bowiem, że szczegółowy zakres robót określają: specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz projekty budowlano-wykonawcze.

Natomiast zgodnie z zapisem w Części III pkt 1.1 ppkt 3 SIWZ - oferta powinna zawierać kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z wymaganiami zawartymi w ust. 2 Cz. III SIWZ.

4

Ponadto zamawiający zaznaczył, że brak kosztorysu ofertowego skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Dodatkowo zgodnie z zapisem w Części III pkt 2 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny ofert - wykonawca zobowiązany był sporządzić kosztorys ofertowy na każde zadanie oddzielnie metodą kalkulacji uproszczonej na podstawie przedmiaru robót załączonego do SIWZ, uwzględniając w nim:

- 1) wszystkie wyszczególnione pozycje robót, ilości robót,
- 2) technologie wykonania robót określoną przez nr tablicy i kolumny odpowiedniego katalogu, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, obowiązujące normy i przepisy Prawa budowlanego, warunki w jakich będzie realizowany przedmiot zamówienia
- 3) wszystkie koszty niezbędne do wykonania zadania, w szczególności wszelkie roboty przygotowawcze, prace porządkowe, koszty eksploatacji i technicznego utrzymania zaplecza budowy, dozoru budowy, likwidacji terenu budowy i doprowadzenia terenu do należytego stanu i porządku, sporządzenia planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz inne obowiązki wynikające z postanowień umownych;
- 4) w kalkulacji ceny pozycji robót należy uwzględnić również wszelkie roboty towarzyszące wykonaniu zasadniczej pozycji robót, między innymi: ustawienie, pracę i demontaż niezbędnych rusztowań, jeżeli są one niezbędne do wykonania zasadniczej pozycji robót

Również wyniesienie, sortowanie, przekazanie zamawiającemu uzgodnionych materiałów, urządzeń, maszyn z demontażu;

- 5) każda pozycja kosztorysu ofertowego winna zawierać
 - numer pozycji odpowiadający numerowi pozycji przedmiaru;
 - podstawę (nr katalogu lub nazwę przyjętą w przedmiarze, np. kalkulacja własna, analiza własna, analogia itp.)
 - opis pozycji, jednostkę miary i ilość jednostek miary,
 - cenę jednostkową obejmującą narzuty zysku, kosztów pośrednich oraz kosztów zakupu,
 - wartość pozycji (bez VAT);

- 6) cena oferty netto jest wynikiem sumy cen wszystkich pozycji robót netto. Cena oferty brutto jest ceną netto wraz z podatkiem VAT 23%.

Uwaga! Nie uwzględnienie w wycenie chociażby jednej pozycji robót będzie przyczyną odrzucenia oferty. Zamawiający nie wyraża zgody na scalenia kilku pozycji z wykazu robót w jedną pozycję kosztorysu ofertowego.

Dalsze uszczegółowienie wymogów dotyczących obliczenia ceny zawierają postanowienia Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej „SST”).

5

Wymagania dotyczące wykonania i odbioru tymczasowych ścian oporowych stalowych dla wykonania zbiorników retencyjnych wód opadowych na terenie kompleksu Lotniskowego w Leźnicy Wielkiej zostały zawarte SST D - 10.02.01 - ŚCIANKA SZCZELNA TYMCZASOWA Z GRODZIC STAŁOWYCH.

Podstawa płatności zawarta w pkt 9 SST D - 10.02.01 odwołuje się do ustaleń ogólnych zawartych w pkt 9 ST D-M 00.00.00. Zgodnie z postanowieniami ww. punktu:

9.1. Ustalenia ogólne

Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu.

- usunięcie materiałów oraz odpadów stanowiących własność Wykonawcy poza teren pasa drogowego.

a) wykonanie badań kontrolnych

- badania kontrolne materiałów, sprawdzenie jakości oraz stanu ścianek szczelnych stalowych,

- badania wykonanych robót.

Wykonanie ścianek szczelnych wynika m.in. z następujących pozycji Przedmiaru robót:

1) poz. 350 - d.2.2.4 - KNR 2-14 0207-03 - Wbijanie i stalowych ścianek szczelnych typu larsen, profil III i IV z ładu, rusztowania lub pomostu w grunt kat I-II na głębokość 12m;

2) poz. 351 - d.2.2.4 KNR 2-14 0215-02 - Wyrwanie stalowych ścianek szczelnych z ładu, rusztowania lub pomostu z gruntu kat I-II przy głębokości wbicia 10 m

Konsorcjum IDS-BUD w przedłożonym kosztorysie ofertowym (branża kanalizacyjna, konstrukcyjna i melioracyjna) w pkt 2.2.4 - Zbiornik retencyjny ZR 2 - w poz. 350 d.2.2.4 - KNR 2-14 0207-03 - dotyczącej wbijania stalowych ścianek szczelnych typu larsen, profil III i IV z ładu, rusztowania lub pomostu w grunt kat I-II na głębokość 12m - zaoferowało ceną jednostkową 147,00 zł i ceną łączną za wykonanie tego elementu wynoszącą: 26.342,40 zł.

Ponadto w poz. 351 d.2.2.4 KNR 2-14 0215-02 - Wyrwanie stalowych ścianek szczelnych z ładu, rusztowania lub pomostu z gruntu kat I-II przy głębokości wbicia 10m - ww. Konsorcjum podało cenę jednostkową 98,00 zł i cenę łączną 17 561,60 zł.

W ocenie odwołującego ww. ceny zaoferowane przez Konsorcjum IDS-BUD są niezgodne z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, bowiem nie obejmują wszystkich elementów i czynników cenotwórczych wymaganych w pkt 9.1 SST D-10.02.01.

Zamawiający w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej zawarł jednoznaczne wymagania co do tego jakie elementy mają zostać ujęte w cenach za wykonanie ścianek szczelnych.

W ocenie odwołującego cena jednostkowa zaoferowana w poz. 350 ww. Kosztorysu ofertowego, dot. wbijania stalowych ścianek szczelnych typu larsen, profil III i IV z ładu, rusztowania lub pomostu w grunt kat I-II na głębokość 12m, tj. 147,00 zł - nie uwzględnia wszystkich elementów określonych przez zamawiającego w pkt 9.1 SST D-10.02.01. tj.:

6

a) robót przygotowawczych:

- zakup materiałów i zapewnienie sprzętu do prowadzenia robót,

- sporządzenie przez Wykonawcę projektu organizacji robót i projektu ścianki,

- zapewnienie warunków do przeprowadzenia badań kontrolnych i sporządzenia wyników,

- roboty ziemne.

1) Konsorcjum: Inżynieria Rzeszów S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Wdrożeniowe „INŻBUD” Z. Z., M. Ś. Sp. J. - zaoferowana cena jedn. 1005.01 zł.

2) Konsorcjum: MEGA S.A., DGM Budowa Sp. z o.o., Zakład Ogólnobudowlany M.K. - cena jedn. 802.55 zł.

3) Konsorcjum: WUPRINŻ S.A., TERLAN Sp. z o.o., HYDROWAT Sp. z o.o.,

cena jedn. 1160.40 zł. HYDROWAT K. K., EKOWODROL Sp. z o.o. -

Zdaniem odwołującego wynika z powyższego ceny jednostkowe za wykonanie wbijania ścianek stalowych ścianek szczelnych typu larsen, profil III i IV z ładu, rusztowania lub pomostu w grunt kat. I-II na głębokość 12m, są zbliżone.

W kontekście powyższego istotne jest, iż również Konsorcjum IDS-BUD wyceniło w poz. 174 Kosztorysu ofertowego wbijanie stalowych ścianek szczelnych typu larsen, profil III i IV z ładu, rusztowania lub pomostu w grunt kat. I-II na głębokość 12m - na kwotę 1031,61 zł.

W związku z tym zasadne jest stwierdzenie, iż realna rynkowa cena jednostkowa, uwzględniająca wszystkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ i SST, za wbijanie stalowych ścianek szczelnych typu larsen, profil III i IV z ładu, rusztowania lub pomostu w grunt kat. I-II na głębokość 12m - opiewa na kwotę zdecydowanie wyższą od podanej przez Konsorcjum IDS-BUD w poz. 350 Kosztorysu ofertowego.

Cena jednostkowa w wysokości 147,00 jest zdecydowanie nie wystarczająca do pokrycia nawet części zakresu wymaganego w pkt 9.1 SST D-10.02.01, w szczególności zakup i

dostarczenie niezbędnych materiałów i narzędzi, transport, robocizna, koszty badań.
Analogiczne zastrzeżenia odwołujący formułuje w stosunku do elementu wycenionego przez Konsorcjum IDS-BUD w poz. 351 Kosztorysu ofertowego, tj. d.2.2.4 KNR 2-14 0215-02 - Wyrwanie stalowych ścianek szczelnych z ładu, rusztowania lub pomostu z gruntu kat I-II przy głębokości wbicia I Om, tj. cena jedn. 98,00 zł.

Ceny zaoferowane za wykonanie ww. elementu przez pozostałych Wykonawców zostały skalkulowane na następującym poziomie:

- 1) Konsorcjum: Inżynieria Rzeszów S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Wdrożeniowe „INŻBUD” Z Z, M. Ś. Sp. J. - cena jedn. 942,03 zł.
- 2) Konsorcjum: MEGA S.A., DGM Budowa Sp. z o.o., Zakład Ogólnobudowlany M.K. - cena jedn. 657,20 zł.

7

-
- 3) Konsorcjum: WUPRINŻ S.A., TERLAN Sp. z o.o., HYDROWAT Sp. z o.o., HYDROWAT K. K., EKOWODROL Sp. z o.o. - cena jedn. 543,53 zł.

Wyrwanie stalowych ścianek szczelnych z ładu, rusztowania lub pomostu z gruntu kat I-II przy głębokości wbicia 10m, zostało ujęte także w poz. 175 Przedmiaru robót. Wykonawcy w przedłożonych Kosztorysach ofertowych wycenili tę pozycję na poziomie zbliżonym do cen zaoferowanej w poz. 351, tj.:

- 1) Konsorcjum: Inżynieria Rzeszów S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Wdrożeniowe „INŻBUD” Z Z, M. Ś. Sp. J. - cena jedn. 881,90 zł.
- 2) Konsorcjum: MEGA S.A., DGM Budowa Sp. z o.o., Zakład Ogólnobudowlany M.K. - cena jedn. 657,20 zł.

- 3) Konsorcjum: WUPRINŻ S.A., TERLAN Sp. z o.o., HYDROWAT Sp. z o.o., HYDROWAT K. K., EKOWODROL Sp. z o.o. - cena jedn. 543,33 zł

I tu podobnie, Konsorcjum IDS-BUD wyceniło Wyrwanie stalowych ścianek szczelnych z ładu, rusztowania lub pomostu z gruntu kat I-II przy głębokości wbicia 10 m, na kwotę 382,08 zł.

Powyższe ceny jednostkowe, w tym również cena oferowana przez Konsorcjum IDS-BUD, znacząco przewyższają cenę podaną przez tego wykonawcę w poz. 351 Kosztorysu ofertowego. Taka okoliczność, w ocenie odwołującego, świadczy o tym, iż Konsorcjum IDS-BUD nie uwzględniło w poz. 351 całego wymaganego przez zamawiającego zakresu prac i elementów składających się na wykonanie Wyrwania stalowych ścianek szczelnych z ładu, rusztowania lub pomostu z gruntu kat I-II przy głębokości wbicia 10m.

Powyższe okoliczności świadczą o niezgodności oferty Konsorcjum IDS-BUD z wymaganiami SIWZ, a zatem powinny stanowić podstawę do odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast Zamawiający zaniechał tej czynności, a nawet nie skorzystał z możliwości wezwania ww. Wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w powyższych elementach,

W tym miejscu Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 22.10.2014 r., sygn. akt: KIO 2046/14.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, iż Konsorcjum IDS-BUD wyceniło również w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ elementy wskazane w poz. 223 i 224 Przedmiaru robót w branży sanitarnej.

Zgodnie z kosztorysem ofertowym przedłożonym przez Konsorcjum IDS-BUD wykonanie elementów z ww. pozycji zostało wycenione w następujący sposób:

- 1) poz. 223 d.6.1 Kalkulacja własna - Hydrofor śr. 800 mm f=0,8m2 Sprężarka tłokowa HL 155-50 (1 kpl.)

Zaoferowana cena jedn. 5,00 zł. Łącznie cena: 5,00 zł

- 2) poz. 224 d.6.1 kalkulacja własna - Mieszacz statyczny wodno-powietrzny NP (1 kpl.)

Zaoferowana cena jedn. 5,00 zł. Łącznie cena: 5,00 zł.

8

Zgodnie z pkt 9.1 Podstawa płatności - Ustalenia ogólne, zawartym w SST D-M 00.00.00:

Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu.

Dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest wartość (kwota) podana przez Wykonawcę w danej pozycji kosztorysu.

Cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie

czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w SST i w dokumentacji projektowej.

Ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe robót będą obejmować:

- robocizną bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami,
- wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy,
- wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami,
- koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko,
- koszty ewentualnych działań nie wymienionych w SST, a niezbędnych do wykonania danej roboty
- podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Do cen jednostkowych nie należy wliczać podatku VAT.

Zamawiający zawarł wymagania dotyczące Mieszacza statycznego wodno-powietrznego i Hydrofora na rys.:

1) nr 52 - Obiekt nr 24 Schemat Technologiczny Stacji Uzdatniania Wody w M. Solca Wielka

2) nr 53 - Obiekt nr 24 Rzut przyziemia,

3) nr 54 - Obiekt nr 24 profil podłużny rurociągu spustowego wód popłucznych.

Ponadto wymogi odnośnie ww. elementów zostały zawarte w Projekcie budowlanym. W pkt 10.6 Projektu budowlanego wskazano m.in. że w obrębie stacji uzdatniania wody zaprojektowano wymianę urządzeń. Przyjęto:

- mieszacz statyczny wodno - powietrzny, zainstalowany na rurociągu wody surowej średnicy 40 mm
- hydrofor o pojemności 0,80 m3 o średnicy 800 mm, wyposażony w zawór;
- sprężarkę powietrzną typu Airpress H1 155-50o mocy 1,1 kW ze zbiornikiem wyrównawczym o pojemności 50l.

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 29.10.2015 r.

zamawiający potwierdził, m.in. że stacja uzdatniania wody wchodzi w zakres przedmiotowego zadania. W przedmiarze zakres robót ujęty jest w dziale 6 pozycje 201 - 256.

Mieszacz statyczny wodno-powietrzny i Hydrofor stanowią elementy przedmiotowego zamówienia, które należało wycenić zgodnie z ogólnymi regułami określonymi w SIWZ i w SST. Zaś w przypadku zaoferowania przez Konsorcjum IDS-BUD w poz. 223 i 224 Kosztorysu ofertowego cen w wysokości 5 zł za każdy z ww. elementów - odwołujący stwierdził, iż stanowi to ewidentną sprzeczność z postanowieniami SIWZ. Nie jest bowiem, w ocenie odwołującego, realne dostarczenie, montaż i wykonanie pozostałych niezbędnych czynności, a także pokrycie kosztów robocizny, za zaoferowane kwoty.

Jako że wycena ww. elementów została dokonana w oparciu o kalkulację własną poszczególni Wykonawcy zaoferowali ceny na różnym poziomie, tj.:

1) Konsorcjum: Inżynieria Rzeszów S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Wdrożeniowe „INŻBUD” Z. Z., M. Ś. Sp. J.

- poz. 223 d.6.1 Kalkulacja własna - Hydrofor śr. 800 mm f=0,8m2 Sprężarka tłokowa HL 155-50 (1 kpl.) zaoferowana cena 1100,00 zł

- poz. 224 d.6.1 kalkulacja własna - Mieszacz statyczny wodno-powietrzny NP (1 kpl.) zaoferowana cena 660,00 zł

2) Konsorcjum: MEGA S.A., DGM Budowa Sp. z o.o., Zakład Ogólnobudowlany M.K.

- poz. 223 d.6.1 Kalkulacja własna - Hydrofor śr. 800 mm f=0,8m2 Sprężarka tłokowa HL 155-50 (1 kpl.) zaoferowana cena 24000,00 zł

- poz. 224 d.6.1 kalkulacja własna - Mieszacz statyczny wodno-powietrzny NP (1 kpl.) zaoferowana cena 9200,00 zł

3) Konsorcjum: WUPRINŻ S.A., TERLAN Sp. z o.o., HYDROWAT Sp. z o.o., HYDROWAT K. K., EKOWODROL Sp. z o.o.

-poz. 223 d.6.1 Kalkulacja własna - Hydrofor śr. 800 mm f=0,8m2 Sprężarka tłokowa HL 155-50 (1 kpl.) zaoferowana cena 25000,00 zł

-poz. 224 d.6.1 kalkulacja własna - Mieszacz statyczny wodno-powietrzny NP (1 kpl.) zaoferowana cena 16300,00 zł

Powyższe zestawienie obrazuje jednak zdaniem odwołującego, że ceny zaoferowane przez

Konsorcjum IDS-BUD w poz. 223 i 224 kosztorysu ofertowego w branży sanitarnej są nierealne, a więc niemożliwe jest, aby uwzględniały wszystkie wymogi określone w SIWZ i w dokumentacji projektowej.

Odwołujący podkreślił, iż w ramach przedmiotowego zamówienia, zgodnie z §2 ust. 3 Wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) - Wynagrodzenie odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarach robót, który stanowi załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jest wynagrodzeniem kosztorysowym wskazał także na treść §12 ust. 5 ww. Wzoru umowy. Wynagrodzenie należne wykonawcy będzie ustalane na podstawie kosztorysu powykonawczego, po odbiorze danych elementów. W związku z tym poszczególne elementy wynikające z kosztorysu ofertowego będą rozliczane oddzielnie.

10

Dlatego też zamawiający określił w SIWZ i w SST szczegółowy sposób obliczania poszczególnych cen, tak aby każda z nich zawierała cały zakres niezbędny do wykonania danego elementu, bowiem w przeciwieństwie do wynagrodzenia ryczałtowego, wykonawca nie ma możliwości niwelowania różnic w poszczególnych cenach. Zatem zaoferowanie przez Konsorcjum IDS-BUD wykonania elementów wskazanych w: poz. 223 - Hydrofor śr. 800 mm f=0,8m2 Sprężarka tłokowa HL 155-50 i poz. 224 - Mieszacz statyczny wodno- powietrzny NP (1 kpl) - jest niezgodne z wymaganiami treści SIWZ i SST. W związku z tym, w ocenie Odwołującego oferta ww. wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Natomiast zamawiający zaniechał tej czynności, a nawet nie wezwał ww. wykonawcy do wyjaśnienia powodów zaoferowania tak niskich cen.

Ponadto wyżej opisanemu działaniu Konsorcjum IDS-BUD odwołujący zarzucił naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione zniżenie cen za wykonanie elementów zadania wskazanych w treści niniejszego odwołania. Takie działanie ww. wykonawcy stawia go w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych uczestników postępowania, którzy dokonali kalkulacji cen przy uwzględnieniu wszystkich wymagań określonych w SIWZ.

Ponownie powołał na wyrok KIO 2046/14 oraz wskazał wyrok KIO 1205/15, podnosząc, że za przejaw czynu nieuczciwej przyjmuje się sytuację, gdy wykonawca dokonuje kalkulacji części cen jednostkowych w sposób nierentowny, odbiegający od kosztów ponoszonych na wykonanie tego rodzaju zadania, innych zaś relatywnie wysoko, bilansując koszty na różne elementy zamówienia i zakładając, że określone z nich wykona z większą niż zakładana przez zamawiającego częstotliwością. Powyższe potwierdza stanowisko prezentowane, m.in. w następujących orzeczeniach: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 stycznia 2015 r. w spr. KIO 2734/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 września 2014 r. w spr. KIO 1844/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 października 2014 r. w spr. KIO 2046/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 lutego 2014 r. w spr. KIO 216/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 lutego 2014 r. w spr. KIO 216/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11.

W dniu 29 stycznia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 1 lutego 2016r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87 Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Modlińska 310/312 wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść

11

zamawiającego i utrzymaniu skuteczności tego wyboru. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdyż termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od dnia 4 grudnia 2015r. tj. od daty pierwotnego wyboru. Już bowiem w tamtej dacie według przystępującego odwołujący wiedział, że zamawiający nie odrzucił oferty przystępującego, wobec tej oferty nie były powtarzane ani dokonywane jakiegokolwiek czynności. Tym samym już wówczas odwołujący mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej. Przystępujący powołał się na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej i na to, że dopuszczenie odwołania do rozpoznania

prowadziłoby do powstania praktyki mogącej doprowadzić do przewlekłości postępowań o udzielenie zamówienia. Wskazał na postanowienia sygn. akt KIO 1796/13, KIO 157/11, KIO 970/12, KIO 2991/14 i KIO 341/15. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch wiceprezesów zarządu lidera konsorcjum ujawnionych w KRS załączonym do zgłoszenia i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 lipca 2015r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 1 lutego 2016r.

W dniu 4 lutego 2016r. odwołujący odniósł się do wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania, wnosząc o oddalenie tego wniosku. Wskazał, że przystępujący stanowiąc o zasadzie koncentracji materiału dowodowego pominął okoliczność, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w związku z czynnościami lub zaniechaniami zamawiającego sprzecznym z ustawą. Wskazał, że w dacie 4 grudnia 2015r. jego oferta była sklasyfikowana na 3 pozycji w rankingu ofert i nie znalazł podstaw do kwestionowania oferty uznanej wówczas za najkorzystniejszą. Nie miał zatem interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż wyeliminowanie wykonawcy znajdującego się na drugiej pozycji nie dawało mu szans na uzyskanie zamówienia. Zatem dopiero w sytuacji, gdy zamawiający odrzucił ofertę pierwotnie wybraną interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia ziścił się i przestał być interesem hipotetycznym. Na poparcie swego stanowiska przywołał orzeczenia Izby sygn. akt KIO303/14, KIO1881/10. KIO/UZP 2464/10, KIO 1009/12, KIO 698/12.

Zamawiający oświadczył w dniu 15 lutego 2015r., że uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec tego uwzględnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

12

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, specyfikacji technicznej, oferty przystępującego, oferty Konsorcjum: Inżynieria Rzeszów S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Wdrożeniowe „INŻBUD” Z. Z., M. Ś. Sp. J., oferty Budinż sp. z o.o. z 20 października 2015r., umowy o roboty budowlane nr DU/Zlc/3883/B080/06/2015, umowy o roboty budowlane nr DU/Zlc/3753/B080/05/2015, oferty AquaSeen z dnia 30 października 2015r., aktu umowy nr DU/Zlc/3415/B105/02/2015, aktu umowy nr DU/Zlc/1094/B070/08/2012, kontraktu nr 13/UK/JRP/2013r, kontraktu dot. Zbiorników wodociągowych Gorka Narodowa wschód, informacji ze strony internetowej Seen Holding wygenerowanej w dniu 12 lutego 2016r., opinii pod. Kierunkiem mgr inż. B. K. w takim zakresie w jakim zawiera w sobie ofertę firmy Stabilizator fundamenty sp. z o.o., ofertę pw kotłorembud sp.j. wydruk ze strony internetowej dotyczący sprężarki tłokowej HL 155-50, oferty mieszacze.pl.

W pozostałym zakresie Izba potraktowała opinię złożoną przez odwołującego jako jego stanowisko własne zaprezentowane przez umocowanego w sprawie pełnomocnika B. K. . Izba zwróciła uwagę na to, że jest to opinia prywatna sporządzona na zlecenie odwołującego i przez niego wyłącznie podpisana.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że dane podane w odwołaniu stanowiące cytaty z wyżej wskazanych dokumentów lub wyciągi w zakresie informacji, co do wartości poszczególnych robót odpowiadają danym wynikającym z dopuszczonych dowodów. Izba stwierdziła, że okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami.

Z oferty Budinż sp. z o.o. z 20 października 2015r. wynika, że podmiot ten oferuje przystępującemu wykonanie poz. 350 za cenę 125zł. a poz. 351 za cenę 83zł., identyczny opis pozycji występuje dla poz. 174 i 175 które wyceniono w tej ofercie odpowiednio na 877zł. i 325zł., jednak taka sytuacja nie dotyczy tylko tych pozycji przykładowo poz. 141 z ceną 808zł. odpowiada opisowi poz. 317 z ceną 334zł. (pozycje nie kwestionowane przez odwołującego).

Z umowy o roboty budowlane nr DU/Zlc/3883/B080/06/2015 i z umowy o roboty budowlane nr DU/Zlc/3753/B080/05/2015, że firma Budinż na rzecz lidera przystępującego wykonywała roboty polegające m. in. na wyciąganiu i wbijaniu grodzic stalowych, który to zakres

obejmował opracowanie projektu wykonawczego, mobilizację sprzętu i personelu, montaż ścianki, dostawę elementów rozparcia, demontaż rozparcia i modyfikację gruntu oraz zapewnienie sprzętu do montażu i demontażu rozparcia ścianki oraz wszelkich innych czynności i świadczeń niezbędnych do kompleksowego wykonania przedmiotu umowy. Z oferty AquaSeen z dnia 30 października 2015r. wynika, że oferta obejmuje wykonanie na rzecz spółki IDS-Bud, wykonanie robót instalacyjno – montażowych w branży technologicznej pozycje przedmiaru 222s.6.1 – 237 d.6.1, w tym poz. 223 za cenę 4,25zł. i poz. 224 za cenę 4,25zł. Z aktu umowy nr DU/Zlc/3415/B105/02/2015 i aktu umowy nr

13

DU/Zlc/1094/B070/08/2012 wynika, że AquaSeen wykonuje na rzecz IDS-bud od 2012 do 2015 prace polegające na wykonaniu kompleksowym technologii i instalacji stacji uzdatniania wody

Z kontraktu nr 13/UK/JRP/2013r i kontraktu dot. Zbiorników wodociągowych Gorka Narodowa wschód wynika, że IDS – Bud tworzyło konsorcja dla realizacji zamówień publicznych z Seen Technologie i AquaSeen

Z informacji ze strony internetowej Seen Holding wygenerowanej w dniu 12 lutego 2016r. wynika, że AquaSeen wchodzi w skład holdingu Seen Holding i zajmuje się technologiami uzdatniania wody.

Z opinii pod. Kierunkiem mgr inż. B. K., w takim zakresie, w jakim zawiera w sobie ofertę firmy Stabilizator Fundamenty sp. z o.o., ofertę pw kotłorembud sp.j. wydruk ze strony internetowej dotyczący sprężarki tłokowej HL 155-50, oferty mieszacze.pl., wynika, że firma Stabilizator Fundamenty może zaoferować usługę wbijania ścianek z materiału powierzonego w cenie 85zł./m2 i wrywania za cenę 65zł./m2, firma kotłorembud zaoferowała firmie Amplus wykonanie zbiornika hydroforowego typu HP o objętości v=800l za cenę wersji lakierowanej 4500zł. netto, wersji ocynkowanej ogniowo- 5200zł. netto plus koszty dostawy 550zł., w Internecie jest oferowana sprężarka tłokowa HL 155-50 za cenę netto 379,72zł., z oferty mieszacze.pl dla firmy Amplus wynika, że mieszacz statyczny typ NP. DN 50 w ilości 2 sztuk jest oferowany w zależności od materiału za cenę 1 sztuki 3900zł. netto lub 4680zł./netto.

Oceniając przedłożony materiał dowodowy Izba uznała, że pomiędzy stronami nie ma sporu, co do tego, że przystępujący zaoferował te same pozycje kosztorysowe i według tych samych podstaw kalkulacji, które wynikały z przedmiaru załączonego do siwz. Spór także nie dotyczy tego, czy kosztorys ofertowy przystępującego obejmuje wszystkie pozycje przedmiaru robót. Sporne jest natomiast to czy za zaoferowane w poz. 350, 351, 223 i 224 przez przystępującego ceny można pokryć koszty zakupu materiałów, robociznę, sprzęt czy inne koszty, które wykonawcy muszą ponieść w związku z realizacją przedmiotowego postępowania, przy czym jako podstawę treści siwz, która ma służyć jako wzorzec porównania treści oferty odwołujący powołuje postanowienia opisu sposobu obliczenia ceny oferty z siwz oraz postanowienia szczegółowych specyfikacji technicznych w tej części, w której regulują one podstawę płatności. Pomiędzy stronami nie jest sporny fakt, że wynagrodzenie w ramach przyszłej umowy miało mieć charakter kosztorysowy i być rozliczane metodą obmiarową. Izba dała wiarę dowodom przedłożonym tak przez odwołującego i załączonym do opinii prywatnej jak i przedłożonym przez przystępującego na rozprawie. Na podstawie dowodów odwołującego Izba ustaliła, że oferta firmy Stabilizator Fundamenty określa koszty robocizny w poz. 350 i 351 i koszty te są niższe niż wskazane przez przystępującego w jego ofercie. Brak jest dowodu na to, że koszt tych pozycji

14

zaoferowanych przez przystępującego nie obejmuje wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotowej pozycji. Natomiast za stanowiska odwołującego opartego o kalkulację według Wacetob, to należałoby dojść do przekonania, że każdy z wykonawców składających oferty w niniejszym postępowaniu nie uwzględnił jakiś elementów kosztowych wymaganych przez zamawiającego. Z oświadczenia tego wynika bowiem, że według Wacetob najniższym minimalnym poziomem ceny jednostkowej w poz. 350 jest cena 1385, 44zł., zaś zaoferowane ceny jednostkowe to 147,00zł. (przystępujący), 881zł. (oferta DGM), 1174,06 zł. (odwołujący), 1206,48zł. (Konsorcjum Inżynieria), a w poz. 351 – 1042,49zł. podczas gdy złożone oferty to 98,00zł. (przystępujący), 543,53zł. (odwołujący), 657,20zł. (DGM) i 942,03 zł. (Konsorcjum Inżynieria). Paradoksalnie z tego stanowiska odwołującego

wynika, że ofertą najbardziej zbliżoną do minimalnego poziomu kosztów według Wacetob jest oferta Konsorcjum Inżynieria, która została odrzucona z uwagi na niewykazanie, że zaoferowana cena oferty nie stanowi ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dała wiary temu stanowisku odwołującego, uznając, że gdyby dać mu wiary, to idąc rozumowaniem odwołującego również jego ofertę należałoby rozważyć w kontekście postanowień siwz i specyfikacji technicznych co do wymaganego sposobu obliczenia ceny oferty. Biorąc pod uwagę dowód z oferty Budinż i dając wiary dowodowi z oferty Stabilizator Fundamenty, które to oferty nie były ze sobą sprzeczne, w ocenie Izby nie było podstaw do przyjęcia, że przystępujący w pozycjach 350 i 351 nie wycenił wszystkich wymaganych przez zamawiającego elementów cenotwórczych. Oceniając materiał dowodowy zgromadzony w zakresie poz. 223 i 224, to odwołujący w zakresie poz. 223 wykazał za pomocą załączonych oferty, że koszt zakupu materiałów i ich dostawy to kwota 6129,72 zł. (na którą składają się 5200zł. koszt hydroforu w wersji ocynkowanej ogniowo plus 550 zł. koszt dostawy na plac budowy oraz 379,72zł. koszt sprężarki), natomiast jak wynika ze stanowiska odwołującego w zakresie tej pozycji zaoferowano ceny 5zł. (odwołujący), 1100zł. (Konsorcjum Inżynieria), 24 000zł. (DGM) i 25000zł. (odwołujący). Z powyższego wynikałoby, że dwie oferty nie uwzględniają wszystkich kosztów, a dwie są rażąco przeszacowane. W ocenie Izby zatem nie są one wiarygodne dla przesądzenia o prawidłowej kalkulacji obejmującej wszystkie wymagane przez zamawiającego koszty nawet uwzględniając, że poza podanym kosztem materiałów i dostawą w grę wchodzi inne koszty, które odwołujący wycenił na łączną kwotę 7205,85zł. Biorąc to pod uwagę Izba uwzględniła dowody przedłożone przez przystępującego, z dowodów tych wynika, że przystępujący kalkulował ofertę w oparciu o uzyskaną na potrzeby tego konkretnego postępowania ofertę firmy AquaSeen, przedstawił, że pozostaje z tą firmą w stałych stosunkach handlowych, a oświadczenie AquaSeen na stronie 3 wyraźnie wskazuje, że właśnie ze względu na tę dobrze układającą się współpracę przystępującemu zaoferowano takie ceny. Analogicznie kształtuje się materiał dowody dotyczący poz. 224 tj.

15

odwołujący wskazał na ofertę wskazującą na cenę mieszającą od 3 900 do 4680zł. i przedstawił, że taka kalkulacja własna w świetle tej oferty powinna wynosić 5 309,20zł. natomiast zaoferowane oferty to 5zł. (przystępujący), 660zł. (Konsorcjum Inżynieria), 9 200zł. (DGM) i 16 300zł. (odwołujący) Z powyższego wynikałoby, że dwie oferty nie uwzględniają wszystkich kosztów, a dwie są rażąco przeszacowane. W ocenie Izby zatem nie są one wiarygodne dla przesądzenia o prawidłowej kalkulacji obejmującej wszystkie wymagane przez zamawiającego koszty. Biorąc to pod uwagę Izba uwzględniła dowody przedłożone przez przystępującego, z dowodów tych wynika, że przystępujący kalkulował ofertę w oparciu o uzyskaną na potrzeby tego konkretnego postępowania ofertę firmy AquaSeen, przedstawił, że pozostaje z tą firmą w stałych stosunkach handlowych, a oświadczenie AquaSeen na stronie 3 wyraźnie wskazuje, że właśnie ze względu na tę dobrze układającą się współpracę przystępującemu zaoferowano takie ceny.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. W zakresie zarzutów, które mogły być podniesione po czynności pierwotnego wyboru z dnia 4 grudnia 2015r., to Izba nie podziela poglądu prawnego przystępującego, tj. że odwołanie należy odrzucić uznając je za spóźnione. W ocenie Izby bowiem czynność prawna, o której zamawiający poinformował w dniu 4 grudnia 2014r. (pierwotny wybór) została wyeliminowana z przedmiotowego postępowania przez czynności zamawiającego tj. unieważnienie czynności pierwotnego wyboru w skutek wyroku Izby z dnia 29 grudnia 2015r. w sprawie sygn. akt KIO 2720/15. Tym samym czynność pierwotnego wyboru jest czynnością nieistniejącą, a w konsekwencji jedyną czynnością istniejącą w przedmiotowym postępowaniu jest czynność nowego wyboru tj. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, o której zamawiający poinformował w dniu 20 stycznia 2016r. Izba w tym zakresie wskazuje na tezę wyroku TSUE z dnia 8 maja 2014r. sygn. akt C-

161/13, gdzie TSUE wskazał, że art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 2a ust. 2 akapit ostatni dyrektywy 92/13 koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów unijnych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66, należy interpretować w ten sposób, że termin na wniesienie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia powinien biec od nowa,

16

w sytuacji gdy podmiot zamawiający przyjął nową decyzję, po przyjęciu tej decyzji o udzieleniu zamówienia, lecz przed podpisaniem umowy, mogącą mieć wpływ na zgodność z prawem rzeczowej decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg tego terminu rozpoczyna się od chwili zawiadomienia oferentów o późniejszej decyzji lub w jego braku - od chwili, w której zapoznali się oni z tą decyzją. W sytuacji gdy oferent po upływie terminu na wniesienie środka odwoławczego przewidzianego w przepisach krajowych dowiaduje się o uchybieniu, które miałyby zostać popełnione przed przyjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia, prawo wniesienia środka odwoławczego od tej decyzji przysługuje mu wyłącznie w tym terminie, chyba że wyraźny przepis prawa krajowego gwarantuje takie prawo zgodnie z prawem Unii. Z powołanego orzeczenia wynika zatem, że unieważnienie decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej i wydanie w jej miejsce nowej o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87 Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Modlińska 310/312, otworzyło odwołującemu prawo do noszenia środków ochrony prawnej Świadczy o tym wprost pkt. 44 uzasadnienia powołanego wyżej orzeczenia, w którym TSUE wywodzi, że „Należy zauważyć, że w sytuacji będącej przedmiotem postępowania głównego w przypadku stwierdzenia nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia zgrupowaniu, które zajęło pierwsze miejsce w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, ponowna decyzja o udzieleniu zamówienia innemu oferentowi może być przedmiotem nowej skargi o stwierdzenie nieważności w terminie przewidzianym w przepisach krajowych.” W ocenie Izby, aby móc skorzystać z środków ochrony prawnej wykonawca musi poza wypełnieniem przesłanek formalnych dysponować także interesem w uzyskaniu zamówienia i wykazać możliwość poniesienia szkody na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba odrzuca odwołanie, które zostało wniesione po upływie terminu na jego wniesienie. Terminy te uregulowane są w art. 182 i ustawodawca przewidział co najmniej 3 różne terminy na wniesienie takich odwołań, z czego dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie istotne znaczenie ma art. 182 ust. 1 pkt 1, który stanowi o wnoszeniu odwołań wobec czynności, o których Zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawców. Przepis ten wskazuje na 10-dniowy termin na wniesienie odwołania od chwili przekazania przez Zamawiającego informacji drogą elektroniczną lub faksową, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Spór sprowadza się w istocie do rozstrzygnięcia o tym, czy ponowienie czynności otwiera stronie prawo do złożenia kolejnego odwołania na ponowioną czynność. Oczywiście Izba podziela stanowisko wyrażone przez Przystępującego w takim zakresie, w jakim możliwość ponownego wniesienia odwołania nie powinna otwierać wykonawcom drogi do podnoszenia okoliczności, które mogłyby być podniesione w ramach pierwotnej decyzji Zamawiającego, niemniej jednak o dopuszczalności odwołania stanowi

17

art. 179 ust. 1 ustawy, który uprawnia tylko wykonawcę, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i poniósł lub może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy, a zatem zakaz podnoszenia okoliczności, które tkwiły już w czynności pierwotnego wyboru może dotyczyć tylko wykonawcy uprawnionego do wniesienia środka ochrony prawnej w trybie art. 179 ust. 1. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, iż w dacie biegu terminu na wniesienie odwołania w dacie 4 grudnia 2015r. nie był w stanie wykazać możliwości poniesienia szkody w związku z wniesieniem odwołania wobec oferty znajdującej się na 2 pozycji - oferty konsorcjum IDS-BUD. Bezsporne jest, że konsorcjum Inżynieria złożyło wyjaśnienia co do ceny rażąco niskiej, jak i to że ocena tych wyjaśnień dokonana pierwotnie przez Zamawiającego została uznana przez KIO za błędną, niemniej jednak ocena takich wyjaśnień każdorazowo wymaga rozważenia wielu aspektów ekonomicznych wskazanych w wyjaśnieniach, jak również ich oceny w kontekście realności

zaoferowanej ceny. Wynik tej oceny może być różny, stąd też nie można w sposób jednoznaczny przypisać na etapie podejmowania decyzji o wnoszeniu środków ochrony prawnej Odwołującemu nawet potencjalnej możliwości powzięcia wiedzy co do istnienia przesłanek do wniesienia odwołania wobec wyboru konsorcjum Inżynieria Rzeszów. W tym stanie rzeczy należało uznać, że możliwość wykazania poniesienia szkody u Odwołującego nastąpiła dopiero z chwilą uzyskania informacji o ponowionym wyborze i dopiero z tą datą otworzył się wykonawcy termin na wniesienie odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty Konsorcjum IDS-BUD i nieodrzućcenie oferty, pomimo, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zatem dla możliwości zastosowania tej normy zamawiający musi ustalić treść siwz, następnie ustalić treść oferty i obie te treści porównać badając czy sobie odpowiadają. Odwołujący ustalonej treści siwz w postanowieniach siwz dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty oraz podstaw płatności z SST. W ocenie Izby w zakresie poz. 350 i 351 zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala

18

na przyjęcie, że przystępujący nie wycenił jakiś konkretnych kosztów, które zamawiający nakazał skalkulować w ofercie, w tym zakresie zatem na podstawie powołanych postanowień siwz nie sposób ustalić, że treść oferty przystępującego im nie odpowiada. Co do poz. 223 i 224, to jak strony zgodnie przyznawały oparte były o kalkulację własną. Rozbieżności pomiędzy poszczególnymi ofertami były bardzo znaczące, zaś przedstawione przez odwołującego dowody nie wykazywały tego, że ewentualni dostawcy mieli wiedzę na temat wymagań zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Tym samym jak już stwierdzono wyżej Izba oceniła, że przy kalkulacji własnej zamawiający wbrew stanowisku odwołującego nie narzucił sposobu skalkulowania ceny oferty nie sposób zatem stwierdzić w tym zakresie niezgodności treści oferty z treścią siwz. Nadto Izba dała wiarę dowodom przedłożonym przez przystępującego, że możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezastosowanie przy ocenie oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD także dlatego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby zarzut nie został udowodniony. Przede wszystkim odwołujący zarzucając zaoferowanie przedmiotu zamówienia poniżej kosztów wytworzenia (odwołujący wskazywał jako czyn nieuczciwej konkurencji także art. 15 ust. 1 ustawy, w tym oferowanie przedmiotu zamówienia poniżej kosztów jego wytworzenia lub świadczenia) nie wykazał, w jaki sposób działanie przystępującego zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. W ocenie Izby z analizy zgromadzonego materiału dowodowego w zakresie poz. 350 i 351 brak jest przekonującego dowodu ze strony odwołującego, że jest to w ogóle świadczenie poniżej kosztów i w tym zakresie Izba odwołuje się do swoich ustaleń stanu faktycznego, a zatem brak zaistnienia pierwszej przesłanki powoduje, że nie jest konieczne rozważenie drugiej przesłanki. Natomiast, co do

poz. 223 i 224 o ile są dowody, że odwołujący nie mógł pozyskać świadczenia w zakresie pozycji 223 i 224 za cenę 5zł., to należy wziąć pod uwagę, że zgromadzony materiał dowodowy wykazuje, że przystępujący był w stanie takie świadczenie z założeniem zysku

19

pozyskać. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego innych przepisów wymienionych w treści niniejszego odwołania.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut nie został konkretyzowany przez odwołującego w odwołaniu, na rozprawie referował go do naruszenia uczciwej konkurencji, a więc zarzutów konkretyzowanych opartych na normach art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. W tym stanie rzeczy należało uznać zarzut za niepodniesiony jako odrębny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 - przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający sporządził jeden przedmiar jednakowy dla wszystkich wykonawców i nałożył na wszystkich wykonawców jednakowe zasady sposobu obliczenia ceny zaoferowanej w ofercie. Biorąc pod uwagę fakt, że Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ani naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Izba uznała, że zamawiający nie naruszył powyższej zasady także na etapie oceny złożonych oferty. W konsekwencji Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 3 - przez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy zamawiający jest obowiązany dokonać wyboru wykonawcy, zgodnie z przepisami ustawy. Wobec faktu, że Izba nie podzieliła zarzutów odwołania tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego wyboru wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy. W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 - przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty.

20

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Biorąc pod uwagę fakt, że zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdził istnienia wątpliwości, co do zaoferowanej przez przystępującego ceny w zakresie poz. 223 i 224 (bo do tych pozycji odwołujący na rozprawie skonkretyzował postawiony zarzut), to nie było podstaw do wzywania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w świetle art. 87 ust. 1 ustawy. Ten brak wątpliwości wynika w ocenie Izby przede wszystkim z tego, że zamawiający oczekiwał w zakresie poz. 223 i 224 kalkulacji własnej, stąd musiał liczyć się z możliwością różnej wyceny tej pozycji przez poszczególnych wykonawców. Podsumowując, Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 pkt 2 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: