Sygn. akt: KIO 1339/13
KIO 1354/13

WYROK
z dnia 19 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 czerwca 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 4 czerwca 2013 r. przez **wykonawcę M…….. M…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELGRUNT z siedzibą w Gdyni, ul. Starochwaszczyńska 64**

B. w dniu 6 czerwca 2013r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: R…….. D……..prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DR-BUD R…… D…….. z siedzibą w Wieliczce, ul. Limanowskiego 1A/20 oraz Firmę Handlową „ELA" H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Towarowa 27,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Tarnowskie Góry w Tarnowskich Górach, ul. Rynek 4**

przy udziale **wykonawcy K…… M…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK" z siedzibą w Krynicy – Zdrój Mochnaczka Wyżna 59** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1339/13 i 1354/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie M…….. M…… prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELGRUNT z siedzibą w Gdyni, ul. Starochwaszczyńska 64 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia

oferty odwołującego i powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,

1B. uwzględnia odwołanie Konsorcjum Firm: R…… D…… prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DR-BUD R…….. D…….. z siedzibą w Wieliczce, ul. Limanowskiego 1A/20 oraz Firmę Handlową „ELA" H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Towarowa 27 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Tarnowskie Góry w Tarnowskich Górach, ul. Rynek 4** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000zł. 00 gr. (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę M…… M…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELGRUNT z siedzibą w Gdyni, ul. Starochwaszczyńska 64** oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: R…….. D…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DR-BUD R…… D…… z siedzibą w Wieliczce, ul. Limanowskiego 1A/20 oraz Firmę Handlową „ELA" H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Towarowa 27** tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od **Gminę Tarnowskie Góry w Tarnowskich Górach, ul. Rynek 4**

kwotę 43 600zł. 00 gr (słownie: czterdzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), w tym

A. na rzecz **wykonawcy M…….. M…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELGRUNT z siedzibą w Gdyni, ul. Starochwaszczyńska 64** kwotę 20 000 zł. 00 gr (słownie : dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów uiszczonego wpisu,

B. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: R…….. D…… prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DR-BUD R…… D…….. z siedzibą w Wieliczce, ul. Limanowskiego 1A/20 oraz Firmę Handlową „ELA" H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Towarowa 27**

---

kwotę 23 600 zł. 00 gr (słownie : dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów uiszczonego wpisu i zastępstwa prawnego.

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 Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1339/13
KIO 1354/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz oczyszczalni ścieków komunalnych w Tarnowskich Górach II Faza Zadanie nr 2 Rybna zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Tarnowskie Góry w Tarnowskich Górach ul. Rynek 4 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lutego 2013r. za numerem 2013/S 038-059785.

W dniu 28 maja 2013r. zamawiający poinformował wykonawców faksem o wynikach postępowania. Jako ofertę najkorzystniejszą wybrano ofertę K……. M…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK" w Mochnaczce Wyżnej, który złożył ofertę nr 5 zawierająca cenę brutto 17.969.173,34 PLN. Jednocześnie na podstawie na podstawie art.89 ust. 1 pkt.4 w związku z art. 90 ust.3 ustawy odrzucono ofertę Przedsiębiorstwa Wielobranżowego ELGRUNT albowiem - w ocenie zamawiającego - zawiera ona rażąco niską cenę. Na tej samej podstawie odrzucono ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: R…… D…… prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DR-BUD R…… D……. z siedzibą w Wieliczce, ul. Limanowskiego 1A/20 oraz Firmę Handlową „ELA" H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Towarowa 27. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał, że ELGRUNT nie wyjaśnił wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania elementów ceny oferty i nie obalił domniemania o złożeniu oferty z rażąco niską cena. Zamawiający uznał za niewystarczającą odpowiedź ELGRUNT z dnia 30 kwietnia 2013r udzieloną na wezwanie do udzielenia wyjaśnień w sprawie wysokości zaoferowanej ceny, która zdaniem zamawiającego nie zawierała żadnego z elementów wskazanych z wezwaniu zamawiającego. Co do Konsorcjum DR-BUD zamawiający w rozstrzygnięciu wskazał, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Swoje przekonanie zamawiający oparł o to, że Konsorcjum DR-BUD powołuje się na doświadczenie w realizacji analogicznych inwestycji podczas, gdy dla wykazania warunku udziału w postępowaniu Konsorcjum posłużyło się potencjałem innego podmiotu firmy DEK sp. z o.o. sp.k. Nadto

zaoferowane przez Konsorcjum DR-BUD ceny są w pozycjach 12, 14, 15, 20, 48, 54, 55, 56, 72, 73, 86, 87, 88 są niższe niż ceny minimalne zawarte w bazie Sekocenbud. Dodatkowo zamawiający wskazał, że Konsorcjum DR-BUD przedstawiło m. in. oferty materiałowe firmy FH ELA oraz oferty cenowe podwykonawców robót i z tych ofert wynika, że w poz. 17 i 44 oferty przetargowej podano niższą cenę jednostkową niż wynika to z uproszczonego

zsumowania ceny 1 mb rury podanej w ofercie materiałowej oraz ceny jednostkowej za ułożenie 1 mb rurociągu. Zaoferowano cenę w poz. 17 – 75zł., a po powyższych obliczeniach powinno być 78,00zł., zaś w poz. 144 w ofercie podano 106,00zł., a powinno być 112,00zł. Zamawiający stwierdził także, iż jego wątpliwości budzi rozkład wycen dla poszczególnych części, co może mieć znamiona dążenia do uzyskania dodatkowych korzyści w postaci podwyższania cena za czynności wcześniej płatne i obniżania za czynności płatne później. W ocenie zamawiającego może to znamionować czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazał także iż wykonanie zamówienia za oferowaną cenę jest wątpliwe, bo zasadnicza część robót stanowi jedynie 36% wartości średniej pozostałych ofert, zaś budowa i modernizacja kanalizacji, aż 56%.

Sygn. akt KIO 1339/13

W dniu 4 czerwca 2013r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia własnej oferty odwołanie złożył wykonawca M…….. M…… prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELGRUNT z siedzibą w Gdyni, ul. Starochwaszczyńska 64. Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 3 czerwca 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy), przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2) art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy przez dokonanie błędnej i nieobiektywnej oceny wyjaśnień odwołującego w kwestii rażąco niskiej ceny, brak oceny obiektywnych czynników mających wpływ na cenę i oszczędności wykonania zamówienia oraz sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych odwołującemu,

3) art. 89 ust, 1 pkt. 4 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo złożenia wyczerpujących i merytorycznych wyjaśnień w kwestii podejrzenia o zastosowanie rażąco niskiej ceny,

4) art. 91 ust. 1 ustawy, przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,

5) art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy, przez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego

Wniósł o :

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,

2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że rozstrzygnięcie zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty K……. M…….. narusza przepisy prawa z następujących przyczyn:

Wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt.4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podniósł, że ustawa nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny". Zdaniem odwołującego w orzecznictwie sądowym i Krajowej Izby Odwoławczej utrwalił się pogląd, że za ofertę z „rażąco niską ceną" należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Dla uznania, że cena jest rażąco niska, konieczne jest wykazanie, iż przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Jedynym bowiem ograniczeniem, jakie ustawa nakłada na wykonawców jest wymaganie, aby wyliczona i zaoferowana cena była realistyczna,

pozwalała na należytą realizację zamówienia oraz zapewniała wykonawcy chociażby minimalny zysk. W tej sytuacji, aby zamawiający mógł uznać, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy, musi wykazać, że jest ona nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego przepisy ustawy nie wprowadzają żadnego domniemania złożenia oferty z rażąco niską cena, na które powołał się zamawiający, a zamawiający w żadnej mierze nie wykazał, że cena zaoferowana przez odwołującego jest nierealna, nie pozwala na realizację zamówienia i nie zapewnia odwołującemu zysku. W zawiadomieniu o rozstrzygnięciu przetargu, zamawiający powołał się ogólnie na swoje bliżej nieokreślone „wątpliwości co do prawidłowości skalkulowania ceny", nie podając na czym konkretnie te wątpliwości polegają i z czego wynikają.
Również w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 29 kwietnia 2013r, zamawiający nie wyjaśnił które elementy ceny zaoferowanej przez odwołującego budzą jego wątpliwości i z jakich przyczyn, wskazując ogólnie na obawy co do możliwości i realności wykonania zamówienia za proponowaną cenę. Zamawiający wskazał także na potrzebę przedłożenia rzeczowych dowodów na realność złożonej przez odwołującego oferty, nie podając jednak jakie to mają być dowody. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie może zwracać się ogólnikowo o wyjaśnienia. Wprost przeciwnie, powinien dokładnie określić stopień ich szczegółowości i dopiero po ich ocenie podejmować decyzję o ewentualnym odrzuceniu oferty. Głównym argumentem zamawiającego był fakt, że cena zaoferowana przez odwołującego stanowi 62% ceny brutto określonej w kosztorysie inwestorskim i 79 % średniej cen pozostałych oferentów. Jednak w świetle obecnego orzecznictwa, samo zestawienie kwot zaproponowanych przez oferentów nie jest dowodem rażąco niskiej ceny.

W szczególności, niedopuszczalne jest automatyczne uznanie, że oferta jest zaniżona w stosunku do wartości zamówienia na podstawie wyłącznie jej arytmetycznej oceny.
Ponadto wbrew twierdzeniom zamawiającego, w wyjaśnieniu z dnia 30 kwietnia 2013r, odwołujący uważa, że szczegółowo opisał sposób kalkulacji ceny oraz okoliczności pozwalające mu na wykonanie zamówienia za proponowaną cenę, z zyskiem. Wynika to z faktu posiadania przez odwołującego własnego sprzętu i zaplecza technicznego, własnych pracowników i zasobów finansowych pozwalających na sfinansowanie realizacji zamówienia bez konieczności zaciągania kredytu. Odwołujący wyjaśnił również, że cena nie została obliczona w oparciu o bazy KNR z rozbiciem na nakłady RMS albowiem nie wymagała tego specyfikacja istnych warunków zamówienia. Zaoferowana cena to wynik z cen jednostkowych stosowanych u odwołującego, opartych na realnych kosztach robocizny, materiałów i sprzętu. Podkreślił, że norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 ustawy skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować.
Zamawiający nie podał także żadnych merytorycznych argumentów na poparcie swojego twierdzenia, że cena wykonania przedmiotu zamówienia wynikająca z kosztorysu inwestorskiego ustalona została prawidłowo i ma charakter rynkowy.
Całkowicie niezasadny, zdaniem odwołującego, jest argument zamawiającego, co do niewykazania stosowanymi dokumentami możliwości uzyskania przez odwołującego rabatów przy zakupie materiałów na potrzeby realizacji zamówienia. Po pierwsze, jak wyżej wskazano zamawiający w piśmie żądającym udzielenia wyjaśnień, nie domagał się przestawienia takiego dokumentu. Po drugie, odwołujący może jedynie ujawnić tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, a nie innego przedsiębiorstwa, w tym przypadku firmy będącej dostawcą materiałów na potrzeby realizacji zamówienia. Bez zgody tej firmy, nie ma możliwości ujawnienia informacji o stosowanej przez nią polityce cenowej, nawet na potrzeby zamówienia publicznego.
Wyjaśnienia odwołującego dotyczące zaoferowanej ceny, nie były zatem ogólnikowe, zaś ich ocena w żaden sposób nie mogła doprowadzić do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
Wręcz przeciwnie, w ocenie odwołującego, zarzuty zamawiającego należy uznać za ogólnikowe i pozbawione podstaw. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, zamawiający, oceniając wyjaśnienia oferenta, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające

wykonawcy. Treść rozstrzygnięcia przetargu prowadzi do wniosku, że zamawiający nie dokonał oceny oferty odwołującego z uwzględnieniem podanych wyżej kryteriów.
Należy także podkreślić, że przedsiębiorstwo odwołującego jest dochodowe, generuje zysk na realizowanych kontraktach, ma dobrą sytuację finansową uwidocznioną w bilansach. Nie istnieje zatem żadna potrzeba oferowania przez odwołującego nierealnych cen, nie zapewniających osiągnięcia zysku. Ponadto odwołujący podkreślił, że oferta wybrana o 2 % różni się od ceny zaoferowanej przez odwołującego i jest także znacząco niższa od wartości wynikającej z kosztorysu inwestorskiego. Jednak z niewiadomych przyczyn, cena wybranego wykonawcy została uznana przez zamawiającego za rynkową i zapewniającą zysk na kontrakcie, zaś cena o 2% mniejsza, za rażąco niską.
W związku z powyższym zaskarżone czynności zamawiającego nie mają racjonalnych podstaw. Odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło bez wyjaśnienia czynników i okoliczności, o których mowa w art.90 ust. 2 ustawy oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

W dniu 5 czerwca 2013r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
W dniu 7 czerwca 2013r. swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca K…… M…… prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK" z siedzibą w Krynicy – Zdrój Mochnaczka Wyżna 59, wskazał, że mają interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana i gdy odwołanie zostanie oddalone uzyska zamówienie. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy.
Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.
Sygn. akt KIO 1354/13
W dniu 6 czerwca 2013r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na odrzucenia własnej oferty odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum DR-BUD R…… D……. oraz F.H. „ELA" H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane sp. z o.o. Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy DR-BUD działającego w imieniu własnym oraz w imieniu partnera konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 czerwca 2013r. udzielonego przez prokurenta samoistnego partnera ujawnionego w KRS partnera załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 6 czerwca 2013r. drogą elektroniczną.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku czynności badania i oceny ofert poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oraz nieuprawniony wybór jako najkorzystniejszej oferty nr 5 – K…….. M…… Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik", Mochnaczka Wyżna 59, 33-380 Krynica Zdrój w sytuacji kiedy najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu była oferta odwołującego;
2) naruszenie art. 90 ust. 2 oraz 3 ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie prowadzące do błędnego i całkowicie nieuzasadnionego uznania, iż oferta złożona przez odwołującego zawiera rażąco niską cenę;
3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy przez jego bezpodstawne zastosowanie prowadzące do nieuzasadnionego a tym samym bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego;
4) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy przez jego błędne zastosowanie prowadzące do wadliwego uznania oferty nr 5 złożonej przez K…….. M……. dokonania Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik" za ofertę najkorzystniejszą w sytuacji kiedy najkorzystniejszą ofertą w rozumieniu przywołanego przepisu jest oferta odwołującego;

Wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:
1) Dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego którą dysponuje zamawiający w postaci:
a. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - na okoliczność jej treści, w tym w szczególności co do wymogów w zakresie sposobu przygotowania oferty, sposobu obliczania ceny oraz kryteriów oceny ofert;
b. Oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - na okoliczność jej treści, w tym w szczególności na okoliczność wysokości ceny zaoferowanej przez odwołującego;
c. Ofert złożonych przez pozostałych wykonawców - na okoliczność ich treści w tym w na okoliczność wysokości cen zaoferowanych przez pozostałych szczególności wykonawców;
d. Pisma zamawiającego z dn. 29.04.2013 r. (znak: BZP.271.3.70.2013) - wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy tj. co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej za wykonanie przedmiotu zamówienia - na okoliczność jego treści;
e. Pisma odwołującego z dn. 07.05.2013 r. - odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień z w trybie art 90 ust. 1 ustawy wraz z załącznikami w postaci oferty cenowej spółki CORSIN sp. z o.o. z dn. 27.03.2013 r. w zakresie materiału zasypowego (wymiana gruntu w drogach], oferty handlowej F.H. ELA Sp. z o.o. nr 0188/04/2013 z dn. 29.03.2013r. w

zakresie materiałów instalacyjnych; oferty ECOL-UNICON Sp. z o.o. nr 151130 z dn. 29.03.2013 r. w zakresie pompowni ścieków wraz ze specyfikacją; oferty MAJWER Sp. z o.o. z dn. 28.03.2013 r. w zakresie robót wod- kan wraz z kosztorysem; oferty ECODOM Sp. z o.o. z dn. 18.03.2013 r. w zakresie robót instalacyjnych; oferty cenowej „INś.-DROG" A…….. M…….. z dn. 22.03.2013 r. w zakresie robót drogowych wraz z kosztorysem - na okoliczność jej treści w tym w szczególności należytego wykazania przez Odwołującego, iż zaoferowana przez niego cena ofertowa nie ma charakteru ceny rażąco niskiej;
f. Pisma zamawiającego z dn. 29.04.2013 r. znak: BZP.271.7.76.2013 - na okoliczność podnoszenia przez zamawiającego argumentu o znacząco wysokiej wycenie określonych elementów składowych oferty odwołującego;
g. Pisma odwołującego z dn. 07.05.2013 r. - odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy z dn. 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych - na okoliczność jego treści;
h. Informacji z otwarcia ofert z dn. 04.04.2013r.
i. Zawiadomienia o wyniku postępowania z dn. 28.05.2013 r. (znak: BZP.271.7.116.2013) - na okoliczność jego treści, w tym w szczególności daty jego doręczenia odwołującemu oraz braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego;
2) Pisma odwołującego z dn. 28 maja 2013 r. w przedmiocie przedłużenia okresu związania ofertą o kolejne 60 dni wraz z aneksem do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej przedłużającej termin ważności gwarancji - na okoliczność wykazania interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz przedłużenia okresu związania ofertą oraz okresu ważności gwarancji wadialnej;
3] Odpisu z KRS (Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców pobrana na podstawie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sadowym) F. H. "ELA" H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane Sp. z o.o. - na okoliczność zakresu działalności prowadzonej przez tenże podmiot w tym w szczególności w zakresie hurtowej sprzedaży materiałów budowlanych i instalacyjnych;
4] Zaświadczenia o wpisie w CEiDG dla DR-BUD R…… D…… - na okoliczność zakresu działalności prowadzonej przez tenże podmiot;
5) Zestawienia cen ofertowych dostawców materiałów oraz usług oraz cen odwołującego w wybranych pozycjach przedmiarowych - na okoliczność wykazania, iż cena ofertowa odwołującego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej;
Nadto wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o:
1) Nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego

2) Nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej
3) Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego
4) nakazanie zamawiającemu w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert dokonania wyboru oferty odwołującego
5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności kosztów wpisu uiszczonego za odwołanie.
Wskazał, że bezsprzecznie jest legitymowany do wniesienia niniejszego odwołania albowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem wskazanego wyżej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył w toku wskazanego wyżej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ofertę która zawiera najniższą cenę spośród wszystkich złożonych w toku tegoż postępowania ofert. Zgodnie natomiast z kryteriami oceny ofert ustalonymi przez zamawiającego w siwz jedynym kryterium oceny ofert jest kryterium ceny a zamówienie zostanie udzielone temu wykonawcy, którego cena podana w formularzu oferty będzie najniższa. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożona przez odwołującego oferta jest ofertą najkorzystniejszą. Zdaniem odwołującego na skutek sprzecznych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego oferta odwołującego nie została wybrana przez zamawiającego. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta odwołującego będzie podlegała merytorycznej ocenie a ponieważ zawiera najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia wina zostać przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący wskazał także, iż pismem z dn. 28.05.2013 r. przedłużył okres związania złożoną ofertą o kolejne 60 dni oraz przedłużył ważność gwarancji wadialnej. Szkoda jaką może ponieść odwołujący polega na utracie możliwości zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego i utracie możliwości realizacji przedmiotowej inwestycji w tym utracie zysków z tym związanych oraz na bezpowrotnej utracie kosztów poniesionych w związku z przygotowaniem i złożeniem oferty w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Odwołujący w uzasadnieniu podniósł, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożył ofertę na wykonanie objętego zamówieniem zadania inwestycyjnego (tj. przedmiotu zamówienia) za cenę w wysokości 16.945.416,07 zł. brutto. Oferty pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oferowały ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w przedziale od 17.216.403,18 zł. brutto do 29.449.797,36 zł. brutto. Oferta złożona przez odwołującego zawiera najniższą cenę za wykonanie przedmiotu

zamówienia a zatem jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 Ustawy oraz postanowień siwz.
Pismem z dn. 29.04.2013 r. (znak: BZP.271.3.70.2013) zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy tj. co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na złożenie przedmiotowych wyjaśnień do dnia 7.05.2013 r. godz. 13:00.
W zakreślonym przez zamawiającego terminie odwołujący, jego zdaniem, złożył wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie żądanym przez zamawiającego załączając do złożonych wyjaśnień dowody w postaci uzyskanych ofert na zakup materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz ofert partnerów handlowych (podwykonawców) na realizację poszczególnych rodzajów robót wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia.
W zawiadomieniu o wyniku postępowania z dn. 28.05.2013 r. (znak: BZP.271.7.116.2013) na str. 3 zamawiający wprost przyznał, iż odwołujący złożył w zakreślonym terminie stosowne, a więc zgodne z żądaniem zamawiającego, wyjaśnienia.
Jako dowód odwołujący wskazał własne pismo z dn. 07.05.2013 r. wraz z załącznikami w postaci oferty cenowej spółki CORSIN sp. z o.o. z dn. 27.03.2013 r. w zakresie materiału zasypowego (wymiana gruntu w drogach), oferty handlowej F.H. ELA Sp. z o.o. nr 0188/04/2013 z dn. 29.03.2013 r. w zakresie materiałów instalacyjnych; oferty ECOL-UNICON Sp. z o.o. nr 151130 z dn. 29.03.2013 r. w zakresie pompowni ścieków wraz ze

specyfikacją; oferty MAJWER Sp. z o.o. z dn. 28.03.2013 r. w zakresie robót wod-kan wraz z kosztorysem; oferty ECODOM Sp. z o.o. z dn. 18.03.2013 r. w zakresie robót instalacyjnych; oferty cenowej „INś.-DROG" A…….. M…….. z dn. 22.03.2013r. w zakresie robót drogowych wraz z kosztorysem.
Pismem z dn. 28.05.2013 r. zamawiający poinformował odwołującego m.in. o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej w postaci oferty nr 5 złożonej przez K…… M……. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik".
Zdaniem odwołującego, zamawiający swoimi działaniami naruszył wprost art. 90 ust. 2 oraz 3 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie prowadzące do błędnego i całkowicie nieuzasadnionego uznania, iż oferta złożona przez odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący złożył na wezwanie zamawiającego wyczerpujące wyjaśnienia wraz z rzeczowymi dowodami, które obiektywnie wykazują brak podstaw do stwierdzenia istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego. Co za tym idzie powyższe ustalenie zamawiającego dokonane zostało z naruszeniem dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 2 oraz 3 ustawy. W pierwszym rzędzie odwołujący wskazał, iż wobec złożenia przez niego na wezwanie zamawiającego wyczerpujących wyjaśnień wraz z rzeczowymi dowodami

---

które obiektywnie wykazują brak podstaw do stwierdzenia istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego, zgodnie z art. 6 KC to na zamawiającym ciążył obowiązek udowodnienia faktu istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego. Wskazał wyrok Zespołu Arbitrów z dn. 31.8.2005 r. (UZP/ZO/0-2355/05) oraz wyrok KIO z dn. 22 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2640/11) Tymczasem dokonując odrzucenia oferty odwołującego z przywołaniem jako podstawy prawnej tej czynności art. 89 ust. 1 pkt 4) w z w. z art. 90 ust 3 ustawy zamawiający z całą pewnością nie udowodnił zasadności swojego postępowania tj. w żaden sposób nie wykazał aby oferta złożona przez odwołującego rzeczywiście zawierała rażąco niską cenę. Zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem za cenę rażąco niską należy uznać cenę, za którą nierealne i niemożliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia tak wyrok KIO z dn. 20 kwietnia 2012 r. sygn. akt. KIO 676/12, wyrok KIO z dn. 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt. KIO 684/12. W ocenie odwołującego aby stwierdzić, iż oferta zawiera rażąco niską cenę zamawiający musi wykazać, iż cena zaoferowana przez wykonawcę jest nierealna i nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie zamawiający, zdaniem odwołującego, z całą pewnością okoliczności powyższej nie wykazał. Odwołujący stwierdził, że zawarta w złożonej przez odwołującego ofercie cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 90 ustawy, została skalkulowana z najwyższą starannością i odpowiedzialnością, obejmuje wszelkie wymagania i wytyczne zamawiającego a co za tym idzie jest wystarczająca dla zrealizowania przedmiotu zamówienia.
W złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach odwołujący wskazał, iż Lider Konsorcjum działa na rynku robót budowlanych, w tym w szczególności na rynku robót wodno-kanalizacyjnych od wielu lat a zdobyte przez lata doświadczenie pozwoliło na wypracowanie sprawdzonego i bardzo efektywnego modelu wykonawstwa robót budowlanych, co bezpośrednio przekłada się na możliwość uzyskiwania istotnych oszczędności a co za tym idzie możliwość oferowania wykonawstwa robót w atrakcyjnych cenach. Wskazano również, iż Partner Konsorcjum F. H. "ELA" H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane Sp. z o.o. zajmuje się obsługą dużych inwestycji kanalizacyjnych, gazowych i wodociągowych prowadząc jednocześnie sprzedaż hurtową i detaliczną materiałów instalacyjnych i budowlanych. Okoliczność prowadzenia przez F. H. "ELA" H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane Sp. z o.o. działalności handlowej w zakresie hurtowej sprzedaży materiałów budowlanych i instalacyjnych stanowi samoistną okoliczność wywierającą bezpośredni wpływ na możliwość złożenia korzystnej oferty cenowej przez Odwołującego.
Mając powyższe na uwadze odwołujący jest w stanie zapewnić oszczędność metody realizacji robót związaną z dużym doświadczeniem w wykonywaniu zamówień o stopniu złożoności i przedmiocie zbliżonym do przedmiotowego zamówienia o czym mowa w art. 90

---

ust 2 ustawy. Irrelewantna, według odwołującego, w powyższym zakresie jest podniesiona

przez zamawiającego formalna kwestia, iż dla spełnienia warunków udziału w postępowania odwołujący powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego albowiem przedmiotowa okoliczność w żadnej mierze nie uszczupla przywołanego doświadczenia rynkowego podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
Niezwykle istotna w aspekcie oceny ceny ofertowej Odwołującego jest całkowicie pomijana przez Zamawiającego okoliczność prowadzenia przez Partnera Konsorcjum tj. F. H. "ELA" H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno Budowlane Sp. z o.o. wieloletniej działalności handlowej w zakresie hurtowej sprzedaży materiałów budowlanych i instalacyjnych co samo przez się stanowi o wystąpieniu przesłanki istnienia wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy o czym mowa w art. 90 ust 2 ustawy. Powyższe uwarunkowania zapewniają bowiem odwołującemu dostęp do materiałów instalacyjnych i budowlanych w bardzo korzystnych cenach co wywiera bezpośredni wpływ na możliwość złożenia korzystnej oferty cenowej przez odwołującego.
Odwołujący podkreślił, iż w złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach odwołujący nie poprzestał na powyższych argumentach ale w sposób bezpośredni wykazał rzeczowymi dokumentami, iż złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferta została skalkulowana w oparciu o uzyskane przez wykonawcę oferty na zakup materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, oferty partnerów (podwykonawców) na realizację poszczególnych rodzajów robót oraz o własne zasoby osobowo-sprzętowe Odwołującego które będą zaangażowane w realizację przedmiotu zamówienia. Powyższą okoliczność udowodniono przedkładając do złożonych wyjaśnień szczegółowe wyliczenia zawarte w:
1. Ofercie cenowej spółki CORSIN sp. z o.o. z dn. 27.03.2013 r. w zakresie materiału zasypowego (wymiana gruntu w drogach);
2. Ofercie handlowej F.H. ELA Sp. z o.o. nr 0188/04/2013 z dn. 29.03.2013 r. w zakresie materiałów instalacyjnych;
3. Ofercie ECOL-UNICON Sp. z o.o. nr 151130 z dn. 29.03.2013 r. w zakresie pompowni ścieków wraz ze specyfikacją;
4. Ofercie MAJWER Sp. z o.o. z dn. 28.03.2013 r. w zakresie robót wod-kan wraz z kosztorysem;
5. Ofercie ECODOM Sp. z o.o. z dn. 18.03.2013 r. w zakresie robot instalacyjnych‘
6. Ofercie cenowej „INś.-DROG" A…… M……. z dn. 22.03.2013 r. w zakresie robót drogowych wraz z kosztorysem;
Odwołujący powołał jako dowód swoje wyjaśnienia wraz z załącznikami.

Analiza powyższych dokumentów wraz z wyjaśnieniami odwołującego, jego zdaniem jednoznacznie wskazuje, iż w niniejszej sprawie zamawiający powinien uwzględnić istnienie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy o czym mowa w art. 90 ust 2 ustawy. Przedłożone dokumenty wykazują bowiem bezsprzecznie, iż odwołujący posiada dostęp zarówno do materiałów jak i usług niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia za cenę skalkulowaną w złożonej ofercie, uwzględniającą w szczególności koszty robocizny, materiałów i sprzętu niezbędnego do należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym przedłożone dokumenty wykazują, iż cena ofertowa odwołującego jest realna, uwzględnia wszelkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia a nadto zapewnia odwołującemu zysk. Odwołujący powołał się na utrwalone stanowisko doktryny i orzecznictwa w zakresie rażąco niskiej ceny wyrok SO w Katowicach z 21.6.2010 r., XIX Ga 175/10, niepubl.; wyrok SO w Radomiu z 14.2.2006 r., IV Ca 28/06, niepubl.; wyrok KIO z 14.2.2008 r„ KIO/UZP 73/08; wyrok ZA z: 29.10.2007 r., UZP/ZO/0-1273/07; 25.10.2007 r., UZP/ZO/0-1251/07. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej - "cena rażąco niska" to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Tymczasem odwołujący na potwierdzenie rzetelności kalkulacji ceny ofertowej przedstawił konkretne i realne oferty swoich partnerów handlowych które jednoznacznie obalają niczym nie popartą tezę zamawiającego o rażąco niskiej cenie oferty odwołującego. Szczególnego podkreślenia wymaga okoliczność, iż zamawiający w żaden sposób nie podważył rzetelności czy wiarygodności przedłożonych wraz z wyjaśnieniami

ofert dostawców i podwykonawców (partnerów handlowych) odwołującego.
W powyższym aspekcie według odwołującego za całkowicie nieuzasadnione uznać należy odwoływanie się przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego do poziomu cen minimalnych prezentowanych w wydawnictwie Sekocenbud co do określonych pozycji przedmiaru robót (tj. pozycje: 12, 14, 15, 20, 48, 54, 55, 56, 72, 73, 86, 87, 88) które w żadnej mierze nie mogą przesądzać o tym czy złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu art. 90 ustawy. W pierwszym rzędzie odwołujący wskazał, iż ceny minimalne prezentowane w wydawnictwie Sekocenbud nie mają charakteru cen urzędowych a zatem brak jest jakichkolwiek rzeczowych argumentów przemawiających za niedopuszczalnością stosowania w obrocie cen niższych niż ceny minimalne wg. wydawnictwa Sekocenbud. Zamawiający nie wskazał również, czy przywoływane przez niego ceny minimalne mają charakter cen netto czy brutto. Nie sposób uznać ponadto aby ceny ustalane wg. Sekocenbud były niepodważalnym miernikiem cen rynkowych albowiem z natury rzeczy ceny ustalane wg. Sekocenbud nie są sporządzane na podstawie analizy wszystkich krajowych transakcji a jedynie transakcji które były przedmiotem notowań

---

wydawcy Sekocenbud a więc Ośrodka Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA Sp. z o.o. Prymat w powyższym zakresie bez wątpienia należy przydać rzeczywistym ofertom rynkowym przedłożonym przez odwołującego wraz z wyjaśnieniami z dn. 07.05.2013 r. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż ceny jednostkowe w ramach oferty odwołującego niższe niż ceny minimalne wg. Sekocenbud dotyczą zgodnie z zestawieniem sporządzonym przez Zamawiającego 13 pozycji na łączną ilość 89 pozycji przedmiarowych a wiec dotyczą zaledwie ok. 14 % pozycji przedmiarowych. Jednocześnie przedłożone przez odwołującego oferty partnerów handlowych potwierdzają, iż we wszystkich przywołanych przedmiarowych (tj. pozycje: 12, 14, 15, 20, 48, 54, 55, 56, 72, 73, 86, 87, 88) odwołujący uwzględnił swój zysk.
Za całkowicie chybiony według odwołującego w aspekcie dokonywania ustaleń co do oceny oferty odwołującego w zakresie zawarcia w niej rażąco niskiej ceny uznać należy argument zamawiającego, iż w pozycjach nr 17 i 44 przedmiaru robót odwołujący zastosował cenę poniżej poziomu cen własnych dostawców i podwykonawców. Podniósł, że różnica pomiędzy ceną zastosowaną przez odwołującego a cenami dostawców i podwykonawców odwołującego wynosi łącznie 8 010,00 zł. netto tj. 9 852,30 zł. brutto przy łącznej cenie ofertowej wynoszącej 16 945 416,07 zł. brutto Powyższe wskazuje, iż przywoływana przez zamawiającego „strata" (w cudzysłowie albowiem o stracie lub zysku mówić można jedynie oceniając cała cenę ofertową) na wskazanych pozycjach przedmiarowych jest całkowicie obojętna z punktu widzenia ustalenia czy cena oferty odwołującego jest rażąco niska. Niezależnie od okoliczności, iż stwierdzone przez zamawiającego powstanie „straty" w dwóch pozycjach przedmiarowych jest w kontekście całej ceny ofertowej praktycznie obojętne i niezauważalne (stanowi bowiem 0.058 % ceny ofertowej czyli zaledwie nieco ponad pół promila) i z nawiązką jest rekompensowane zyskiem w innych pozycjach przedmiarowych (vide np. pozycja 18 z ceną łączną netto 75 225 zł. przy maksymalnych cenach dostawców i podwykonawców na kwotę 65 025 zł. netto co daje zysk kwocie 10 200 zł. netto pokrywający z naddatkiem „stratę" na pozycji 17 przywoływaną przez zamawiającego) Odwołujący wskazał za wyrokiem KIO z dn. 20 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 676/12 iż ”realizacja przedmiotu zamówienia bez zysku sama przez się nie może prowadzić do uznania, iż mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Sam brak wypracowania zysku nie przesądza o powyższym fakcie. Za rażąco niską cenę należy bowiem uznać, co zostało wskazane w ogólnej części uzasadnienia, taką, która uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia. Zysk nie jest bowiem elementem conditio sine qua non koniecznym do uznania, iż tylko i wyłącznie w okolicznościach w których występuje możliwa jest, z przyczyn obiektywnych, realizacja zamówienia. Ma on charakter fakultatywny i biorąc pod uwagę ocenę zaoferowanego wynagrodzenia pod kątem ceny rażąco niskiej nie sposób uznać, iż jego brak uniemożliwiałby realizację przedmiotu zamówienia." Tym samym

---

przedstawiona w powyższym zakresie argumentacja Zamawiającego mając przemawiać za złożeniem przez Odwołującego oferty z ceną rażąco niska jest całkowicie nietrafna. Niezależnie od powyższych argumentów odwołującego w zakresie wykazania, iż ceny

jednostkowe składające się na cenę ofertową zostały ustalone w wysokości realnej i adekwatnej do przedmiotu zamówienia a zatem nie można mówić o ich zaniżeniu do poziomu rażąco niskiego wskazać należy, iż przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego prowadzić musi do wniosku, iż dokonana przez zamawiającego czynność odrzucenia oferty odwołującego w trybie art. 89 ust 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy oparta została na badaniu jedynie poszczególnych składników (cen jednostkowych) ceny ofertowej a nie łącznej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wprost z literalnego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy że cenę rażąco należy odnosić do całkowitej ceny oferty, a nie do jej cen jednostkowych. Stanowisko to znajduje oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 24 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 916/12), wyrok KIO z dn. 30 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1762/12), wyrok KIO z dn. 18 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 684/12).
Odwołujący kategorycznie twierdzi, iż wskazane przez niego w przedmiarze ceny jednostkowe nie mają charakteru cen rażąco niskich to nawet w przypadku przyjęcia odmiennego stanowiska zgodnie z wyrokiem KIO z dn. 13 grudnia 2011 r.(sygn. akt KIO 2577/11) ..nie ma także powodów do uznania, że cena jest rażąco niska także w sytuacji gdy niektóre ceny jednostkowe zostały zaniżone przez wykonawcę."
Reasumując odwołujący stwierdził, iż zamawiający dokonując weryfikacji oferty odwołującego na gruncie art. 90 ustawy całkowicie pominął obowiązujące w powyższym zakresie przepisy prawa oraz utrwalone stanowisko orzecznicze KIO. Co więcej, zamawiający w powyższym zakresie całkowicie pomija postanowienia sporządzonej przez siebie siwz zgodnie, z którymi badaniu i ocenie podlega cena wskazana w Formularzu Oferty a nie ceny jednostkowe - a co za tym idzie niedopuszczalne jest twierdzenie zamawiającego o złożeniu oferty zawierającej cenę rażąco niskiej na podstawie (błędnych zresztą w ocenie Odwołującego) ustaleń dotyczących niektórych jedynie cen jednostkowych zawartych w przedmiarze robót.
W aspekcie ustaleń poczynionych przez zamawiającego na gruncie art. 90 ustawy odwołujący wskazał również należy, iż w piśmie z dn. 29.04.2013 r. znak: BZP.271.7.76.2013 zamawiający powołał się na, jego zdaniem, „znacząco wysoką wycenę kosztów ogólnych w tym przede wszystkim pozycji 1 do 5." w przedmiarze robót złożonym przez odwołującego wraz z ofertą. Tym samym nie sposób przyjąć aby przedmiotowe koszty były zarówno „znacząco wysokie" i jednocześnie aby miały prowadzić do złożenia przez odwołującego oferty z rażąco niską ceną.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 r.(sygn. akt KIO 1665/11), oraz wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05. W bezpośrednim związku z powyższą argumentacją według odwołującego pozostaje okoliczność wystąpienia bardzo niewielkiej różnicy poziomu ceny oferty złożonej przez odwołującego oraz oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą (a co za tym idzie nie zawierającą w ocenie Zamawiającego rażąco niskiej ceny) tj.: oferta odwołującego cena brutto: 16.945.416,07 PLN, oferta wybrana cena brutto: 17.967.173,34 PLN.
Odwołujący wskazał, iż różnica pomiędzy ceną oferty złożonej przez odwołującego (Oferta nr 8) a ceną oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą (Oferta nr 5) wynosi zaledwie 5,69 %. Nie sposób zatem przyjąć aby oferta odwołującego w sposób istotny odbiegała cenowo od oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą co dodatkowo potwierdza, iż oferowana przez odwołującego ceną ofertowa nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.
Zamawiający wprost wskazał również w zawiadomieniu o wyniku postępowania z dn. 28.05.2013 r. (znak: BZP.271.7.116.2013), iż cena oferty odwołującego stanowi ok. 78% ceny brutto obliczonej jako średnia z cen zawartych w ofertach złożonych przez wszystkich pozostałych wykonawców. Nie sposób przyjąć aby cena ofertowa na poziomie 78% ceny średniej złożonych przez pozostałych wykonawców ofert stanowiła cenę rażąco niską.
Wprost przeciwnie według odwołującego przedmiotowa okoliczność jednoznacznie potwierdza, iż cena ofertowa odwołującego jest realna i wystarczająca dla wykonania przedmiotu zamówienia, a zatem odrzucenie oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy było całkowicie bezpodstawne.
Odniesienia wymaga, zdaniem odwołującego, również zawarte w zawiadomieniu o wyniku postępowania z dn. 28.05.2013 r. (znak: BZP.271.7.116.2013) całkowicie niedopuszczalne i

nieuzasadnione twierdzenie, iż sposób skalkulowania ceny przez odwołującego może być rozpatrywany pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie należy przede wszystkim wskazać, iż zamawiający nie wskazał jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego art. 89. ust 1 pkt 3) a co za tym idzie nie stwierdził aby jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Gdyby zamawiający stwierdził powyższą okoliczność musiałby odrzucić ofertę odwołującego z przywołaniem powyższej podstawy prawnej czego (słusznie zresztą) nie uczynił. Skoro zatem zamawiający nie stwierdza aby złożenie przez odwołującego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to snucie w tym zakresie insynuacji i niczym nie popartych hipotez w piśmie kierowanym m.in. do bezpośrednich konkurentów rynkowych odwołującego uznać należy, według odwołującego, za całkowicie niedopuszczalne.

Sposób skalkulowania ceny ofertowej odwołującego i rodzaj stosowanej polityki cenowej jest jego wyłącznym uprawnieniem (patrz przywoływane już wyżej wyroki KIO z dn. 30 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1762/12 oraz z dn. 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 684/12). Powołał w tym zakresie tezę wyroku KIO z dnia 12 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 934/11) oraz wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 281/11)
W dniu 7 czerwca 2013r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
W dniu 10 czerwca 2013r. swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca K…….. M…… prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK" z siedzibą w Krynicy – Zdrój Mochnaczka Wyżna 59, wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana i gdy odwołanie zostanie oddalone uzyska zamówienie. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, protokołu otwarcia ofert, ofert odwołujących, wezwań zamawiającego kierowanych do odwołujących i przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, wyjaśnień odwołujących i przystępującego wraz z załącznikami, informacji o wyniku postępowania.
Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:
Jedynym kryterium oceny ofert była cena. Zamawiający na otwarciu ofert podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 27 686 022, 65zł.
W terminie składania ofert złożono 11 w tym ofertę odwołującego ELGRUNT za cenę 17 216 403, 18 PLN, ofertę odwołującego Konsorcjum DR-BUD za cenę 16 945 416,07PLN, ofertę wybraną za cenę 17 967 173, 34PLN pozostałe oferty złożono na kwoty:
Oferta nr 1 – 22 898 995, 23 PLN, oferta nr 2 20 959 022, 58 PLN, oferta nr 3 – 20 642 530, 35 PLN, oferta 4 – 22 798 096, 37 PLN, oferta nr 6 –m 24 295 427, 56 PLN, oferta nr 7 – 21 982 154, 08 PLN, oferta nr 10 – 24 065 996, 73 PLN, oferta nr 11 – 29 449 797,36 PLN.
W dniu 29 kwietnia 2013r. zamawiający wezwał odwołującego RLGRUNT i odwołującego Konsorcjum DR-BUD na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazano, że zaoferowana cena jest około 10 mln niższa od cen pozostałych oferty i szacunkowej wyceny zamawiającego. Wątpliwości zamawiającego wzbudziła wycena zakresu robót budowlanych. Wskazał, że wykonawcy mają wykazać, że cena nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca powinien wziąć pod uwagę obiektywne czynniki w szczególności oszczędność metody wykonania, przyjęte rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy

publicznej. Ponadto zamawiający prosił o przedstawienie sposobu dokonanych wyliczeń (nakłady RMS dla wszystkich pozycji wraz z podaniem cen jednostkowych RMS i narzutów) jak również przedstawienie dowodów wskazujących na realność przyjętych założeń.
Wykonawca ELGRUNT w dniu 30 kwietnia 2013r. wyjaśnił, że cena oferty stanowi bilans sprzyjających i dostępnych nim warunków cenotwórczych wykonania zamówienia tj. :

- posiadanie własnego zaplecza technicznego,
- wewnętrznego systemu zarządzania jakością pozwalającego na usprawnienie organizacji pracy i obniżenie kosztów pracy. Struktura firmy nie jest rozbudowana i zatrudniani są specjaliści,
- posiadają własny sprzęt do realizacji zamówienia, które wskazano w załączniku nr 1 do wyjaśnień, co pozwala na redukcję kosztów przerzutu sprzętu, brak konieczności wynajmowania sprzętu,
- posiadają 5% zmagazynowanych zapasów materiałowych – załącznik nr 2 do wyjaśnień, co pozwala na oszczędności,
- korzystają z atrakcyjnych rabatów iu upustów na zakup pozostałych materiałów u producentów, a wynegocjowane ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- nie korzystają z kredytów i pożyczek, co pozwala na obniżenie kosztów zamówienia.
Ponadto oferta obejmuje wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie oraz zysk uwzględnia uwarunkowania zawarte w siwz. Wskazali, że w siwz nie było wymogu podawania kosztów robocizny, materiałów i sprzętu i dlatego ich nie zawarli.
Wyjaśnienia odwołującego Konsorcjum DR-BUD, co do wskazanych obiektywnych czynników mających wpływ na kalkulację ceny zawierają argumentację powtórzoną następnie w odwołaniu tego wykonawcy. Do wyjaśnień załączono :
1. Ofertę cenową spółki CORSIN sp. z o.o. z dn. 27.03.2013 r. w zakresie materiału zasypowego (wymiana gruntu w drogach);
2. Ofertę handlową F.H. ELA Sp. z o.o. nr 0188/04/2013 z dn. 29.03.2013 r. w zakresie materiałów instalacyjnych;
3. Ofertę ECOL-UNICON Sp. z o.o. nr 151130 z dn. 29.03.2013 r. w zakresie pompowni ścieków wraz ze specyfikacją;
4. Ofertę MAJWER Sp. z o.o. z dn. 28.03.2013 r. w zakresie robót wod-kan wraz z kosztorysem;
5. Ofertę ECODOM Sp. z o.o. z dn. 18.03.2013 r. w zakresie robot instalacyjnych‘
6. Ofertę cenową „INś.-DROG" A……. M……. z dn. 22.03.2013 r. w zakresie robót drogowych wraz z kosztorysem.

W wyjaśnieniach przystępującego wskazano, że cena oferty została skalkulowana na poziomie ofertowym z uwagi na to, że ;
- przystępujący posiada własny nowoczesny sprzęt, którego koszty pracy są niższe od cen wg Sekocenbudu – przedstawiono porównanie cen – załącznik nr 1 do wyjaśnień,
- posiada stałą doświadczoną kadrę inżynierów technicznych, doświadczone brygady robocze z doświadczeniem kilkunastoletnim w branży,
- posiada własną stację paliw przez co zaopatruje się w paliwo w cenach hurtowych około 40 – 50 gr taniej na litrze,
- posiada własny kamieniołom produkujący kruszywa na podbudowy,
- posiada mobilną wytwórnię mas bitumicznych,
- posiada własne urządzenia i nie korzysta z podwykonawców – wykaz sprzętu załącznik nr 3 do wyjaśnień,
- posiada własną kadrę etatową do obsługi geodezyjnej z nowoczesnym sprzętem GPS,
- z uwagi na zakupy w ilościach hurtowych dysponuje dużymi rabatami od producentów,
- posiada niskie koszty pośrednie od 24 – 36%,
- prowadzi prace oparte o zadaniowy system prowadzenia robót.
Może zaoferować ceny ok. 10-20% niższe od innych oferentów. Nie opracowywał kosztorysów opartych na KNR, bo nie było to przez zamawiającego wymagane. Wskazał, że ceny w branży wodno-kanalizacyjnej kształtują się na poziomie 40-60% wartości ceny inwestora. Zauważył, że zakres robót obejmuje wykonanie 15500 mb kanalizacji w terenie zurbanizowanym o nawierzchni utwardzonej, a średnia cena 1 mb sieci zaoferowana przez niego to ok. 940 netto i jest ceną adekwatną. Na dowód czego przedstawił zestawienie innych kontraktów, w których brał ostatnio udział, a które są porównywalne z przedmiotowym zamówieniem, a zaoferowano tam ceny od 365 do 762 zł netto za mb.

Odwołujący Elgrunt na rozprawie złożył :
- ofertę Techmex sp. z o.o. z dnia 15 marca 2013r. nr 162P/2013 na dostawę i montaż

przepompowni ścieków za cenę 147 179,50zł. ważną 30 dni.
- ofertę Domax z dnia 23 marca 2013r, na roboty drogowe za cenę 5 439 170,10zł.
- ofertę HTI BP sp. z o.o. z dnia 27 marca 2013r. ważną do 25 kwietnia 2013r. na rury, trójniki, włazy kolana i studzienki kanalizacyjne na kwotę 1 440 755, 58 zł.
- ofertę BEWA nr AW-EC 196/01/03/13 z dnia 14 marca 2013r. na betonowe elementy studni wykonane z betonu C35/45na kwotę netto 1 042 358 83zł. ważną 30 dni,
- zestawienie kosztów na łączną kwotę 17 216 403,17zł.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że przystąpienia zgłoszone przez wykonawcę K……. M……. spełniają wymagania określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zaistniały podstawy do odrzucenia któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożyli oferty z cenami niższymi niż oferta wykonawcy wybranego. Cena była jedynym kryterium oceny ofert. Zatem w sytuacji przywrócenia ich do postępowania mają szansę na uzyskanie zamówienia. Mogą także ponieść szkodę w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołań, w postaci utraty zysku jaki zakładali z tytułu realizacji zamówienia. W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wykazana.

Sygn. akt KIO 1339/13

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy przez dokonanie błędnej i nieobiektywnej oceny wyjaśnień odwołującego w kwestii rażąco niskiej ceny, brak oceny obiektywnych czynników mających wpływ na cenę i oszczędności wykonania zamówienia oraz sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych odwołującemu, art. 89 ust, 1 pkt. 4 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo złożenia wyczerpujących i merytorycznych wyjaśnień w kwestii podejrzenia o zastosowanie rażąco niskiej ceny, art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy, przez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że zamawiający określił wynagrodzenie jako kosztorysowe w oparciu o zryczałtowane ceny jednostkowe podawane w przedmiarach ofertowych sporządzanych na podstawie przedmiaru ślepego tj. części III IDW. W przedmiarach ślepych pozycje kosztorysowe były zagregowane i nie zawierały wskazania norm KNR, ani nie wymagano podania kosztów robocizny, materiałów i sprzętu. Co więcej w ramach danej zagregowanej pozycji wykonawcy mieli uwzględnić wszystkie koszty w tym nie wynikające z przedmiarów ale określone w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych, a także niezbędne do prawidłowego wykonania robót. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu załączyli do swoich ofert wypełnione przedmiary. Izba stwierdziła, że w toku rozprawy wykazane zostało, że zamawiający w nierówny sposób oceniał przedłożone przez wykonawców wyjaśnienia. Zamawiający w odniesieniu do oferty odwołującego Elgrunt uznał za niewystarczające dowody: dowód w postaci wykazu posiadanego sprzętu oraz danych stanu magazynowego i uznał, że te dowody nie udowadniają szczególnie

korzystnych warunków wykonania zamówienia, gdyż wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien posiadać sprzęt do jego realizacji, a wynajęcie czy wydzierżawienie lub wyleasingowanie takiego sprzętu często bywa korzystniejsze cenowo niż dysponowanie sprzętem własnym. Nadto wskazał, że zapasy magazynowe to jedynie 5 % wszystkich potrzebnych materiałów i nie może uzasadniać niskiej ceny oferty odwołującego Elgrunt. Ponadto podniósł, że nie wiadomo czy materiały znajdujące się na magazynie odwołującego Elgrunt zostały opłacone. Pozostałe okoliczności podnoszone przez odwołującego Elgrunt w wyjaśnieniach z dnia 30 kwietnia 2013r. zamawiający uznał za nieudowodnione i wskazał, że odwołujący Elgrunt nie wykazał, że może uzyskać korzystne oferty cenowe na materiały i podwykonawstwo, nie przedstawił też szczegółowej kalkulacji ceny w ramach norm KNR i w

rozbiciu na koszty RMS. Jednocześnie zamawiający uznał za przekonywujące wyjaśnienia złożone w dniu 2 maja 2013r. przez przystępującego. Przystępujący do swojej oferty wbrew twierdzeniom zamawiającego złożonym na rozprawie nie załączył szczegółowej kalkulacji ceny w oparciu o normy KNR i z uwzględnieniem kosztów RMS, co więcej przystępujący podobnie jak odwołujący Elgrunt oświadczył w wyjaśnieniach, że zamawiający nie wymagał w siwz szczegółowej kalkulacji cenowej, stąd nie ma obowiązku jej składania. Przystępujący do swoich wyjaśnień załączył wykaz posiadanego sprzętu, wykaz sprzętu amortyzowanego i zamortyzowanego oraz wyliczenie kosztów zarządu oraz zestawienie ofert złożonych w 7 postępowaniach na Śląsku, w których przystępujący brał udział i z których niektóre realizuje. W pozostałym zakresie przystępujący poprzestał podobnie jak odwołujący Elgrunt na oświadczeniach zawartych w wyjaśnieniach. W szczególności okoliczności powołane przez przystępującego jako uzasadniające jego cenę tj. posiadanie własnego kamieniołomu, mobilnej wytwórni mas bitumicznych, stacji paliw oraz środków transportu, nie zostało poparte dowodem. Tym samym zakres użytych przez obu wykonawców środków dowodowych zawartych w wyjaśnieniach należy uznać za analogiczny. Obaj złożyli wykazy dotyczące posiadanych urządzeń, odwołujący Elgrunt przedstawił stany magazynowe, a przystępujący koszty zarządu, w pozostałym zakresie obaj wykonawcy poprzestali na wyjaśnieniach. Co do dokumentu, który jak wynika z oświadczenia zamawiającego na rozprawie przekonał go o realności oferty przystępującego tj. załącznika nr 4 do wyjaśnień z 2 maja 2013r., to Izba zauważa, że nie jest to dowód, ale jedynie oświadczenie wiedzy przystępującego ujęte w formule tabelarycznej. Na poparcie tego oświadczenia wiedzy nie przedstawiono choćby informacji o wynikach powołanych w tabeli postępowań. Nawet jednak gdyby nie odmówić temu oświadczeniu mocy dowodowej to Izba stwierdza, że sprzeczne z oświadczeniem zawartym w wyjaśnieniach przystępującego jest twierdzenie zamawiającego, że skoro przystępujący zrealizował te zamówienia za taką cenę to jest zdolny do wykonania niniejszego zamówienia. Z wyjaśnień przystępującego wynika bowiem wprost, że jedynie część ze wskazanych w oświadczeniu zamówień realizuje i nie podał czy już któreś z nich

zakończył i czy uzyskał potwierdzenie wykonania prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną. Nadto zestawienie to przemawia w taki sam sposób na korzyść przystępującego jak i odwołującego Elgrunt, gdyż wskazuje za oferowanie w innych postępowaniach cen za 1 mb sieci kanalizacyjnej na poziomie znacznie niższym niż u przystępującego i odwołującego Elgrunt. Przystępujący podał, że u niego cena za jeden metr bieżący kanalizacji kształtuje się na poziomie 940 zł. netto, gdyby dokonać analogicznych obliczeń w ofercie odwołującego Elgrunt tj. cenę oferty netto podzielić przez 15 500 mb to cena za 1 mb wynosiłaby 903zł. netto, a więc znacznie więcej niż oferowana przez wykonawców w postępowaniach wskazanych przez przystępującego. Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia odwołującego Elgrunt i nieprawidłowo uznał, że nie zostały one należycie udowodnione, czynności tej bowiem dokonał oceniając wyjaśnienia odwołującego Elgrunt odmiennie niż innego wykonawcy w tym samym postępowaniu, który przedstawił zbliżone dowody. Ustawodawca nie określił sposobu dokonywania oceny przedstawionych wyjaśnień i dowodów w trybie art. 90 ust. 3 ustawy pozostawiając zamawiającemu swobodę oceny takiego materiału, jednak w ocenie Izby taka swoboda nie może być nieograniczona i nie może prowadzić do naruszenia naczelnej zasady postępowania jaką jest art. 7 ust. 1 ustawy. Tym samym Izba podzieliła stanowisko odwołującego i uznała, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, art. 90 ust. 1 – 3 ustawy, art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego z postępowania, pomimo tego, że wyjaśnienia i dowody złożone przez tego wykonawcę są analogiczne jak wyjaśnienia i dowody przystępującego, którego cenę ofertową zamawiający uznał jako realną i dającą gwarancję wykonania zamówienia.
W świetle powyższego dowody przedłożone przez odwołującego na rozprawie nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Izba przyznaje w tym zakresie rację zamawiającemu, że prawidłowość jego czynności powinna być przez Izbę oceniona z uwzględnieniem okoliczności faktycznych, w jakich dokonywał daną czynność. Izba nie podziela natomiast stanowiska zamawiającego, że fakt ten pozbawia strony postępowania inicjatywy dowodowej na etapie postępowania odwoławczego. Dowód może być dopuszczony przez Izbę w sytuacji, gdy ma służyć potwierdzeniu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. W przedmiotowym postępowaniu z uwagi na fakt, że podstawą uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia odwołującego Elgrunt było złożenie według

wyjaśnień i nie ich dla zamawiającego niewyczerpujących poparcie dowodami, rozstrzygnięcia mogło mieć znaczenie wykazanie, że prawdziwym jest twierdzenie odwołującego Elgrunt o możliwości uzyskania korzystnych rabatów, na co powoływał się w wyjaśnieniach. Jednak z uwagi na stwierdzoną przez Izbę nieprawidłowość oceny wyjaśnień odwołującego polegającą na naruszeniu zasady równości stron, Izba oceniła te dowody jako nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy, przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

Zarzut potwierdził się. Wobec tego, że potwierdził się zarzut nieprawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zamawiającego wobec oferty Elgrunt, zasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, albowiem w ocenie ofert nie uczestniczyła oferta, która nie podlegała odrzuceniu. W tej sytuacji zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 1354/13
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku czynności badania i oceny ofert poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oraz nieuprawniony wybór jako najkorzystniejszej oferty nr 5 – K…….. M……. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik", Mochnaczka Wyżna 59, 33-380 Krynica Zdrój w sytuacji kiedy najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu była oferta odwołującego; art. 90 ust. 2 oraz 3 ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie prowadzące do błędnego i całkowicie nieuzasadnionego uznania, iż oferta złożona przez odwołującego zawiera rażąco niską cenę; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy przez jego bezpodstawne zastosowanie prowadzące do nieuzasadnionego a tym samym bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego;
Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że zamawiający określił wynagrodzenie jako kosztorysowe w oparciu o zryczałtowane ceny jednostkowe podawane w przedmiarach ofertowych sporządzanych na podstawie przedmiaru ślepego tj. części III IDW. W przedmiarach ślepych pozycje kosztorysowe były zagregowane i nie zawierały wskazania norm KNR, ani nie wymagano podania kosztów robocizny, materiałów i sprzętu. Co więcej w ramach danej zagregowanej pozycji wykonawcy mieli uwzględnić wszystkie koszty w tym nie wynikające z przedmiarów ale określone w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych, a także niezbędne do prawidłowego wykonania robót. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu załączyli do swoich ofert wypełnione przedmiary. Izba stwierdziła, że w toku rozprawy wykazane zostało, że zamawiający w nierówny sposób oceniał przedłożone przez wykonawców wyjaśnienia. Zamawiający w odniesieniu do oferty odwołującego Konsorcjum DR-BUD uznał za niewiarygodne oferty partnerów handlowych i podwykonawców przedłożone przez odwołującego do wyjaśnień. Wskazał, że kilka pozycji przedmiaru ofertowego odwołującego DR-BUD różni się od cen minimalnych publikowanych w Sekocenbud. Ceny zaoferowane przez odwołującego są niższe. Zamawiający nie wskazał

---

w informacji o wyniku postępowania, ani nie wykazał na rozprawie, z którego z publikatorów Sekocenbud pobierał dane porównawcze i czy prezentował ceny z publikatora Sekocenbud w wartości netto czy brutto. Brak wskazania konkretnego publikatora Sekocenbud powoduje, że argumentacja zamawiającego, co do rozbieżności cenowych nie została poparta jakimkolwiek dowodem, a wedle wiedzy Izby publikatorów obejmujących różne informacje cenowe jest kilka i dotyczą one zarówno robót z uwzględnieniem rodzajów tych robót, jak i cen materiałów, robocizny czy sprzętu. Nadto niektóre publikatory służą jako dane informacyjne dla potrzeb kosztorysowania szczegółowego, inne kosztorysowania metodą uproszczoną, czy mieszaną, jeszcze inne prezentują dane dotyczące pozycji zagregowanych, co więcej w niektórych publikatorach autorzy wyraźnie wskazują przy podawaniu cen producentów i dystrybutorów handlowych, że ceny te mogą być u tych podmiotów inne w wyniku indywidualnych negocjacji ustalających termin i warunki płatności, a przede wszystkich rozmiar zamówienia i jego powtarzalność. Zatem aby móc dać wiarę

wyjaśnieniom zamawiającego, że oferta odwołującego DR-BUD jest zaniżona względem cen Sekocenbud, w niektórych pozycjach przedmiaru ofertowego, to zamawiający winien był wykazać na rozprawie, że skonfrontował ze sobą dane porównywalne. Zamawiający tego nie wykazał, a zakwestionował wiarygodność indywidualnych ofert handlowych pozyskanych przez odwołującego DR- BUD. Również przystępujący twierdząc, że oferta handlowa Inż.-DROG A…….. M…….. jest nierealna i zaniżona poprzestał jedynie na sporządzeniu odręcznych notatek na wyciągu z oferty Inż.-Drog nie wykazał jednak w żaden sposób, że ceny przez niego podane są cenami zamieszczonymi w powołanych przez przystępującego na rozprawie Biuletynach Sekocenbud nr 30/2013 (1430) i nr 24/2013 (1424), choćby przez przedłożenie takiego biuletynu. W tej sytuacji Izba nie mogła ocenić twierdzeń przystępującego jako wiarygodnych, ani zweryfikować podanych przez niego cen i wynikającego z nich rzekomego zaniżenia oferty odwołującego DR- BUD w części dotyczącej robót drogowych. Analogiczna sytuacja miała miejsce w przypadku twierdzeń przystępującego, co do rażącego zaniżenia cen za materiał zasypowy. Przy czym w tym przypadku przystępujący odwołał się do oferty Domax złożonej przez odwołującego Elgrunt, ale jednocześnie sam przyznał, że możliwe jest zaoferowanie ceny zbliżonej do podanej przez odwołującego DR-BUD w sytuacji posiadania własnego kamieniołomu. Przystępujący nie twierdził zaś, że podmiot, od którego ma być pozyskany materiał zasypowy takiego kamieniołomu nie posiada. Z tego względu nie można było uznać, że ponad wszelką wątpliwość wykazano nierealność ceny za materiał zasypowy. Izba przyznała rację odwołującemu DR-BUD, że zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone przez odwołującego wyjaśnienia i załączone do nich dowody. Zamawiający bowiem uznał, że złożone przez odwołującego DR-BUD dowody są niewyczerpujące, nie zawierają szczegółowej kalkulacji, mimo tego, że załączył kilka ofert zarówno dotyczących zakupu materiałów jak i określonych

części robót, a zamawiający w ocenie Izby skutecznie nie zakwestionował wiarygodności i mocy dowodowej tych dokumentów. Oczekiwanie przez zamawiającego, że dostawcy i podwykonawcy będą wykonawcom składać na potrzeby zamówienia szczegółowe kalkulacje cenowe jest nieuzasadnione i nie ma oparcia w praktyce rynkowej. Co więcej sam zamawiający w niniejszym postępowaniu w IDW nie żądał złożenia do oferty szczegółowej kalkulacji ofertowej. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego DR- BUD kwestionując jego wyjaśnienia, podczas gdy przystępujący do swoich wyjaśnień nie załączył ofert handlowych, mimo, że również powoływał się na to, że z uwagi na zakupy w ilościach hurtowych dysponuje dużymi rabatami od producentów. Przystępujący również nie załączył do swoich wyjaśnień szczegółowej kalkulacji cenowej i powoływał się na brak takiego wymogu w siwz. W ocenie Izby zamawiający dokonując oceny wyjaśnień przedkładanych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu przekroczył granice swobodnej oceny dowodów i ocenił wyjaśnienia wykonawców dowolnie. Takie działanie zamawiającego w ocenie Izby narusza naczelną zasadę postępowania tj. art. 7 ust. 1 ustawy nakazujący równe traktowanie wykonawców.
Co do dokumentu, który jak wynika z oświadczenia zamawiającego na rozprawie przekonał go o realności oferty przystępującego tj. załącznika nr 4 do wyjaśnień z 2 maja 2013r., to Izba podtrzymuje stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu zarzutów w sprawie sygn. akt KIO 1339/13 i stwierdza, że zestawienie to przemawia w taki sam sposób na korzyść przystępującego jak i odwołującego DR-BUD, gdyż wskazuje za oferowanie w innych postępowaniach cen za 1 mb sieci kanalizacyjnej na poziomie znacznie niższym niż u przystępującego i odwołującego DR-BUD. Przystępujący podał, że u niego cena za jeden metr bieżący kanalizacji kształtuje się na poziomie 940 zł. netto, gdyby dokonać analogicznych obliczeń w ofercie odwołującego DR-BUD tj. cenę oferty netto podzielić przez 15 500 mb to cena za 1 mb wynosiłaby 896 zł. netto, a więc znacznie więcej niż oferowana przez wykonawców w postępowaniach wskazanych przez przystępującego.
Zamawiający pominął także przy ocenie wyjaśnień odwołującego DR-BUD fakt, iż partner konsorcjum prowadzi działalność w zakresie sprzedaży hurtowej materiałów, które także są elementem niniejszego zamówienia, mimo że dysponował pośrednim dowodem na tę okoliczność, jakim był odpis z KRS dla partnera załączony do oferty, co również mogło przekładać się na zaoferowane przez odwołującego DR-BUD ceny i było właściwością charakterystyczną wyłącznie dla tego konsorcjum. Słusznie w ocenie Izby zauważył także odwołujący DR-BUD, że zamawiający sam przyznał, że w niektórych częściach jak koszty ogólnobudowlane oferta odwołującego jest znacząco (w porównaniu z innymi wykonawcami)

zawyżona. W ocenie Izby zamawiający nie wykazał na jakiej podstawie przyjął, że mimo zawyżenia tych kosztów cała oferta jest ofertą z rażąco niską ceną. Dywagacje zamawiającego co do manipulacji ceną ofertową w celu zapewnienia sobie korzyści w

---

postaci wcześniejszej płatności nie mogły być wzięte przez Izbę pod uwagę, gdyż jak zauważył odwołujący DR-BUD okoliczność tak nie skonkretyzowała się w informacji o wyniku jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego DR-BUD z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.
Biorąc powyższe pod uwagę Izba podzieliła stanowisko odwołującego i uznała, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, art. 90 ust. 2 – 3 ustawy przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego z postępowania, pomimo tego, że wyjaśnienia i dowody złożone przez tego wykonawcę są analogiczne jak wyjaśnienia i dowody przystępującego, którego cenę ofertową zamawiający uznał jako realną i dającą gwarancję wykonania zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez jego błędne zastosowanie prowadzące do dokonania wadliwego uznania oferty nr 5 złożonej przez K……. M……. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „Machnik" za ofertę najkorzystniejszą w sytuacji kiedy najkorzystniejszą ofertą w rozumieniu przywołanego przepisu jest oferta odwołującego

Zarzut potwierdził się. Wobec tego, że potwierdził się zarzut nieprawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zamawiającego wobec oferty Konsorcjum DR-BUD, zasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, albowiem w ocenie ofert nie uczestniczyła oferta, która nie podlegała odrzuceniu. W tej sytuacji zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołania zostały uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba obciążyła zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującym kosztów postępowania tj. wpisów, a odwołującemu DR-BUD także zastępstwa na rozprawie zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zgodnie z przedłożoną przez odwołującego DR-BUD fakturą VAT.

Przewodniczący

……