

Sygn. akt: KIO 2558/12

WYROK
z dnia 28 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2012r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2012r. **wykonawcę:** ENERGOPOL-TP ELBUD S.A. ul. Siemianowicka 5a; 40-301 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Lublinie ul. Karłowicza 4; 20-027 Lublin

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowne badanie i ocenę oferty wykonawcy wybranego „REM-WOD” sp. z o.o. ul. Legnicka 28; 25-324 Kielce po uprzednim wezwaniu wykonawcy wybranego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie pozycji kosztorysowej obejmującej ceny wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych (asfaltowych) o grubości 6 cm (warstw ścieralna) poz.117 (Obiekt 1), poz. 86 (Obiekt 2), poz. 85 (Obiekt 3), poz. 80 (Obiekt 4)

2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Lublinie ul. Karłowicza 4; 20-027 Lublin i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 **zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez ENERGOPOL-TP ELBUD S.A. ul. Siemianowicka 5a; 40-301 Katowice tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Lublinie ul. Karłowicza 4; 20-027 Lublin na rzecz ENERGOPOL-TP ELBUD S.A. ul. Siemianowicka 5a; 40-301 Katowice kwotę 23.758 **zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia

trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt osiem złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia i kosztów dojazdu pełnomocnika odwołującego na rozprawę

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 Lublinie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedmiotem postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane „Rozbudowa wału rzeki Wisły w dolinie Stężyckiej w km 0+000 — 4+100 wraz z wałem poprzecznym (dolinowym) na długości 4,100 km, obiekt 1,2,3,4, gm. Dęblin i Stężyca” numer referencyjny WZMeI.NZ/322/2/2012.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2012/S 140-233633 w dniu 24.07.2012r.

Odwołanie wniesiono dnia 20 listopada 2012r. i dotyczy następujących czynności i zaniechań zamawiającego: badania i oceny oferty złożonej przez REM-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, której oferta została uznana za najkorzystniejszą; braku wezwania REM-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp; nieodrzczenia oferty REM-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, mimo że złożona przez spółkę oferta zawiera rażąco niską cenę, wyborze jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oferty REM-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach; nie dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Powyżej wymienionym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego zarzucono niezgodność z następującymi przepisami ustawy PZP: art. 7 ust. 1 poprzez wybór oferty zawierającej rażąco niską cenę, co sprzeczne jest z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; art. 90 ust. 1 poprzez brak wezwania wykonawcy REM-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach do złożenia wyjaśnień, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę; art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty REM-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, mimo że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez REM-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach; powtórzenie czynności badania i oceny ofert; odrzucenie oferty złożonej przez REM-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach; wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; ewentualnie o nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez REM-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; wezwanie REM WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp; odrzucenie oferty złożonej przez REM-WOD Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach; wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący złożył również wniosek o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w

tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

Wykazując interes w złożeniu odwołania, odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów Pzp, pozbawiony został możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, chociaż złożył ofertę w sposób prawidłowy, odpowiadającą rzeczywistym potrzebom przedmiotu zamówienia, która jest ofertą najkorzystniejszą w znaczeniu określonym przez Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (zwaną dalej SIWZ) spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Wskazał na wezwanie z dnia 28 września 2012r. zamawiającego skierowane do wykonawcy wybranego w oparciu o art. 87 ust.1 ustawy o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie kalkulacji kwot zawartych w cenach jednostkowych, między innymi dla pozycji kosztorysowej obejmującej ceny wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno - bitumicznych (asfaltowych) grubości 6 cm (warstwa ścieralna), tj. w poz. 117 (Obiekt 1), w poz. 86 (Obiekt 2), poz. 85 (Obiekt 3), poz. 80 (Obiekt 4), która to cena została ustalona na poziomie 3,63 zł.

Odpowiadając na ww. wezwanie, REM-W OD Sp. z o.o. wyjaśniła, że w kwocie o wartości wskazanej w ofercie na wykonanie przedmiotowego zadania zostały uwzględnione wszystkie roboty wyszczególnione w dokumentacji technicznej oraz SIWZ i Specyfikacji Technicznej, jak również, że poszczególne koszty zostały uwzględnione w kosztach ogólnych. W ocenie odwołującego wskazane przez REM-WOD Sp. z o.o. ww. ceny są zdecydowanie i rażąco zaniżone w stosunku do cen rynkowych. Zauważyć należy, że spółka REM-WOD wyceniając ww. prace w tym samym kosztorysie, w innych pozycjach, tj. w poz. 105 (Obiekt 2) i poz. 90 (Obiekt 4) wskazała kwotę prawie dziesięć razy wyższą, tj. kwotę 36,70 zł a więc zdecydowanie wyższą niż w pozycjach kwestionowanych, w których cena ta wynosi 3,63 zł. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że odwołujący, którego oferta jest kolejną pod względem ceny, za tożsame prace zaoferował cenę w wysokości 32,00zł, co odpowiada cenie rynkowej. Dla przykładu wskazać należy, że inne firmy, które realizują dla odwołującego podobny zakres (warstwa ścieralna gr. 4cm), jako cenę wykonania tych prac przyjmują 34,00 zł (uwzględniając zakres 900m²). Przyjmując także ceny z zeszytów SEKOCENBUD na III Kwartał 2012 roku opracowanych przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno — Organizacyjnych Budownictwa Promocja Sp. z o.o. i Kosztorysowych Norm Nakładów Rzeczowych, minimalna cena jednostkowa kwestionowanych pozycji, powinna kształtować się na poziomie 32,00 zł.

Nie sposób również przyjąć — jak REM-WOD Sp. z o.o. zasugerowała Zamawiającemu, że poszczególne koszty zostały uwzględnione w kosztach ogólnych. Biorąc pod uwagę nawet oszacowane koszty ogólne oraz ceny za wykonanie nawierzchni z mieszanek mineralno — bitumicznych (asfaltowych) grubości 6 cm (warstwa ścieralna) z poz. 117 (obiekt 1), poz. 86 (Obiekt 2), poz. 85 (Obiekt 3) i poz. 80 (Obiekt 4), suma ta w dalszym ciągu nie przekroczy ceny rynkowej — realnej za wykonanie na wskazanej przez Zamawiającego powierzchni nawierzchni z mieszanek mineralno - bitumicznych (asfaltowych) grubości 6 cm (warstwa ścieralna) w wlv. pozycjach. Według oferty REM-WOD Sp. z o.o., koszty pośrednie wynoszą 10%, zysk 5% i wynoszą odpowiednio 395.345,12 zł i 218.736,66 zł, natomiast koszt wykonania robót, których ceny odwołujący kwestionuje, spółka REM-WOD wyceniła na kwotę 251.559,00zł (3,63 x 69 300m² asfaltu). Zatem razem z kosztami ogólnymi kwestionowane prace zostały wycenione przez REM-WOD na 646.904,12 zł, która to cena w dalszym ciągu nie może zostać uznana za cenę rynkową. Zauważyć należy, że spółka REM-WOD wyceniając ww. prace w tym samym kosztorysie, w innych pozycjach, tj. w poz. 105 (Obiekt 2) i poz. 90 (Obiekt 4) wskazała kwotę prawie dziesięć razy wyższą, tj. kwotę 36,70 zł a więc zdecydowanie wyższą niż w pozycjach kwestionowanych, w których cena ta wynosi 3,63 zł. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że odwołujący, którego oferta jest kolejną pod względem ceny, za tożsame prace zaoferował cenę w wysokości 32,00zł, co odpowiada cenie rynkowej. Dla przykładu wskazać należy, że inne firmy, które realizują dla odwołującego podobny zakres (warstwa ścieralna gr. 4cm), jako cenę wykonania tych prac przyjmują 34,00 zł (uwzględniając zakres 900m²). Przyjmując także ceny z zeszytów SEKOCENBUD na III Kwartał 2012 roku opracowanych przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno — Organizacyjnych Budownictwa Promocja Sp. z o.o. i Kosztorysowych Norm Nakładów Rzeczowych, minimalna cena jednostkowa kwestionowanych pozycji, powinna kształtować się na poziomie 32,00 zł. Działania Zamawiającego powinny zatem zmierzać do wyjaśnienia, czy cena zaproponowana przez REM-WOD Sp. z o.o. w pozycji kosztorysowej obejmującej ceny wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno — bitumicznych (asfaltowych) grubości 6 cm (warstwa ścieralna), tj. w poz. 117(Obiekt 1), w poz. 86 (Obiekt 2), poz. 85 (Obiekt 3), poz. 80 (Obiekt 4), ustalona na poziomie 3,63 zł, jest ceną rynkową. Takich działań Zamawiający nie podjął, mimo że cena ta jest obiektywnie ceną rażąco niską, co widać na pierwszy rzut oka, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy. Sposób postępowania Zamawiającego jest tym bardziej zaskakujący, że w tym samym postępowaniu w stosunku do firmy ANTEX II M..... H....., podjęte zostały działania na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji oferta ww. wykonawcy została odrzucona, mimo tego, iż

wykonawca ten w pozycji kosztorysowej obejmującej ceny wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno - bitumicznych (asfaltowych) grubości 6 cm (warstwa ścieralna), tj. w poz. 117 (Obiekt 1), w poz. 86 (Obiekt 2), poz. 85 (Obiekt 3), poz. 80 (Obiekt 4) przyjął cenę na poziomie ok. 5,00 zł, a więc wyższą niż spółka REM-WOD, której oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą. Nadto, nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Zamawiający wzywając ANTEX II M..... H..... do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno - bitumicznych (asfaltowych) grubości 6 cm (warstwa ścieralna), wskazał, że dla wymaganego zakresu, cena rynkowa samego zakupu mieszanek mineralno - bitumicznych (warstwa ścieralna) kształtuje się na poziomie 3,087 min zł. Natomiast wykonawca REM-WOD Sp. z o.o. wyceniła w tym zakresie robociznę i materiały na łączną kwotę 251.559,00 zł (3,63 x 69 300 m² asfaltu). Zauważyć należy, że zamawiający w stosunku do firmy ANTEX II M..... H..... zakwestionował kwotę 349.433,00zł, która jak widać, jest ceną wyższą o prawie 100.000,00 zł. Nie budzi zatem wątpliwości, że Zamawiający dokonując wyboru oferty REM-WOD Sp. z o.o., dopuścił się naruszenia zarówno art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przedmiotowych pozycji kosztorysowych, a w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę, która występuje, na co wskazują powołane powyżej okoliczności. Niezależnie od tego, że Zamawiający powinien w razie powzięcia wątpliwości, co do realności ceny ofertowej, wezwać wykonawcę REM-WOD Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, odwołujący już na obecnym etapie wskazuje, że cena zawarta w pozycji kosztorysowej obejmującej ceny wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno - bitumicznych (asfaltowych) grubości 6 cm (warstwa ścieralna), tj. w poz. 117 (Obiekt 1), w poz. 86 (Obiekt 2), poz. 85 (Obiekt 3), poz. 80 (Obiekt 4), która to cena została ustalona przez REM-WOD Sp. z o.o. na poziomie 3,63 zł, jest ceną rażąco niską.

Na zakończenie argumentacji odwołania zauważono, że część kosztów nie mogła zostać skalkulowana w innych pozycjach kosztorysu, gdyż pozostałe pozycje kosztorysu tego nie potwierdzają. Jak już wskazano powyżej, twierdzenie REM-WOD Sp. z o.o., że poszczególne koszty zostały uwzględnione w kosztach ogólnych, nie znajduje odzwierciedlenia w ofercie, gdyż biorąc pod uwagę nawet oszacowane koszty ogólne oraz ceny za wykonanie nawierzchni z mieszanek mineralno — bitumicznych (asfaltowych) grubości 6 cm (warstwa ścieralna) z poz. 117 (obiekt 1), poz. 86 (Obiekt 2), poz. 85 (Obiekt 3) i poz. 80 (Obiekt 4), suma ta w dalszym ciągu nie przekroczy ceny rynkowej — realnej za wykonanie na wskazanej przez Zamawiającego powierzchni nawierzchni z mieszanek

mineralno — bitumicznych (asfaltowych) grubości 6 cm (warstwa ścieralna). Według oferty REM- WOD Sp. z o.o., koszty pośrednie wynoszą 395.345,12 zł, natomiast koszt wykonania robót, których ceny odwołujący kwestionuje, spółka REM-WOD wyceniła na kwotę 251.559,00 zł (3,63 x 69.300 m² asfaltu), co daje łączną kwotę 646.904,12 zł, która to kwota nie wystarczy na sam zakup mieszanek mineralno - bitumicznych (warstwa ścieralna), które to koszty - jak wskazuje sam Zamawiający - kształtują się na poziomie 3,087 mln zł. W konsekwencji można zatem przyjąć, że tak znaczne obniżenie wartości wskazanych pozycji kosztorysu ofertowego prowadzi do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną ofertową, ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, która nie jest ceną rynkową tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających

W dniu 26 listopada 2012r. odpowiedź na odwołanie złożył zamawiający wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 15 ofert, gdzie ceny wahały się od 31.151.317,24 zł. do 15.460.573,38zł (oferta odrzucona) z zaznaczeniem, że oferta wybrana wyniosła kwotę16.742.356,89 zł. a oferta odwołującego wyniosła kwotę17.359.494,76 zł. Przy czym środki przeznaczone na realizację zamówienia wynoszą 24.973.082,56zł. brutto. Na podstawie wykonanych zestawień ofert wynika, że oferty odwołującego i wykonawcy wybranego znajdują się w trójce najtańszych złożonych ofert poniżej 18 milionów złotych. Oferta wykonawcy wybranego wynosi 67 % wartości ceny szacunkowej zamawiającego i jest niższa o 3,7 % od ceny odwołującego. Zamawiający uważa, że powoływanie się na jeden element wynagrodzenia jest chybione, ponieważ ocenia się całość wynagrodzenia a nie jego poszczególne elementy jak ma to miejsce w odwołaniu gdzie kwestionuje się jedną pozycję to jest: „ceny wykonania nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych (asfaltowych)”.

W ocenie zamawiającego stwierdzenie rażąco niskiej ceny może nastąpić w odniesieniu do całości ceny, po przeanalizowaniu wszystkich okoliczności i elementów kalkulacyjnych. Również zamawiający zaznaczył, że zarzut rażąco niskiej ceny nie może dotyczyć części ceny tylko całości ceny. Poza tym wartość robót dotyczących naprawy dróg po których będzie wożona ziemia służąca do wbudowania w wał przeciwpowodziowy wynosi ok.10 % wartości całego zamówienia, a więc nie stanowi istotnego elementu robót jakim jest

rozbudowa wału przeciwpowodziowego rzeki Wisły. Rażąco niska cena na niewielki zakres czynności technologicznych wykonawcy nie może być brana pod uwagę jako przesłanka do odrzucenia oferty, jeżeli zachodzi jednocześnie inna przesłanka- cena oferty nie odbiega rażąco od cen rynkowych i od ogólnej kwoty, jaka zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia i jaką przedstawił przed otwarciem ofert. Zamawiający uważa, że wezwanie w oparciu o art. 87 ust.1 ustawy Pzp i uzyskane wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty wraz z kosztorysami szczegółowymi na wybrane elementy oferty, były wystarczające do oceny oferty. Zamawiający przywołał argumentację komentatorów prawa zamówień publicznych, z których wynika, że nie jest uzasadnione zwracanie się o kalkulacje ceny jednostkowej nawet skalkulowanej na bardzo niskim poziomie w sytuacji gdy z racji wyższych cen w innych elementach oferty taki sposób kalkulacji powoduje, że cena oferty nie jest rażąco niska. Co do oferty złożonej przez ANTEX II M..... H..... to zamawiający wezwał do wyjaśnienia w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp, ponieważ oferta tego wykonawcy była najtańsza i wezwano o wyjaśnienie elementów istotnych oferty, które mają wpływ na wysokość ceny. Dotyczyło to takich elementów jak ceny wbijania ścianek szczelnych, zakupu gruntu do wbudowania w wał oraz kosztów transportu mas ziemnych przy czym oferta tego wykonawcy została odrzucona z powodu podpisania oświadczenia wyjaśniającego kalkulacje przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji wykonawcy. Podsumowując swoje stanowisko zamawiający uważa, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Co do interesu do wniesienia odwołania.

Odwołujący złożył ofertę w rankingu ofert bezpośrednio po ofercie wykonawcy wybranego. W związku z tym spełnia przesłanki w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 28 września 2012 roku zwrócił się do REM-WOD Sp. z o.o. z wezwaniem w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz pkt XIII ppkt 6 SIWZ o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie kalkulacji kwot zawartych w cenach jednostkowych, między innymi dla pozycji kosztorysowej obejmującej ceny wykonania

nawierzchni z mieszank mineralno - bitumicznych (asfaltowych) grubości 6 cm (warstwa ścieralna), tj. w poz. 86 (Obiekt 2), poz. 85 (Obiekt 3), poz. 80 (Obiekt 4), która to cena została ustalona na poziomie 3,63 zł. Zamawiający prosił o przedstawienie kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych dla tych pozycji kosztorysu ofertowego.

Izba przeprowadziła dowód z oferty i stwierdziła, że w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym znajduje się wycena nawierzchni z mieszank mineralno - bitumicznych asfaltowych o grubości 6 cm (warstwa ścieralna) NAPRAWA DRÓG WYKORZYSTYWANYCH DO TRANSPORTU MATERIAŁÓW na kwotę 3,63 zł w następujących pozycjach poszczególnych obiektów: w poz. 117 (Obiekt 1), w poz. 86 (Obiekt 2), poz. 85 (Obiekt 3), poz. 80 (Obiekt 4).

Z pisma REM-WOD z dnia 03.10.2012r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie zamawiającego wynika, że w kwocie wartości złożonej oferty zostały uwzględnione wszystkie roboty (pełen zakres robót) wyszczególnione w dokumentacji technicznej oraz SIWZ i Specyfikacji Technicznej. Z pisma przewodniego wynika również, że koszty remontu i bieżące naprawy poszczególnych odcinków zostały uwzględnione w kosztach ogólnych budowy oraz w pozycjach odnoszących się do wycena nawierzchni z mieszank mineralno - bitumicznych asfaltowych o grubości 6 cm (warstwa ścieralna) NAPRAWA DRÓG WYKORZYSTYWANYCH DO TRANSPORTU MATERIAŁÓW. Do pisma przewodniego załączono kosztorys szczegółowy zawierający pozycje do wyjaśnienia.

Pełnomocnik odwołującego na rozprawie złożył następujące wyjaśnienia: Odwołujący wskazuje, iż zaniżenie kosztów w ofercie wykonawcy wybranego dotyczyło następujących pozycji i obiektów tj. pozycja 117 obiekt 1, pozycja 86 obiekt 2, pozycja 85 obiekt 3, pozycja 80 obiekt 4. Sprowadza się to do tego, iż wycena tych pozycji wyniosła w ofercie wykonawcy wybranego kwotę 3,63 zł. Zwraca również uwagę, że przeciwnie jak firma Antex wykonawca wybrany został wezwany w trybie art. 87 ust. 1, a nie art. 90, jak miało to miejsce w stosunku do firmy Antex, która złożyła ofertę wyższą w tym zakresie, bo na 5 zł – dotyczy to nawierzchni z mieszank mineralno-bitumicznych. W ocenie odwołującego skoro Antex był wezwany w trybie art. 90, to również wykonawca wybrany powinien być wezwany w tym trybie skoro zaoferował cenę jeszcze niższą tj. 3,63 zł, a nie jak w przypadku wykonawcy Antex 5 zł. Stąd wniosek odwołującego, że zamawiający w stosunku do wykonawcy wybranego również powinien powziąć wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Jest to cena 10-krotnie niższa i według wyliczeń odwołującego gdyby zastosować stawkę

choćby Sekocenbudu to oferta wykonawcy wybranego wzrosłaby o ponad 2 mln zł. Wyczenie to jest następujące: 69 000 m² przy stawce 3,63 daje kwotę 250 tys. zł, a gdyby zrobić to 10-krotność stawki to wówczas wycena wyniosłaby 2,5 mln zł.

Co do znaczenia tych zaniżeń dla całej oferty to podkreśla, że powołując się na wezwanie firmy Antex z 23 października 2012 r., który zastosował stawkę 5 zł to zamawiający w piśmie tym mówi o tym, że zakres dostaw, materiały to same materiały powinny być wycenzone na 3 mln zł. Również odnosząc się do wyjaśnień wykonawcy wybranego, że koszty nie ujawnione w cenie jednostkowej mieszczą się w kosztach pośrednich i zysku to tutaj odwołujący oświadcza, że koszty te w ofercie wykonawcy wybranego tj. koszty pośrednie i zysku dla całej oferty wynoszą kwotę 614 tys. zł. Dodając do tego 200 tys. zł jako wycena 69 000 m² na kwotę 251 000 tys. przy 3,63 zł to łącznie mamy kwotę 851 tys. zł. Należy natomiast podkreślić, że sam zamawiający w piśmie do Antexu z 23 października 2012 r. mówi o kosztach materiałowych na te roboty na poziomie 3 mln zł. Odwołujący także zwraca uwagę, że nienaturalnym jest, że całość zysków pośrednich należy odnieść do nawierzchni z mieszanki mineralno-bitumicznej tj. na naprawę dróg. Odnosząc się z kolei do odpowiedzi złożonej w dniu dzisiejszym przez zamawiającego to nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż roboty te stanowią tylko 10% wartości zamówienia, bo przy wycenie zamawiającego 20 mln zł wartości robót, już 3 mln zł podane w ofercie Antexu stanowią 15% wartości, a są to tylko materiały. Odnosząc się dalej to na potwierdzenie naszych racji należy zwrócić uwagę na poz. 105 obiekt 2 i poz. 90 obiekt 4, gdzie tam wykonawca wybrany zastosował stawkę 36,70 zł/m². Zwraca również uwagę na to, że poziom kwestionowanych robót u innych wykonawców również wynosi 30 zł. Wynika z tego, że została zastosowana prawidłowa stawka. Odwołujący oświadcza, że wzrost wyceny oferty wykonawcy wybranego o 2 mln zł, o których wspominał powyżej ma istotny wpływ na pozycję rankingową oferty wybranego, ponieważ wtedy wyniosłaby około 18 mln zł i nie byłaby najkorzystniejszą ofertą oraz wskazuje na zastosowanie rażąco niskiej ceny.

Uzupełniając pełnomocnik odwołującego podkreśla, że ogłoszenie o zamówieniu z 24 lipca 2012 r. Pełnomocnik odwołującego przywołuje inne pozycje SIWZ, w tym ogłoszenie o zamówieniu, które wskazuje, że koszty ogólne obejmują szereg pozycji. Wynika to również z umowy (par. 10), że koszty ogólne to ubezpieczenie kontraktu, koszty geodezji, koszty rozgraniczeń, koszty zajęcia pasa drogowego, koszty organizacji ruchu, w tym też koszty naprawy dróg w związku z ich użytkowaniem tj. frezowanie. Wykonawcy powinni uwzględnić, że celem dowiezienia mas ziemnych muszą wykonać około 20 000 kursów samochodami o

ładowności 20t. Zapomina w swoim wyjaśnieniu wykonawca wybrany na powoływanie się wytwórni mas bitumicznych jako czynnika ograniczającego jego koszty, że odległość pomiędzy jego wytwórnią mas bitumicznych, którą posiada w Radomiu, a odległością gdzie będą wykonywane roboty na wysokości Dębina to około 70 km. Stwierdza na zasadnicze błędy w jego ocenie dokonane celowo w kosztorysie szczegółowym załączonym do pisma zamawiającego z dnia 3 października 2012 r., gdzie w pozycjach na str. 33 pozycja 117, na str. 35 pozycja 86, str. 48 pozycja 85, str. 49 pozycja 80. Powinno być nakłady materiałowe według norm powinny wynosić około 153 kg na m² mieszanki mineralno-asfaltowej przy grubości 6 cm, a wykonawca wybrany w tych pozycjach powyżej wskazanych zaniżył to 12-krotnie przez podanie współczynnika zmniejszającego tj. 0,08 zamiast 1, co uniemożliwia prawidłowe wykonanie zadania. Powołuje się ogólnie na normy.

Izba uwzględniając powyższe wyjaśnienia przeprowadziła na rozprawie następujące dowody z dokumentacji postępowania.

Z SIWZ wynika: pkt XIII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej :pkt 6 Zamawiający może w trakcie oceny ofert wymagać od wykonawców którzy sporządzili kosztorys metodą uproszczoną, aby przedstawili (wyjaśnili) kalkulację kwot zawartych w cenach jednostkowych.pkt7 Ceny określone w kosztorysie ofertowym nie ulegną podwyższeniu w czasie realizacji całego przedmiotu zamówienia. pkt 8 cena ofertowa nie może zawierać upustów, bonifikat do wartości kosztorysowej. Pkt9 Ogólna cena ofertowa powinna obejmować koszty wykonania robót bezpośrednio wynikających z dokumentacji projektowej, powinna także obejmować także koszty nie ujęte w dokumentacji technicznej, a których wykonanie niezbędne jest do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, tj. koszty związane z: 1organizacją i zagospodarowaniem placu budowy wraz z zapleczem budowy; 2 dzierżawa placu budowy; 3 zakupem i montażem tablicy informacyjnej;4 sfinansowanie kosztów zużycia wody i energii elektrycznej;5 sfinansowanie kosztów związanych z zajęciem gruntów na czas inwestycji; 6 finansowanie badań dotyczących jakości wbudowanych materiałów; 7ubezpieczenie budowy od szkód powodziowych;8 zabezpieczenie budowy w czasie wezbrań powodziowych;9 uporządkowanie terenu po zakończeniu buowy;10 prowadzenie obsługi geodezyjnej robót; 11 opracowanie i przekazanie dokumentacji powykonawczej; 12 coroczne koszenie korony i skarp zmodernizowanego obwałowania; 13 inne wynikające z SIWZ i §10 Umowy. Zgodnie z przedłożonym projektem umowy o roboty budowlane (rozdział III SIWZ Istotne postanowienia umowne- wzór umowy) §2 ust.3 Za wykonanie przedmiotu niniejszej umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wygodzenie

wyliczone w oparciu o ceny zawarte w kosztorysie ofertowym i ilości rzeczywistego zakresu rzeczowego, nie wyższe jednak niż wynagrodzenie o którym mowa w ust.1. § 21 pkt 3 Integralną część umowy stanowią 3) kosztorys ofertowy Wykonawcy i przedmiar robót dostarczony przez Zamawiającego.

Zamawiający odnosząc się do wypowiedzi i oświadczeń odwołującego na rozprawie stwierdził do protokołu: kwestionowana wycena przez odwołującego dotyczy naprawy dróg na poziomie 10% naszej wyceny wartości robót i obejmuje naprawę dróg wynikającą z dowozu mas ziemnych. Kwota ta stanowi wartość 2 462 740,00 zł, natomiast co do budowy dróg czy ich modernizacji do obiektów na wysokości Dęblina i Stężycy to wartość tych robót wyceniona jest na poziomie 1 100 650,00 zł, razem te roboty drogowe wycenione są na 4 100 000. Przy czym zaznaczamy, że odwołujący kwestionuje tylko roboty na poziomie 2 462 740,00 zł. Przy czym naprawa tych dróg rozłożona jest na wszystkie 4 obiekty. Zestawienia, które przedstawiamy w poczet dowodu wynika, że dzieląc ofertę na 4 obiekty tj. budowlane hydrotechniczna, drugi i trzeci obiekt to wały przeciwpowodziowe, a czwarty obiekt to roboty wykończeniowe. Z zestawienia wynika, że wykonawcy wybrany wyżej wycenił te obiekty od wykonawcy odwołującego się na dowód czego składa zestawienie ofert 6 najtańszych. Kopię przewodnicząca przekazała odwołującemu.

Zamawiający oświadcza, że na przestrzeni czterech lat prowadzi tego rodzaju branżowe, z których wynika, że oferty które są składane są na poziomie od 55% do 110 % jego wyceny i do tej pory firmy te nie upadły, a 6 robót w okresie ostatnich 4 lat wykonywał odwołujący. W aktualnym postępowaniu najniższa oferta wykonawcy wybranego nie licząc Antex jest na poziomie 67% naszej wyceny. (...)Chciałbym zaznaczyć na zakończenie, że gospodarując środkami publicznymi interesuje nas cena globalna, cena końcowa zamówienia.

Izba przeprowadziła dowód z pisma zamawiającego z dnia 23 października 2012r. skierowanego do wykonawcy ANTEX II M..... H..... wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W piśmie tym zamawiający między innymi stwierdza, że (...) natomiast cena rynkowa samego zakupu mieszanek mineralno-bitumicznych (warstwa ścieralna) kształtuje się na poziomie ca 3,087 mln zł (netto).

Przeprowadzono dowód z przedłożonego na rozprawie przez zamawiającego Wykazu – Zestawienie ofert 6 najtańszych. Przedstawione zestawienie obrazuje ceny netto i brutto ofert

w tym odwołującego i wykonawcy wybranego z podziałem na ceny za każdy z czterech obiektów.

Izba zaważyła co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Trafnie odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny.

W wyniku przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego oraz wysłuchania stron Izba ustaliła, że wykonawca wybrany w zakresie zakwestionowanych robót to jest wyceny warstwy asfaltowej (mieszanka mineralno –bitumiczna) zastosował stawki około dziesięciokrotnie niższe niż wynikające z cen rynkowych. Ceny rynkowe ustalono na podstawie stawek SEKOCENBUDU przywołanych przez odwołującego, stawek jakie wykonawca wybrany zastosował w innych pozycjach kosztorysu ofertowego, cen konkurentów w tym odwołującego zastosowanych w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie w zakresie wyceny robót ułożenia warstwy asfaltowej do wykonawcy wybranego ale jako podstawę swojego wystąpienia podał art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym artykułem w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Przepis ten służy zamawiającemu do wyjaśnienia treści złożonej oferty przed ewentualną czynnością odrzucenia oferty z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ. Natomiast szczególnym przypadkiem uregulowanym ustawą a obligującym zamawiającego do odrzucenia oferty jest sytuacja gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przy czym jak w przypadku sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ obowiązuje zamawiającego procedura wcześniejszego skorzystania z instytucji wyjaśnienia czy występuje rażąco niska cena. Służy temu powyżej cytowany art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Podsumowując każdemu wykonawcy przed odrzuceniem jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny przysługuje prawo udzielenia wyjaśnień, ponieważ po stronie zamawiającego leży obowiązek wyjaśnienia czy występuje rażąco niska cena. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie występują okoliczności wskazujące na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w

zakresie stawek układania warstwy mineralno-bitumicznej. O powyższym świadczy wycena tych robót a także wysokość kosztów ogólnych w ofercie wykonawcy wybranego, które łącznie pokrywają ok. jednej piątej samych materiałów (ok.600tys.zł) na te roboty co wynika z oferty wykonawcy wybranego i pisma zamawiającego do wykonawcy ANTEX II, w którym zamawiający wycenia same materiały na kwotę powyżej 3 mln. złotych.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego wyrażonego na rozprawie, że ważna jest globalna cena i to najniższa z zaoferowanych. Zamawiający ma obowiązek przewidywania aby powierzenie zamówienia określone mu wykonawcy miało szansę jego realizacji. Temu służy instytucja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Natomiast w przedmiotowej sprawie brak podstaw do uznania, że o tym czy cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia nie decyduje cena ogólna(globalna) tylko cena jednostkowa na poszczególne rodzaje robót. Bowiem z żadnego zapisu SIWZ ani projektu umowy nie wynika, że cena ma charakter ryczałtowy. Owszem zamawiający posługuje się ceną globalną w przyszłej umowie ale dla ustalenia jej maksymalnej wysokości, której nie można przekroczyć. Natomiast strony będą się rozliczać w oparciu o ceny jednostkowe wynikające z kosztorysu ofertowego. O powyższym świadczy zapis projektu umowy zgodnie z którym §2 ust.3 Za wykonanie przedmiotu niniejszej umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wygodzenie wyliczone w oparciu o ceny zawarte w kosztorysie ofertowym i ilości rzeczywistego zakresu rzeczowego, nie wyższe jednak niż wynagrodzenie o którym mowa w ust.1. Czyli w przedmiotowej sprawie występuje rozliczenie w oparciu o ceny z kosztorysu i ilości rzeczywistego czyli wykonanego zakresu rzeczowego. W spornym zakresie rozliczenie robót układania warstwy mineralno-bitumicznej wystąpiłoby w oparciu o stawkę za 1m² ułożonej warstwy czyli 3,63 zł a nie dziesięciokrotnie wyższą cenę rynkową. W związku z powyższym zamawiający nie ma podstaw do uznania, że roboty w tym zakresie zostaną należycie wykonane skoro stawka jest nierealna, niewiarygodna do obowiązujących stawek na rynku. Niemniej przed podjęciem czynności odrzucenia oferty zamawiający ma obowiązek zastosowania procedury art.90 ust.1 ustawy, ponieważ zastosowanie wyjaśnienie w trybie art. 87 ust.1 z uwagi również na treść pisma nie ma prawa skutkować odrzuceniem oferty.

Stwierdzone naruszenie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym Izba na mocy art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uwzględniła odwołanie i orzeka jak w sentencji Wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 2) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 20.000,00zł. i 3.600,00zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i 158 złotych zgodnie z przedłożonymi biletami PKP na rozprawie (146,00 bilet i 12,00 miejscówka).

Przewodniczący:

.

