

Sygn. akt: KIO 2572/12
KIO 2573/12

WYROK
z dnia 7 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 23 listopada 2012 r. przez Wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A.**, 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 (sygn. akt KIO 2572/12),

B. w dniu 23 listopada 2012 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Hydrobud Kielczyk Spółka Jawna**, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4, **Domost Sp. z o.o.**, 07-320 Małkinia Górna, ul. Kolejowa 30 (sygn. akt KIO 2573/12),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie**, 03-194 Warszawa, ul. Zarzecze 13 B

przy udziale:

Wykonawcy **Hydrobudowa Gdańsk S.A.**, 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2573/12 po stronie Zamawiającego;

Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A.**, 02-972 Warszawa, ul. Adama Branickiego 15 zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2572/12, KIO 2573/12 po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1 Oddala odwołania wniesione przez Wykonawcę Hydrobudowa Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 (sygn. akt KIO 2572/12) i Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Hydrobud Kielczyk Spółka Jawna, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4, Domost Sp. z o.o., 07-320 Małkinia Górna, ul. Kolejowa 30 (sygn. akt KIO 2573/12).**

- 2 Kosztami postępowania obciąża: Wykonawcę Hydrobudowa Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 (sygn. akt KIO 2572/12) oraz Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Hydrobud Kielczyk Spółka Jawna, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4, Domost Sp. z o.o., 07-320 Małkinia Górna, ul. Kolejowa 30 (sygn. akt KIO 2573/12) i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40.000 zł 00 gr.** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: Hydrobudowa Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 oraz wspólnie ubiegających się o zamówienie Hydrobud Kielczyk Spółka Jawna, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4 i Domost Sp. z o.o., 07-320 Małkinia Górna, ul. Kolejowa 30 tytułem wpisów od odwołań.

 - 2.2 zasądza od Wykonawców: Hydrobudowa Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 (sygn. akt KIO 2572/12) oraz Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Hydrobud Kielczyk Spółka Jawna, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4, Domost Sp. z o.o., 07-320 Małkinia Górna, ul. Kolejowa 30 (sygn. akt KIO 2573/12) na rzecz Zamawiającego Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, 03-194 Warszawa, ul. Zarzecze 13 B kwotę **6.150 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy sto pięćdziesiąt złotych zero groszy) w tym:
 - A. od Wykonawcy Hydrobudowa Gdańsk S.A., 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 kwotę **3.075 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w sprawie odwołania sygn. akt KIO 2572/12,

 - B. od Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Hydrobud Kielczyk Spółka Jawna, 15-102 Białystok, ul. Kombatantów 4, Domost Sp. z o.o., 07-320 Małkinia Górna, ul. Kolejowa 30 kwotę **3.075 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w sprawie odwołania sygn. akt KIO 2573/12,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2572/12
KIO 2573/12

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: *Przebudowa i remont obiektów Stopnia Wodnego we Włocławku w województwie kujawsko – pomorskim: zapory czołowej, systemu kontrolno – pomiarowego (ASTKZ), jazu, śluzy awanportami oraz przepławki dla ryb* (nr postępowania: 324 212), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 135-224935 w dniu 17.07.2012 r., wobec czynności i zaniechania czynności w toku oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w dniu 23 listopada 2012 r., wniesione zostały do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez: Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku (sygn. akt KIO 2572/12), wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Hydrobud Kielczyk Spółka Jawna z siedzibą w Białymstoku, Domost Sp. z o.o. z siedzibą w Małkinie Górnej (sygn. akt KIO 2573/12).

Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 13 listopada 2012 r. w informacji przekazanej faksem.

I. Sygn. akt KIO 2572/12

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2572/12 Odwołujący – Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej zwany Wykonawcą/Odwołującym Hydrobudowa) zarzucił Zamawiającemu naruszające art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1-3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 6 ustawy zaniechanie dokonania czynności żądania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty Pol-Aqua S.A. z siedzibą w Warszawie, a także zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jej treść jest niezgodna z postanowieniami siwz. W związku z bezprawnym odrzuceniem oferty Odwołującego Hydrobudowa oraz brakiem poprawienia innej, nieistotnej omyłki w treści ofert, Odwołujący Hydrobudowa wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych POL-AQUA, nakazanie odrzucenia tej oferty, bowiem jej treść jest niezgodna z treścią siwz, a która to niezgodność nie stanowi innej omyłki i nie

podlega konwalidacji w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, z ostrożności wniósł o nakazanie dokonania czynności wezwania Wykonawcy POL-AQUA do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1; nakazanie odrzucenia oferty POL-AQUA, bowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; nakazanie poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego w zakresie pozycji 108 „podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grubości 10 cm – 252 m 3”; nakazanie dokonania ponownej oceny ofert, czego konsekwencją winna być czynność odrzucenia oferty POL-AQUA i wybór oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego wadliwej oceny oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA, Odwołujący Hydrobudowa wskazał na niezgodność jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagania z punktu 4.4 siwz „cena ofertowa powinna być wyrażona cyfrowo oraz słownie w PLN”. Wykonawca POL-AQUA w kosztorysie ofertowym w części dotyczącej obiektu nr 3, tj. jazu, odnośnie „remontu jazu w zakresie konstrukcji, urządzeń mechanicznych i elektrycznych” na stronach od 322 do 326 przedstawił rażąco zaniżone koszty pracy nurka oraz pomocniczego sprzętu pływającego (odpowiednio 1,02 PLN za godzinę pracy nurka i 2,54 PLN za godzinę pracy pomocniczego sprzętu pływającego). Niezależnie od powyższego, Wykonawca POL-AQUA dokonał wyceny metodą uproszczoną, co generowało po jego stronie, zgodnie z postanowieniami 4.3 siwz konieczność przedstawienia w treści formularza ofertowego składników cenotwórczych takich jak cena roboczogodziny, wysokość narzutów kosztów pośrednich, zysk, które to po przeliczeniu wskazują, iż jedna roboczogodzina stanowi koszt rzędu 25,26 PLN. Jednostką miary pozostaje maszynogodzina, nie zaś roboczogodzina, co potwierdza, iż wykonawca dokonał wyceny po pierwsze niezgodnie z założonymi przez samego siebie składnikami cenotwórczymi wykazanymi w formularzu ofertowym, ale także bez uwzględnienia pozostałych kosztów mieszczących się w maszynogodzinie, a więc między innymi pracy atestowanego sprzętu do nurkowania, bazy nurkowej z własnym napędem oraz kamery do wykonywania zdjęć podwodnych, co potwierdza niezgodność kalkulacji z wymogami siwz. Zgodnie z postanowieniami ST koszt maszynogodziny powinien zawierać koszt zespołu składającego się z kierownika robót nurkowych oraz dwóch nurków II klasy. Powyższe wskazywać ma, iż ceny zaoferowane w pozycjach 5, 6, 10, 11, 17, 18, 28, 29, 36, 37, 47, 53, 61, 67, 68, 80 kosztorysu nie zawierają wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Brak wyceny wszystkich kosztów nie może zostać potraktowany jako inna omyłka (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Wadliwość oferty w tym zakresie nie wynika z błędu, a świadomego działania wykonawcy. Zamawiający musiałby w miejsce cen wskazanych w/w. pozycjach

kosztorysu wpisać inne ceny, a uczynić tego nie może ze względu na fakt, iż oferta, a z nią także kosztorys ofertowy stanowi jednostronne oświadczenie woli wykonawcy. Zamawiający nie może jednostronnie dokonywać zmian w tym oświadczeniu, które nie wynikają z oczywistych błędów. Ponadto, Zamawiający nie byłby w stanie określić wyceny budzących wątpliwości pozycji kosztorysowych.

Opisana powyżej wadliwość oferty powinna również, zdaniem Odwołującego Hydrobudowa, być podstawą do weryfikacji oferty z punktu widzenia rażąco niskiej ceny. Rzeczywiste koszty za wykonanie tego rodzaju prac i sprzętu, kształtują się w tym postępowaniu na poziomie od 130,00 PLN – 397,43 PLN za godzinę pracy nurka (rozliczenie według maszynogodzin) oraz 33,85 PLN – 79,13 PLN za godzinę pracy pomocniczego sprzętu pływającego. Wobec znaczącej liczby jednostek przedmiarowych (godzin pracy nurków) oraz charakteru robót stanowiących przedmiot zamówienia wykonywanych w technologii „z wody” powoduje, że cena ofertowa za cały przedmiot zamówienia wybranego wykonawcy jest ceną rażąco niską. Wszystkie oferty z wyłączenie oferty Wykonawcy POL-AQUA zawierają zbliżone ceny pracy nurka oraz pomocniczego sprzętu pływackiego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający był zobowiązany wezwać Wykonawcę POL-AQUA do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym również w zakresie pozycji oferty, których ceny są absolutnie niemożliwe do osiągnięcia na rynku (praca nurka i sprzętu pływającego). Odwołujący wskazał na zastrzeżenie poczynione w formularzu ofertowym, iż „prace wykonywane pod wodą” będą wykonywane przy udziale podwykonawcy, co wskazywać ma na udział specjalistycznych firm świadczących usługi w zakresie podwodnych robót budowlanych. Za wystarczające uzasadnienie do wystąpienia o złożenie wyjaśnień Odwołujący wskazywał na wnioski płynące z porównania ceny danej oferty do ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub średnich cen rynkowych lub też wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Kilkanaście pozycji zawierających nierealną cenę za godzinę pracy nurka oraz pomocniczego sprzętu pływającego, nieraz kilkaset razy mniejszej od cen zaproponowanych przez innych wykonawców, w ocenie Odwołującego miała znaczenie dla ostatecznego ukształtowania ceny ofertowej.

W świetle powyższego, zaproponowanie ceny poniżej kosztów wykonania stanowi czy nieuczciwej konkurencji, wyspecyfikowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Działanie Wykonawcy POL-AQUA Odwołujący określa, jako świadczenie usług poniżej kosztów ich zakupu, gdyż z pewnością nie zakupi usług prac podwodnych po zaproponowanej cenie 1,02 zł za godzinę pracy nurka oraz 2,54 zł. za godzinę pracy pomocniczego sprzętu pływającego. Obniżając cenę

świadczenie usług poniżej kosztów ich jej zakupu, Wykonawca zaproponował obniżoną cenę ofertową. Cena końcowa stanowi zaledwie 55% kosztów, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, od ceny ofertowej Odwołującego oraz średniej cen zaoferowanych w postępowaniu jest niższa o ok. 10 mln PLN, natomiast od ceny najwyższej, jaką zaproponowano w niniejszym postępowaniu o ok. 24 mln PLN. Proponując cenę poniżej kosztów zakupu usług, Wykonawca kierował się chęcią uzyskania zamówienia publicznego, a w tym celu musiał wyeliminować pozostałych uczestników postępowania.

W części zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, w odwołaniu Wykonawca Hydrobudowa podważa zasadność podstawy wskazanej przez Zamawiającego w informacji, mającej wypełniać przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a wynikającej z faktu pominięcia w kosztorysie ofertowym jednej pozycji przedmiarowej. W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym stanie, Zamawiający był zobligowany do poprawienia oferty Odwołującego w zakresie nieistotnej omyłki. Wartość prac pominiętej pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołujący wycenił na około 25.000 zł, przy cenie ofertowej 65 mln zł., co stanowi ułamek promila wartości oferty Odwołującego. Zamawiający posiadał informacje wynikające z treści oferty, uprawniające go do samodzielnego poprawienia zaistniałej omyłki. Informacja ta została zawarta w pozycji 108 kosztorysu, która powinna być zastosowana do poprawienia oczywistej omyłki. Swoją ocenę poparł orzecznictwem Izby oraz Sądów Okręgowych.

W dniu 26.11.2012 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POLA-AQUA S.A.

W dniu 27.11.2012 r. zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniosło konsorcjum w składzie Hydrobud Kielczyk Sp. J i Domost Sp. z o.o.

II Sygn. akt KIO 2573/12

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2573/12 Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Hydrobud Kielczyk Spółka Jawna i Domost Sp. z o.o. (dalej zwani Wykonawcą/Odwołującym Hydrobud) zarzucili Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy dokonanie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich POLA-AQUA S.A., nieprecyzyjne i błędne określenie terminu, do którego winna zostać przedłużona ważność oferty, a z nią ważność wadium.

W związku z powyższym, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, poprzez błędną wykładnię przepisu prowadzącą do ustalenia, iż Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, kiedy to właściwa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, iż zgoda taka została wyrażona co najmniej w sposób dorozumiały już w dniu 8 listopada 2012 r. przez przedłużenie okresu obowiązywania gwarancji do dnia 9 stycznia 2013 r., a także nie przeprowadzenie wykładni celowościowej w kontekście regulacji zawartych w art. 46 ustawy i funkcji jaką spełnia przedłużenie ważności wadium, nierozzerwalnie wiążące się z przedłużeniem terminu związania ofertą i gwarantujące zawarcie umowy w przypadku wyboru tej oferty.

Naruszenie art. 24 ust. 2 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów pomimo tego, że ważność pierwotnej oferty (przed jej przedłużeniem w dniu 8.11.2012 r.) obowiązywała do dnia 12.11.2012 r., a w dniu 13.11.2012 r. Odwołujący dodatkowo potwierdził przedłużenie terminu związania ofertą o następne 60 dni, co w świetle zasad liczenia terminów wskazuje, iż oferta Odwołującego w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej, obowiązywała.

Naruszenie art. 14 ustawy w zw. z art. 60 ustawy kodeks cywilny przez błędną wykładnię i nie zastosowanie tych przepisów do oceny okoliczności związanych z przedłużeniem okresu obowiązywania gwarancji zapłaty wadium do dnia 9.01.2013 r., co jednoznacznie i w sposób dostateczny wskazuje na wolę przedłużenia okresu związania ofertą do czasu upływu terminu ważności wadium.

Naruszenie art. 85 ust. 2 ustawy poprzez nieprecyzyjne wskazanie w piśmie z dnia 5 listopada 2012 r. okresu na jaki oferta ma być przedłużona przez wyrażenie prośby o przedłużenie jej na okres 60 dni do dnia 9 stycznia 2013 r., kiedy to rachunek matematyczny wskazuje, iż przedłużenie jej ważności o 60 dni wydłuża ten czas do dnia 11 stycznia 2013 r.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert.

Wskazując na czynności podjęte w toku postępowania Odwołujący wskazał na pismo Zamawiającego z dnia 5 listopada 2012, w którym zwrócił się on z prośbą o przedłużenie o 60 dni ważności oferty, wskazując na jednoczesną konieczność odpowiedniego przedłużenia ważności wadium na okres do dnia 9.01.2013 r. W tym samym piśmie Zamawiający poprosił o przekazanie informacji o decyzji o odmowie przedłużenia ważności oferty w przypadku jej podjęcia.

Z okoliczności wadliwego wskazania terminu na jaki należało przedłużyć ważność wadium (09.01.2013 r.) przy uwzględnieniu dodatkowego terminu 60 dni, Odwołujący wywodzi brak

możliwości obciążenia negatywnymi konsekwencjami wykonawcy w postaci wykluczenia go z postępowania.

Według obliczeń Odwołującego pierwotny termin związania ofertą upłynął z końcem 12 listopada 2012 r. (60 dni liczonych od dnia następnego po dniu wyznaczonym na składanie ofert – 12.09.2012 r.). Dopiero od dnia następnego winien być liczony przedłużony sześćdziesięciodniowy okres związania ofertą, jak również przedłużony okres ważności wadium. Dodatkowy okres związania ofertą upływałby w dniu 11.01.2013 r., a nie 09.01.2013 r., jak wskazał to Zamawiający. Nieprecyzyjność Zamawiającego powodowała wprowadzenie w błąd Odwołującego co do daty, do której oświadczenie mogło być złożone, tj. nie do 9 listopada 2012 r., a do dnia 12 listopada 2012 r. W dniu 8 listopada 2012 r. Odwołujący doręczył Zamawiającemu aneks nr A01 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, przedłużający okres obowiązywania gwarancji do 9 stycznia 2013 r. Do dnia 10 listopada 2012 r., nie złożył on również oświadczenia dotyczącego odmowy zgody na przedłużenie ważności oferty. Odwołując się do zasad wykładni oświadczeń woli wynikających z art. 60 k.c., Odwołujący wskazał, iż z samego faktu przedłużenie okresu ważności wadium w sposób dorozumiany wynika przedłużenie ważności oferty, z którą wadium jest nierozzerwalnie związane.

W dniu 23.11.2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca – Hydrobudowa Gdańsk S.A, a w dniu 26.11.2012 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca – Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A.

Stanowisko Izby

Dla rozpoznania wniesionych odwołań w pierwszej kolejności należało ustalić stan prawny wiążący w sprawach rozpoznawanych łącznie. Odwołania będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostały do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawą”.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań połączonych do wspólnego rozpoznania i nie cofniętych przed otwarciem rozprawy, na którą zostały skierowane do rozpoznania. Izba ustaliła, iż przystąpienie do postępowania odwoławczego

oznaczonego sygnaturą akt KIO 2572/12 zgłoszone przez Wykonawcę – Konsorcjum Hydrobud Kielczyk Sp. J. i Domost Sp. z o.o., nie mogło być skuteczne z uwagi na uchybienie terminowi na zgłoszenie przystąpienia. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania faksem w dniu 23.11.2012 r. wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Licząc trzy dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia, zgłoszenie mogło być skutecznie wniesione do Prezesa Izby do 26.11.2012 r., a zatem zgłoszenie wniesione w dniu 27.11.2012 r. nie mogło wywoływać skutku w postaci uzyskania statusu uczestnika postępowania odwoławczego. W związku z powyższym Izba na posiedzeniu nie dopuściła zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego Konsorcjum Hydrobud do udziału w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygnaturą akt KIO 2572/12 w charakterze jego uczestnika.

Przechodząc do rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów, Izba w pierwszej kolejności uznała, iż obaj odwołujący posiadali interes we wniesieniu odwołań wyrażający się w dążeniu do przywrócenia ich ofert do oceny, a w konsekwencji uzyskania przedmiotowego zamówienia. W wyniku czynności Zamawiającego, odwołujący pozbawieni zostali możliwości realizacji kontraktu i uzyskania korzyści stąd płynących, co wypełniało przesłanki do wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba po rozpoznaniu zarzutów i zapoznaniu się z dokumentacją postępowania uznała, iż żadne z odwołań nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności Zamawiającego nie naruszały przepisów ustawy.

W części zarzutów podniesionych w odwołaniu Wykonawcy Hydrobudowa i dotyczących oceny oferty Wykonawcy POL-AQUA, zarzuty rażąco niskiej ceny, czynu nieuczciwej konkurencji oraz niezgodności z treścią siwz opierały się na wspólnej okoliczności faktycznej, tj. wycenie w kosztorysie ofertowym pozycji dotyczącej: wynagrodzenia nurka oraz pracy sprzętu wspomagającego (pozycje: 5, 6, 10,11, 17, 18, 28, 29, 36, 37, 47, 53, 61, 67, 68, 80). W pozycjach tych Wykonawca POL-AQUA wskazał ceny jednostkowe pracy nurka - 1,02 zł. oraz pracy pomocniczego sprzętu pływającego – 2,54 zł, co w ocenie Odwołującego uzasadniało zwrócenie się przez Zamawiającego o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

W postępowaniu złożonych zostało 7 ofert, w których zaoferowano ceny na poziomie: 51.779.361,77 zł. (oferta Konsorcjum Kielczyk), 55.357.627,46 zł. (oferta POL-AQUA),

59.776.770,00 (oferta Konsorcjum Husar), 65.155.955,54 zł. (oferta Hydrobudowa Gdańsk), 70.422.277,30 zł. (oferta Energopolo), 71.888.340,10 zł. (oferta Mostostal), 79.806.122,55 zł. (Konsorcjum Warbud).

Zamawiający na otwarciu ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 100.149.581,14 zł.

Zamawiający w punkcie 4.3 siwz pozostawił wykonawcom możliwość wyboru metody sporządzenia kosztorysów ofertowych. W związku z powyższym kosztorysy ofertowe sporządzone przez wykonawców wybraną metodą (uproszczoną lub szczegółową) będą traktowane przez zamawiającego jako prawidłowo sporządzone. Wykonawca nie musi więc dostosowywać metody sporządzania kosztorysów ofertowych do formy dołączonego przedmiaru. W razie załączenia kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną, należy – pod rygorem odrzucenia oferty – podać w ofercie (lub odpowiednim załączniku): ceny czynników produkcji obejmujące co najmniej stawkę roboczogodziny oraz narzuty kosztów pośrednich i zysk.

Zamawiający w specyfikacji technicznej (ST K2.04.09) dotyczącej robót podwodno-nurkowych, w pkt 9 *Cena prac nurkowych* wskazał, iż *roboty nurkowe nie są opłacane oddzielnie przez Zamawiającego. Wykonawca ujmie koszty robót podwodno-nurkowych w cenach jednostkowych robót przy wykonywaniu których występuje praca nurków.*

Mając na względzie poczynione powyżej ustalenia niezasadnym było porównywanie poziomu cen jednostkowych wybranych pozycji kosztorysów ofertowych, gdyż każdy z wykonawców był uprawniony do wyboru metody sporządzenia kosztorysu, a dodatkowo koszt wykonania prac podwodnych ujęty był nie tylko w pozycjach „koszt pracy nurka” i „koszt pracy pomocniczego sprzętu pływającego”. Powyższe czyniło bezzasadnym stawianie tezy o braku uwzględnienia całości kosztów związanych z wykonaniem robót podwodnych. Wprawdzie ceny jednostkowe w kwestionowanych pozycjach Wykonawca POL-AQUA ustalił na poziomie odbiegającym znacząco od kwot wskazanych w ofertach konkurencyjnych, w tym również tańszej pod względem ceny całkowitej ofercie Konsorcjum Hydrobud –160,00 zł. (koszt pracy nurka) i 47,00 zł. (koszt pracy pomocniczego sprzętu pływającego), to jednak w ocenie Izby nie stanowiło to dostatecznej podstawy do formułowania zarzutu rażąco niskiej ceny. Ocena stanowiska Odwołującego nie mogła być dokonana z pominięciem istotnego zapisu specyfikacji technicznej z pkt 9, z którego jednoznacznie wynika, iż Wykonawca był uprawniony uwzględnić koszty pracy zespołu nurków oraz pomocniczego sprzętu pływającego we właściwych pozycjach kosztorysu, dotyczących wykonania prac, przy których zachodzić będzie konieczność wykorzystania pracy nurków i sprzętu. Postanowienie to w sposób zasadniczy zmieniało podejście do sposobu kalkulacji kosztów prac podwodno-nurkowych w tym kosztów pracy nurka i wskazywało na brak potrzeby ich uwidocznienia

jedynie w pozycji „koszty pracy nurka” oraz „koszty pracy pomocniczego sprzętu pływającego”. Stąd wartości podane w kosztorysie Wykonawcy POL-AQUA, nie musiały obejmować całkowitych kosztów, które ujęte zostały w innych pozycjach kosztorysu przy właściwych pracach podwodno-nurkowych. Czyniło to niezasadnym sam zarzut oparty wyłącznie na stwierdzeniu braku uwzględnienia wszystkich kosztów z jakimi wiąże się wykonanie prac podwodnych przez wyspecjalizowane firmy i wykwalifikowany zespół nurkowy. W związku z powyższym, wysokość cen jednostkowych wskazanych w pozycjach dotyczących wyłącznie wynagrodzenia nurka oraz pracy pomocniczego sprzętu pływającego, nie mogły być utożsamiane z całkowitym kosztem wykonania prac podwodnych. W ocenie Izby bezcelowym, przy wytycznej Zamawiającego co do sposobu uwzględnienia kosztów robót podwodno-nurkowych przy których zachodzi konieczność pracy nurka, było porównywanie cen jednostkowych dwóch pozycji. Jedyną właściwą metodą ustalenia, czy Zamawiający był zobowiązany do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, było porównanie cen brutto wszystkich złożonych ofert. Analiza pod tym kątem wskazuje na pewien stabilny poziom cen rynkowych, w który wpisuje się również oferta Wykonawcy POL-AQUA. Pomimo znacząco niskiej ceny jednostkowej wskazanych pozycji kosztorysowych, oferta Wykonawcy POL-AQUA nie była ofertą najtańszą w postępowaniu. W ocenie Izby, ustalone okoliczności wskazują na możliwość zawyżenia przez Zamawiającego szacowanej wartości zamówienia, do czego przyznał się on na rozprawie. Stanowiło to wyjaśnienie dlaczego poziom wszystkich cen ofertowych znacząco odbiegał od szacunku Zamawiającego. Zamawiający przyznał się do błędu popełnionego na etapie ustalania wartości szacunkowej zamówienia, co stwierdził dopiero po zapoznaniu się ze złożonymi ofertami. Prowadzi to do wniosku, iż kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie była wyznacznikiem cen rynkowych. Odwołujący ponad okoliczności dotyczące wyceny kosztów pracy nurka oraz pracy pomocniczego sprzętu pływającego nie wykazał, aby różnica w cenach ofertowych uzasadniała powzięcie podejrzenia o braku rzetelności kalkulacji wykonawców. Stąd Izba uznała, iż poziom różnicy w cenach pomiędzy kolejnymi ofertami nie był na tyle wysoki, aby stwarzać podejrzenie uzasadniające zwrócenie się przez Zamawiającego o złożenie wyjaśnień.

Odnosnie zarzutu niezgodności treści oferty Wykonawcy POL-AQUA z siwz – pkt. 4.3, Izba ustaliła, iż w ofercie na stronie 311 znajduje się wykaz cen czynników produkcji, obejmujący wszystkie wymagane informacje, tj. stawkę roboczogodziny, wskaźnik narzutu kosztów pośrednich, wskaźnik narzutu zysku. Uwzględniając siwz oraz ofertę, twierdzenia Odwołującego Izba oceniła jako gołosłowne, czyniąc postawiony zarzut bezzasadnym.

W części zarzutów dotyczących bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego spór pomiędzy stronami sprowadzał się do odmiennej oceny okoliczności braku wyceny

jednej pozycji w kosztorysie ofertowym – 108. W ocenie Odwołującego, możliwym i zasadnym było poprawienie w tym zakresie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zastosowanie wyceny przyjętej w innych pozycjach kosztorysu ofertowego.

W odniesieniu do tak prezentowanej argumentacji koniecznym było przywołanie treści postanowienia zawartego w pkt 4.2. siwz w brzmieniu: *Oferty, w których kosztorysy ofertowe nie będą ujmowały wszystkich pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót, będą traktowane przez Zamawiającego jako niekompletne i zostaną odrzucone*. Nie budziło wątpliwości, iż pozycja 108 została pominięta w kosztorysie ofertowym Odwołującego Hydrobudowa (str. 78 oferty).

Mając na uwadze ustalone w postępowaniu zasady sporządzenia i oceny ofert, Izba nie mogła pominąć treści przywołanego postanowienia, wiążącego tak Zamawiającego na etapie oceny, jak i wykonawców na etapie przygotowania oferty. Pominięcie w kosztorysie pozycji nie podlegało uzupełnieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, po pierwsze dlatego, że Zamawiający był związany wprowadzonym w siwz zapisem, a po drugie nie było to możliwe do samodzielnego przeprowadzenia bez udziału wykonawcy. Na rozprawie odwołujący wskazywał na możliwe do przyjęcia ceny jednostkowe z innych pozycji kosztorysu, które dotyczyły innego obiektu, a zatem również różnego zakresu prac i ich specyfiki wykonania. Izba nie dopatrzyła się sprzeczności pomiędzy postanowieniami siwz (pkt 4.2 oraz 9.3 siwz), która zwalniałaby Zamawiającego z obowiązku zastosowania się do wprowadzonego sposobu oceny ofert.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający w toku oceny ofert nie przestrzegał ustalonych zasad. Odrzucenie oferty Odwołującego znajdowało uzasadnienie faktyczne i prawne, gdyż niewątpliwie pominięcie jednej pozycji stanowiło o niezgodności treści oferty z siwz.

W odniesieniu do odwołania Wykonawcy Hydrobud, Izba swoje rozstrzygnięcie oparła na ustaleniach poczynionych w oparciu o treść dokumentacji postępowania.

Zamawiający w pkt 4 siwz lit. e) określił termin ważności ofert – 60 dni. W formularzu oferty zamieścił oświadczenie o związaniu ofertą na czas wskazany w siwz, czyli przez okres 60 dni od upływu terminu składania ofert.

Otwarcie ofert odbyło się 12.09.2012 r. o godzinie 11:00. Od tego momentu, wyznaczonego nie tylko datą kalendarzową ale również godziną rozpoczął bieg 60 dniowy termin związania ofertami wykonawców.

Zamawiający pismami z dnia 5.11.2012 r. wystąpił do wykonawców (w tym do Odwołującego) o przedłużenie o 60 dni ważności oferty, jednocześnie wskazując na konieczność odpowiedniego przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium

na przedłużony okres związania ofertą. Zamawiający wyznaczył termin – 10.11.2012r. (ostatni dzień związania ofertą), do którego należało przesłać oświadczenie o przedłużeniu ważności oferty do 9 stycznia 2013 r. Zamawiający prosił również o przekazanie informacji w razie podjęcia decyzji o odmowie przedłużenia ważności oferty.

W dniu 7.11.2012 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu aneks nr 1 A01 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG25/0207/12/0039, przedłużający okres obowiązywania gwarancji do dnia 09.01.2013 r.

W dniu 13.11.2012 r. Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania w tym o wykluczeniu Odwołującego Hydrobud z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy (faks godzina 11:59:48).

13.11.2012 r. do Zamawiającego złożone zostało oświadczenie Odwołującego Hydrobud, w którym potwierdzał on przedłużenie terminu związania ofertą o następne 60 dni tj. do dnia 09.01.2013 r.

W ocenie składu orzekającego, oświadczenie o wyrażeniu zgody na wydłużenie terminu związania ofertą nie mogło być domniemane z okoliczności przedłużenia ważności wadium. Takiemu wnioskowaniu przeczy zarówno odmienny zakres obu instytucji, jak i treść przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy. Jak wynika z analizy wskazanych norm, wykonawca przedłuża termin związania ofertą przez wyrażenie zgody na wniosek Zamawiającego lub samodzielnie, składając stosowne oświadczenie. Z brakiem zgody ustawodawca wiąże skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Kwestia stwierdzenia wystąpienia przesłanki wykluczenia z postępowania nie może pozostawać w sferze domniemania. Brak zgody oznacza, iż wykonawca nie złożył oświadczenia zawierającego zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą lub odmówił zgody. Odmienna interpretacja i wywodzenie z braku oświadczenia złożonego Zamawiającemu, faktu wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą przez przedłużenie ważności wadium, stałaby w sprzeczności z wykładnią przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. W ocenie Izby, aby można było mówić o złożeniu Zamawiającemu oświadczenia o określonej treści (zgody na wydłużenie terminu związania ofertą) przy jego fizycznym braku, konieczne byłoby objęcie tej sytuacji zakresem normy w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Przy braku odpowiedniego zapisu ustawowego, nie jest możliwe domniemanie wyrażenia zgody z okoliczności braku oświadczenia w tym przedmiocie. Skoro ustawodawca wymaga odrębne wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium, nie można mieszać obu instytucji w ten sposób, że z faktu wydłużenia ważności wadium wywodzi się, iż wykonawca wyraził zgodę na wydłużenie terminu związania ofertą na określony czas. Obie instytucje tj. związanie ofertą oraz zabezpieczenie oferty wadium pozostają ze sobą powiązane w ten sposób, iż nie jest

wystarczające przedłużenie ważności wadium bez wydłużenia terminu związania ofertą, co jednak nie oznacza, iż skutki wydłużenia ważności wadium rozciągają się na wydłużenie terminu związania ofertą.

W związku z powyższym, przy braku skutecznego (tj. dokonanego przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą) złożenia Zamawiającemu oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie ważności oferty o kolejne 60, stanowiło przesłankę do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Wyrażenie zgody już po zakończeniu czynności oceny ofert nie mogło być skuteczne, gdyż w dniu 13.11.2012 r. Wykonawca Hydrobud nie był związany ofertą, a zatem nie mógł skutecznie złożyć oświadczenia o wydłużeniu terminu „ważności oferty”.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: