

POSTANOWIENIE

z dnia 6 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

wobec cofnięcia w dniu **6 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2014 r.

przez wykonawcę: **Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona książka”) obejmujących przebudowę – modernizację komunalnej oczyszczalni ścieków w Kraśniku* (nr postępowania 2/ZP/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Kraśnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, CADAGUA SA z siedzibą w Bilbao (Hiszpania)

– po stronie odwołującego

B. M..... sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku

C. AWBUD S.A. z siedzibą w Fugasówce

– po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie kwoty 18000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo

Sygn. akt KIO 1533/14

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kraśnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwanej również „ustawą pzp”, „pzp”, „Pzp” lub „PZP”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona książka”) obejmujących przebudowę – modernizację komunalnej oczyszczalni ścieków w Kraśniku* (nr postępowania 2/ZP/2014). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_058-096523 z 22 marca 2014 r., z tym, że 17 marca 2014 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, 24 marca 2014 r. zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń, a 22 marca 2014 r. na swojej stronie internetowej (www.kpwik.krasnik.pl), na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej zwaną również w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”}. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 35.284.936,20 zł, co stanowi równowartość 8.351.661,86 euro.

15 lipca 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie {spółka zwana również dalej w skrócie „Instal Kraków”} – zawiadomienie o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej oferty, a także o odrzuceniu niektórych ofert złożonych w postępowaniu z podaniem podstawy prawnej i faktycznej uzasadniających według Zamawiającego dokonanie takich czynności.

25 lipca 2014 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – Instal Kraków S.A. {spółka zwana również dalej w skrócie „Instal Kraków”} – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia ofert złożonych przez następujących wykonawców: OCCIDE CONSTRUCCION SA, Molewski sp. z o.o. oraz AWBUD S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę OCCIDE CONSTRUCCION oraz Wykonawcę AWBUD, również z uwagi na inne niż opisane w informacji o wyborze oferty niezgodności treści tych ofert z SIWZ.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 83 i art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę M.....
3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych

przez wykonawcę OCIDE CONSTRUCCION oraz Wykonawcę M..... .

4. Art. 7.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Odrzucenia oferty Wykonawcy OCIDE CONSTRUCCION również na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust 3 oraz na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp również z uwagi na inne niż opisane w informacji o wyborze oferty niezgodności treści oferty z SIWZ.
2. Odrzucenia oferty Wykonawcy M..... również na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 oraz na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 83 i art. 89 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust 1 ustawy pzp.
3. Odrzucenia oferty AWBUD na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp również z uwagi na inne niż opisane w informacji o wyborze oferty niezgodności treści oferty z SIWZ.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

I. zarzuty związane z ofertą wykonawcy OCIDE COEISTRUCCION

a. zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy pzp

Odwołujący stanął na stanowisku, że wobec nieprzedłożenia przez wykonawcę OCIDE CONSTRUCCION wymaganych przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny, cena zaoferowana przez tego wykonawcę winna zostać uznana przez Zamawiającego za cenę rażąco niską, co skutkować winno odrzuceniem oferty tego wykonawcy również na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 pzp

Zdaniem Odwołującego na szczególną uwagę zasługuje fakt, że wykonawca za wykonanie urządzenia do suszenia osadów ściekowych zaoferował cenę w wysokości 4,86 zł, która to cena w porównaniu do średniej ceny z to urządzenie zaoferowaną przez wykonawców jest o ponad 1,5 miliona razy niższa. Zaoferowana cena za wykonanie instalacji urządzenia do suszenia osadów jest więc ceną nierealną i nierynkową. Wykonawca nie wykazał żadnych obiektywnych faktów uzasadniających przyjęcie tej kwoty. Uznać należy zatem, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest ceną niewiarygodną, znacznie odbiegająca od cen rynkowych a zatem jest ceną rażąco niską.

Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 30 stycznia 2007 r. o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub ich wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Z kolei jak czytamy

w wyroku Izby z 11 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1377/12): *Za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku.*

Zdaniem Odwołującego warto w tym miejscu przytoczyć również wyrok Izby z 5 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 560/12): *Zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 p.z.p. i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia proponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. Ceną rażąco niską jest to cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Nie należy zapominać, iż zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwe niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności rzeczywistą relację wartość świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego. Fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wykazać winien ten podmiot który fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej stwierdza i nań się powołuje. Przy czym jak najbardziej możliwe i powinno w takim przypadku jest przynajmniej zgrubne ustalenie realnej wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, który zarówno zamawiający, jak i wykonawcy dokładnie znają, a zasadność takiego ustalenia cen/wartość zamówienia na danym poziomie winna być możliwa do udowodnienia.*

Odwołujący ustalił, że podobnie wypowiada się w tej materii Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w swojej opinii opublikowanej na stronie internetowej: *Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy,*

roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłość.

Odwołujący podniósł, że podana przez wykonawcę OCIDE CONSTRUCCION cena za wykonanie urządzenia suszenia odpadów jest tym bardziej istotna, że Zamawiający przyjął formę rozliczenia wynagrodzeniem kosztorysowym. Zamawiający ma możliwość zatem dokładnej analizy ceny zaoferowanej przez wykonawców tak, aby mieć pewność iż, wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie.

Jak wskazała Izba w wyroku z 27 września 2012 r. (sygn. akt KIO 1935/12): *jeśli zgodnie z przyjętym w SIWZ sposobem wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia będzie wynagrodzenie kosztorysowe, Zamawiający uprawniony jest do analizowania poszczególnych cen jednostkowych, o ile nie traci jednocześnie z pola widzenia globalnej ceny ofertowej brutto.*

Odwołujący stwierdził, że możliwość wystąpienia wątpliwości i pytań w tym obszarze, w kontekście rażąco niskiej ceny jest zwiększona, gdyż zamawiający otrzymują kompletny wykaz elementów, które posłużyły wykonawcy do wyliczenia ceny ofertowej.

b. zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pici 2 ustawy pzp

Odwołujący podał, że zgodnie z brzmieniem pkt 25 *Opis sposobu obliczenia ceny części I/1 Instrukcje dla wykonawców: wstawienie w pozycji kosztorysu ofertowego zera jako wartości pozycji spowoduje odrzucenie oferty.*

Mając na uwadze powyższe Odwołujący zarzucił, że oferta wykonawcy OCIDE CONSTRUCCION jest niezgodna z SIWZ i jako taka winna zostać odrzucona. Tego typu niezgodność oferty z SIWZ, polegająca na tym, że wykonawca wstawił 0 jako wartość pozycji kosztorysowej dotyczy między innymi pozycji:

- 6.2.2 kosztorysu ofertowego na str. 258 oferty dotyczącej wyceny separatora piasku z płuczką i przenośnikiem ślimakowym o wydajności eto 40 m³/h (...),
- 2.1.6 kosztorysu ofertowego na str. 300 oferty dotyczącej montażu zasuw nożowej DN200 z napędem elektrycznym (...).

II. zarzuty związane z ofertą Wykonawcy M.....

a. zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp

Odwołujący stanął na stanowisku, że cena zaoferowana przez Wykonawcę M..... winna zostać uznana przez Zamawiającego za cenę rażąco niską, co skutkować winno odrzuceniem tej oferty również na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp

Zdaniem Odwołującego na szczególną uwagę zasługuje fakt, że Wykonawca ten za wykonanie suszami osadów ściekowych zaoferował cenę w wysokości 3.388.000,00 zł, która to cena w porównaniu do średniej ceny za to urządzenie zaoferowaną przez wykonawców jest o ponad 50% niższa. Cena zaoferowana przez wykonawcę za wykonanie

urządzenia do suszenia osadów ściekowych jest więc ceną nierealną i nierynkową. Zwłaszcza że wykonawca ten, jak wynika z treści pisma Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, przyjął tą cenę dla alternatywnie 3 rozwiązań (3 producentów). Odwołujący stwierdził, że jako doświadczony wykonawca zamówień polegających na budowie, rozbudowie i modernizacji oczyszczalni ścieków (co znajduje potwierdzenie w zrealizowanych bądź realizowanych, tylko w ostatnich 3 latach, kilkudziesięciu oczyszczalni ścieków, między innymi w Raciborzu, Środzie Śląskiej, Czernichowie, Zduńskiej Woli, Wilamowicach, Strzegomiu, Pleszewie, Kaletach, Wolbromku, Krzyszkowicach, Panewnikach, Borowcu, Krzeszowicach, Gdowie, Pisarzowicach, Przyszowicach, Katowicach (Podlesie), Dąbrowie Górniczej, Zabrze, Krakowie, Sosnowcu, Bielawie, Nowym Targu, Żywcu, Czechowicach-Dziedzicach, Kucharach, Woli Dalszej, Wodzisławiu Śląskim), kwestionuje możliwość pozyskania przez Wykonawcę M..... suszarni osadów w tak niskiej cenie i to od 3 różnych producentów.

b. zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 83 i art. 89 ust 1 pkt 1 w zw. z art 82 ust 1 ustawy pzp

Odwołujący podał, że stosownie do brzmienia pkt 7 Części I/1 *Instrukcje dla wykonawców* Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Tymczasem, jak wynika z treści pisma Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, Wykonawca M..... zaproponował wariantowo trzy możliwe suszarnie osadów ściekowych tj. firmy Stela, Haarslev i Andritz.

W ocenie Odwołującego tak sformułowana oferta tego Wykonawcy stanowi ofertę wariantową w rozumieniu art. 83 ustawy pzp. Oferta wariantowa to oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7 ustawy pzp). Opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, jeżeli zamawiający dopuszcza ich składanie, zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Według Odwołującego nawet gdyby przyjąć, że oferta Wykonawcy M..... nie jest ofertą wariantową to i tak z uwagi na to, że Wykonawca ten oferuje 3 sposoby wykonania zamówienia publicznego, oferta ta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp jako oferta niezgodna z ustawą, a to z art. 82 ust 1 pzp.

III. zarzuty związane z ofertą Wykonawcy AWBUD S.A.

a. zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp

Odwołujący podał, że stosownie do brzmienia pkt 25 *Opis sposobu obliczenia ceny* Części 1/1 *Instrukcje dla wykonawców* – Zamawiający wskazał iż, *Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia /określenia wartości we wszystkich pozycjach kosztorysu ofertowego.*

Tymczasem – jak wynika z analizy kosztorysu ofertowego Wykonawcy AWBUD – pozycja 2.1.5 na str. 203 oferty – *Zapory drogowe z betonu B45 (przenośne) L=1,0m* nie zawiera wartości, a jedynie przekreślenie. Brak wartości pozycji stanowi zatem niezgodność oferty z SIWZ,

Odwołujący wskazał, że podanie przez tego wykonawcę w przedmiotowej pozycji obmiaru „50” i ceny jednostkowej „0” nie może konwalidować tego uchybienia, gdyż nie można uznać tego uchybienia za oczywistą omyłkę rachunkową lub inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty, o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 2 i pkt 3 ustawy pzp.

Oczywista omyłka rachunkowa wynika z nieprawidłowego przeprowadzenia obliczeń arytmetycznych i polega na błędnym zsumowaniu, odjęciu, pomnożeniu lub podzieleniu poszczególnych pozycji (tak np. wyrok Izby z 21 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 20/09). Omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, niebudząca wątpliwości (tak np. wyrok Izby z 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 62/09). W konsekwencji za błąd rachunkowy uznać należy omyłki w przedmiocie wszystkich działań arytmetycznych i sprzeciwiających się zasadom reguł matematycznych (tak np. postanowienie SN z 21 czerwca 1967 r., sygn. akt II CZ 48/67). Wyjaśnienie pojęcia oczywistej pomyłki rachunkowej zostało również uwzględnione w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 29 lipca 2010 r. w którym Izba stwierdziła, że oczywista omyłka rachunkowa oznacza omyłkę powstałą wyłącznie w wyniku dokonywania rachunków (działań arytmetycznych). Popełniona omyłka ma charakter oczywisty, jeżeli została stwierdzona samodzielnie przez zamawiającego, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy.

W wyroku z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11) Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp stanowi wyjątek od reguły zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty sformułowanej w art. 87 ust. 1 zdanie drugie pzp i do jej zastosowania wymagane jest łączne zaistnienie wszystkich przesłanek w niej zawartych. Poprawienie w ofercie innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, nie może natomiast powodować wytworzenia zupełnie odmiennego (nowego) oświadczenia woli wykonawcy. Przewidziana w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp procedura doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma charakter wyjątku od zasady, ponieważ złożona oferta od początku musi odpowiadać treści specyfikacji, a także ze względu na bezwzględny zakaz prowadzenia negocjacji co do treści złożonej już oferty (art. 87 ust. 1 zdanie drugie *in prindpio*). Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, musi być oczywista dla zamawiającego i wynikać w jednoznaczny sposób z treści oferty. Nie ulega

wątpliwości, że wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie oraz, że działania zamawiającego nie mogą prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych zapisów oferty. Wezwanie do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki powinno być w tym przypadku formalnością, niepociągającą za sobą konieczności dalszych wyjaśnień treści oferty.

W wyroku z 26 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 354/13) Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: *"W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art 87 ust 2 pkt 3 ustawy, to Jest dotyczących niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treść oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treść oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodność, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treść oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zmiany jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotność zmiany treść oferty każdorazowo będą decydowały okoliczność konkretnej sprawy: na He zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treść oferty a na ile stanów wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotność takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkość ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie. Powyższa sytuacja jednak nie występuje na gruncie analizowanej sprawy – skutek dokonanej poprawy nie może być kwalifikowany jako wywołujący istotną zmianę treść oferty.*

Odwołujący podniósł również, że gdyby nawet wykonawca AWBUD dokonał prawidłowych obliczeń matematycznych w pozycji 2.1.5 tj. obmiar 50 pomnożył przez cenę jednostkową równą „0” (zero) to otrzymałby wartość pozycji równą „0” (zero), co zgodnie z brzmieniem pkt 25 *Opis sposobu obliczenia ceny Części I/I Instrukcje dla wykonawców*, i tak powodowałoby odrzucenie jego oferty. Zamawiający wskazał bowiem że, *wstawienie w pozycji kosztorysu ofertowego zera jako wartości pozycji spowoduje odrzucenie oferty.*

Dodatkowo Odwołujący zarzucił, że oferta wykonawcy AWBUD jest niezgodna z SIWZ również z tego powodu, że kosztorys ofertowy tego wykonawcy nie zawiera pozycji: *zbiornik retencyjny osadu odwodnionego objętość niezbędnej do ciągłej pracy suszarni minimum 4 m³*. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 82 oferty zobowiązani byli wycenić (przewidzieć) zbiornik retencyjny pomiędzy prasą mechaniczną odwadniania osadu a suszarnią osadu. Zbiornika tego nie da się powiązać z inną pozycją kosztorysową, a Zamawiający przy wynagrodzeniu kosztorysowym musi wiedzieć,

czy wymagane urządzenie zostało uwzględnione w wycenie, jaka jest jego wartość i, co również bardzo istotne przy tego typu wynagrodzeniu, musi znać jego cenę jednostkową.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 4 sierpnia 2014 r. wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób odnosząc się do zarzutów odwołania.

1. zarzuty związane z ofertą OCIDE CONSTRUCCION

a. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp

Zamawiający podał, że działając zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy pzp, w celu ustalenia czy oferta złożona przez wykonawcę OCIDE CONSTRUCCION zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do tego wykonawcy pismem z 1 lipca 2014 r. (znak L.Dz. 199/NI/2014) o udzielenie w terminie do 7 lipca 2014 r. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający powołał się na to, że zgodnie z wyrokiem Izby z 1 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1428/13): *O zaistnieniu obowiązku wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP przesądza powzięcie przez zamawiającego wiedzy o rażącym odbieganiu ceny oferty od pozostałych ofert lub wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, które nie znajdują usprawiedliwienia w okolicznościach faktycznych przy czym źródłem powstania wątpliwości może być zarówno przeprowadzona przez zamawiającego analiza ekonomiczna złożonych ofert jak i argumentacja przedstawiona przez innego wykonawcę.* W związku z powyższym żądanie wezwania do wyjaśnień lub żądanie odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę powinno być odpowiednio umotywowane oraz udowodnione (wyrok Izby z 29 marca 2013 r., sygn. akt KIO 633/33). Obowiązek przeprowadzenia dowodu spoczywa w tym przypadku na wykonawcy, co wynika z treści przepisu art. 90 ust. 3 ustawy pzp, w którym jest mowa, że zamawiający ocenia wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami (wyrok Izby z 15 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1524/08).

Z dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy pzp wynika, że zamawiający podejmuje decyzję co do rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie wyjaśnień lecz także na podstawie dowodów (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 czerwca 2004 r., sygn. akt V Ca 112/04, niepubl.; wyroki zespołu arbitrów z: 25 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2996/06; 28 marca.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2996/06) Wyrok Izby z 23 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 848/13): *Z kolei art. 90 ust. 3 ustawy mówi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z powyższego należy wywieść, iż Wykonawca nie może poprzestać na samych wyjaśnieniach w sytuacji gdy Zamawiający zażądał przedłożenia dowodów na poparcie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Izba w całości podziela poglądy, że*

wyjaśnienia Wykonawcy, aby mogły zostać wyjaśnione muszą mieć charakter konkretny, sprawdzalny, nadający się do weryfikacji, czy przywołujący fakty powszechnie wiadome".

Zamawiający podniósł, że w związku z faktem, że wykonawca OCIDE CONSTRUCCION S.A. w odpowiedzi na wezwanie z 1 lipca 2014 r. nie przedstawił wyczerpujących wyjaśnień dotyczących wysokości ceny zawartej w złożonej ofercie oraz nie przedstawił żadnych dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Zamawiający – działając na podstawie art. 90 ust. 3 pzp – odrzucił ofertę tego wykonawcy.

b. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Zamawiający podał, że działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp odrzucił ofertę OCIDE CONSTRUCCION pismem z 15 lipca 2014 r. (znak L.Dz. 241/JRP/2014), w związku z faktem, iż *treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*. Zamawiający określił w SIWZ w punkcie 25.4.: *„Kosztorys ofertowy należy wypełnić według następujących zasad: 1) wszystkie pozycje muszą zawierać cenę jednostkową, 2) wszystkie wartości określone w kosztorysie ofertowym oraz ostateczna cena oferty muszą być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,...*

Wykonawca wskazał w treści oferty wartość 0,00 dla pozycji kosztorysu ofertowego 6.2.2 oraz 2.3.6.

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z 6 sierpnia 2004 r. (sygn. akt UZO/ZO/0-1221/04) Zamawiający stwierdził, że uchybienia co do treści ofert w odniesieniu do SIWZ powinny być merytoryczne oraz istotne, aby mogły być przyczyną uzasadniającą odrzucenie oferty. Według wyroku Izby z 14 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2903/12) uchybienia formalne oferty nie mają wpływu na jej prawidłowość: *niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wówczas gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ.*

Przykładowe niezgodności oferty z SIWZ:

- zawarcie w ofercie błędów i niezgodności w kosztorysie ofertowym dotyczących zaniżania ilości robót i materiałów {wyrok Izby z 20 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 2819/10},
- zaoferowanie w niej innego przedmiotu zamówienia lub zaproponowanie innego sposobu realizacji czy też wykonania zamówienia określonych w SIWZ {wyrok Izby z 28 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2698/10}

Według Zamawiającego należy mieć na względzie to że odrzucenie oferty na podstawie artykułu 89 ust. 1 pkt 2 pzp może nastąpić tylko wówczas gdy niezgodność oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Mówiąc inaczej, nie można mówić o niezgodności treści

oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów Prawa zamówień publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Wymagania merytoryczne SIWZ, z którymi niezgodność powoduje odrzucenie oferty, nie mogą wynikać ze zdarzeń przyszłych, niepewnych i wynikających z realizacji umowy czy też z nazw produktów wskazanych w dokumentacji projektowej, a nie w SIWZ. Chodzi tutaj o niezgodność oferty z SIWZ rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy i sposobu jego formalnego wyrażenia, i to niezależnie od tego, czy wykonawca się z tą SIWZ zapoznał, czy nie.

Reasumując Zamawiający przytoczył fragment wyroku Izby z 17 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 218/11), zgodnie z którym, *aby mówić o niezgodności oferty z treścią specyfikacji niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ.*

2. zarzuty związane z ofertą Wykonawcy M.....

a. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp

Zamawiający podał, że działając zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 pzp, w celu ustalenia, czy oferta złożona przez Wykonawcę M..... zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do Wykonawcy pismem z 1 lipca 2014 r. (znak L.Dz. 200/NI/2014) o udzielenie w terminie do dnia 7 lipca 2014 r. wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Wykonawca M..... pismem z 7 lipca 2014 r. (znak L.dz 29/07/2014) przesłał wyjaśnienia w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego: (...) *Przy czym należy podkreślić, w nawiązaniu do sformułowanego przez Zamawiającego żądania wyjaśnienia „niskich cen” branży technologicznej, iż ewentualna dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej” a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są zbieżne pojęciowo i zakresowo (Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010r. XIX Ga 175/2010). Wykonawca powołując się na ugruntowaną linię orzeczniczą KIO oraz podnoszone w doktrynie stanowisko odwołujące się do doświadczeń państw Unii Europejskiej wskazuje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy cenowe oferty powstaje po stronie Zamawiającego, gdy cena oferty (na cały przedmiot zamówienia wskazany w formularzu ofertowym) odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. Wykonawca wskazuje,*

iż pojęcie rażąco niskiej ceny nie jest w ustawie PZP zdefiniowane i stanowi ono pojęcie subiektywne, które każdorazowo należy odnieść do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji rynkowej, którą obrazują ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. (...) Przechodząc na grunt analizy oferty pod kontem udzielenia wyjaśnień wobec powziętych przez Zamawiającego wątpliwości wykonawca w odniesieniu do ceny ofertowej wskazuje iż jego cena stanowi 81,11% wartości jaka Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia, bowiem budżet Zamawiającego ogłoszony podczas sesji otwarcia ofert wyniósł 35 365 853,66 zł netto zaś cena ofertowa Wykonawcy wskazana w formularzu ofertowym została ustalona przez Wykonawcę na kwotę 28 685 136,77 zł netto.

Zamawiający podniósł, że nawet cena odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską, o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić realność zaoferowanej ceny (wyrok Izby z 14 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO 1287/13, KIO 1332/13). Zgodnie z wyrokiem Izby z 27 września 2013 r. (sygn. akt KIO 2181/13) pojęcie rażąco niskiej ceny nie jest w ustawie pzp zdefiniowane i stanowi ono pojęcie subiektywne, które każdorazowo należy odnieść do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji rynkowej którą obrazują ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Ustawa nie określa również żadnego poziomu poniżej którego cenę należy potraktować jako rażąco niską.

Zamawiający oświadczył, że oceniając cenę oferty w oparciu o ugruntowane orzecznictwo Izby i sądów okręgowych, wziął pod uwagę konkretne okoliczności przedmiotowego postępowania, a także okoliczności przedstawione przez Wykonawcę w ramach złożonych wyjaśnień. Zamawiający dodał, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została ustalona na poziomie gwarantującym sfinansowanie zamówienia, a zatem jej wartość uwzględnia obiektywne, najwyższe możliwe w danych realiach rynkowych koszty realizacji przedmiotu przez potencjalnego wykonawcę, co oznacza, że w wyjątkowo sprzyjających warunkach realizacji zamówienia cena oferty może znacznie odbiegać od tej wartości (wyrok Izby z 13 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1282/13).

b. zarzut naruszenia art. 89 ust. 3 pkt. 2 w zw. z art. 83 i art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający podał, że działając na podstawie art. 89 ust. 3 pkt 2 pzp odrzucił ofertę Wykonawcy M..... pismem z 15 lipca 2014 r. (znak L.Dz. 243/JRP/2034) w związku z faktem, iż *treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*. Zamawiający w SIWZ część I/1 – instrukcja dla wykonawców nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Zgodnie z art. 2 pkt 7 pzp przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ odmienny niż określony przez

zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Oferta wariantowa może być złożona jedynie w przypadku jej dopuszczenia przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający powołał się na to, że jeżeli postanowienia SIWZ jednoznacznie określają, iż nie dopuszcza możliwości złożenia oferty wariantowej, a co za tym idzie nie zamieszcza opisu sposobu przedstawienia ofert wariantowych oraz minimalnych warunków jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, to jednoznacznie oznacza, że nie dopuszczał ich składania.

Zamawiający oświadczył, że mając na uwadze powyższe oferta złożona przez Wykonawcę M..... nie odpowiada treści SIWZ, gdyż Wykonawca zaoferował w ofercie suszarnię, która pod względem technologicznym nie jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Zgodnie z wyrokiem Izby z 6 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 636/11): *oferta jest oświadczeniem woli skierowanym do drugiej strony jako propozycja zawarcia umowy ale także oferta musi zawierać co najmniej minimalną treść proponowanej umowy (jej istotne postanowienia). Wymaganie to wynika z roli jaka przypada adresatowi oferty - może doprowadzić do zawarcia umowy przez przyjęcie oferty.*

Zdaniem Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca M..... złożył tylko jedną ofertę – 16 czerwca 2014 r., zarejestrowaną pod numerem L.Dz 169/2014.

3. zarzuty związane z ofertą AWBUD

a. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp

Zamawiający podał, że działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp odrzucił ofertę AWBUD pismem z 15 lipca 2014 r. (znak L.Dz. 241/JRP/2014), w związku z faktem, że *treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.*

{w pozostałym zakresie Zamawiający przedstawił argumentację identyczną jak w odniesieniu do zarzutu 1b związanego z ofertą OCIDE CONSTRUCCION}

Do Prezesa Izby wpłynęły – w formie pisemnej {A.} lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu {B.} – następujące zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, CADAGUA SA z siedzibą w Bilbao (Hiszpania)

– po stronie odwołującego

B. M..... sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku

C. AWBUD S.A. z siedzibą w Fugasówce

– po stronie zamawiającego

Zgłaszający przystąpienia wnieśli odpowiednio o uwzględnienie odwołania {A.} albo o oddalenie odwołania {B. i C.}.

Wobec dokonania zgłoszeń w odpowiedniej formie, przy zachowaniu 3-dniowego

terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

6 sierpnia 2014 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących Odwołujący oświadczył, że wycofuje wniesione odwołanie.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Odwołujący skutecznie wycofał 6 sierpnia 2014 r. przed otwarciem rozprawy uprzednio wniesione odwołanie.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępujących.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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: