

WYROK
z dnia 26 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Aglet Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Starachowice, ul. Radomska 45, 27-200 Starachowice,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Aglet Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Aglet Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Kielcach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Starachowice, ul. Radomska 45, 27-200 Starachowice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa placu targowego w Starachowicach”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 grudnia 2017 r., nr 625950-N-2017. W postępowaniu złożone zostały dwie oferty przez wykonawców: Aglet Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa (dalej: „Aglet” lub „odwołujący”) oraz Zakład Usług Wodnych i Komunalnych Łukasz Misztal, Al. Armii Krajowej 26, 27-200 Starachowice (dalej: „ZUWiK”). W dniu 6 lutego 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZUWiK.

W dniu 12 lutego 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Aglet, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZUWiK do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, pomimo iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie pozwala na wykonanie zamówienia, zaś ceny jednostkowe zostały przez niego niedoszacowane i nie obejmują całości prac wymaganych w niektórych branżach,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUWiK zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W szczególności odwołujący zakwestionował wycenę oferty wykonawcy ZUWiK w zakresie czterech pozycji kosztorysowych: 1.3.9., 1.3.20, 1.3.21 i 1.3.22. Odnosząc się do pozycji 1.3.9. odwołujący zauważył, że zamawiający przewidział w przedmiarze robót umocnienie ścian wykopów balami drewnianymi w gruntach suchych, niemniej jednak rozwiązanie to uniemożliwi prawidłowe wykonanie zamówienia, ponieważ na terenie przedmiotowej inwestycji występują grunty nawodnione. Dlatego też, zdaniem odwołującego, w pozycji 1.3.9. wykonawca ZUWiK powinien był uwzględnić konieczność zastosowania innych szalunków, co zamawiający dopuścił w toku udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące treści siwz. Odnosząc się do pozycji 1.3.20, 1.3.21. i 1.3.22, odwołujący stwierdził, że wykonanie przewiertu sterowanego możliwe będzie jedynie przy zastosowaniu rury ochronnej DN 800. Zastosowanie tej rury jest niezbędne do prawidłowego wykonania zaprojektowanych spadków na przewiertach sterowanych oraz w przypadku ewentualnego napotkania w trakcie realizacji zamówienia gruntów skalnych. Zamawiający, w toku

udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące treści siwz, dopuścił zastosowanie rury ochronnej jako rozwiązanie alternatywne. Zdaniem odwołującego, wycenienie w kosztorysie ofertowym bali drewnianych, zamiast innych szalunków oraz nieuwzględnienie konieczności zastosowania rur ochronnych DN 800, spowodowało zaniżenie ceny oferty wykonawcy ZUWiK.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty ZUWiK jako najkorzystniejszej,
- odrzucenia oferty ZUWiK na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 19 lutego 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł, że w pozycji 1.3.9. dopuścił zastosowanie przez wykonawców różnych technologii. Co za tym idzie, nie jest prawdą stwierdzenie odwołującego, iż oferta powinna bezwzględnie zawierać poprawienie opisu pozycji z bali drewnianych na inne szalunki i wycenę wyłącznie tych innych szalunków. Zamawiający zauważył też, że cena jednostkowa z obu ofert w tej pozycji była wyższa niż w kosztorysie inwestorskim. Odnosząc się do pozycji 1.3.20, 1.3.21 i 1.3.22 zamawiający stwierdził, że mając kosztorys inwestorski oraz dając uprzednio w odpowiedziach na pytania dotyczące treści siwz alternatywę zastosowania dwóch różnych technologii wykonania, nie musiał oceniać, jakie koszty jak oraz jakie elementy, tj. cena materiału, sprzętu czy robocizny, wchodzi w skład pozycji. Dopuszczalne technologie, zdaniem zamawiającego, mogą się różnić cenowo, jednak cena założona w kosztorysie inwestorskim w ww. pozycjach jest niższa od cen obu ofert, w związku z powyższym zamawiający nie znalazł błędu w wycenie. Ponadto zamawiający wskazał pozycje kosztorysu odwołującego, w których określone ceny są niższe niż ceny w kosztorysie ofertowym wykonawcy ZUWiK. Zamawiający dodał, że w przekazanych wykonawcom „przedmiarach robót Zamawiający w formie opisu pozycji oraz przez podanie katalogów norm określa jedynie obowiązujący przy wykonaniu zamówienia podstawowy zakres czynności i sposób obmiaru niezbędny do ustalenia cen jednostkowych, nie narzucając żadnej podstawy wyceny i technologii wykonania. Jednocześnie ryzyko zastosowania niewłaściwej lub mniej efektywnej technologii obciąża w tej sytuacji Wykonawcę, jako normalne ryzyko prowadzenia działalności danego rodzaju”.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia został opisany w załączniku nr 1 do siwz oraz dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zgodnie z §15 ust. 2 projektu umowy, wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. W pkt 14 siwz pn. Opis sposobu obliczenia ceny, zamawiający wskazał:

„Cena ofertowa winna być obliczona przy zachowaniu zasad staranności, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej - w oparciu o niniejszą Specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz przedmiar robót.

Wykonawca zobowiązany jest przed złożeniem oferty zgłosić Zamawiającemu wszelkie zauważone braki i błędy dotyczące przedmiaru robót, a których poprawienie będzie warunkowało oddanie przedmiotu zamówienia w rozumieniu obiektu budowlanego mogącego samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Powyższe umożliwi Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ przed złożeniem ofert.

Wycenę należy sporządzić uwzględniając następujące zasady;

- a) kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, polegającej na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem robót jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku od towarów i usług,
- b) kosztorys ofertowy winien zawierać wyłącznie pozycje występujące w przedmiarze pobranym od Zamawiającego (wszystkie), Zamawiający nie zezwala na pomijanie lub łączenie pozycji kosztorysowych (tj. stosowanie łącznej ceny jednostkowej dla dwóch lub więcej pozycji),
- c) w każdej pozycji powinny być podane:
 - numer pozycji (Lp.),
 - podstawa wyceny,
 - opis pozycji - identyczny z opisem w przedmiarze. Zamawiający dopuszcza zmiany opisu wynikające jedynie ze zmiany oferowanych materiałów i urządzeń (na równoważne) oraz maszyn,
 - jednostka obmiarowa (identyczna jak w otrzymanym przedmiarze),
 - ilość jednostek obmiarowych robót (identyczna jak w otrzymanym przedmiarze),
 - cena jednostkowa pozycji (bez podatku VAT),
 - wartość robót tej pozycji wynikająca z pomnożenia ceny jednostkowej przez ilość jednostek obmiarowych,
- d) ceny jednostkowe poszczególnych robót wyszczególnionych w przedmiarze robót muszą zawierać wszystkie koszty związane z ich realizacją, jak również zawierać

koszty: wszelkich robót przygotowawczych i porządkowych, obsługi geodezyjnej, koszty utrzymania zaplecza budowy, przewidywanych odszkodowań z tytułu zniszczeń powstałych w związku z prowadzeniem robót, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, wykonania dokumentacji powykonawczej oraz inne koszty wynikające ze SIWZ i załączonej do niej umowy,

- e) nie dopuszcza się stosowania upustów (zarówno do wyliczonych cen jednostkowych, jak również do ogólnej ceny oferty),
- f) cena ofertowa stanowi sumę wartości poszczególnych pozycji powiększoną o podatek VAT naliczony przez Wykonawcę zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W przekazanych Wykonawcom przedmiarach robót Zamawiający w formie opisu pozycji oraz przez podanie katalogów norm określa jedynie obowiązujący przy wykonaniu zamówienia podstawowy zakres czynności i sposób obmiaru niezbędny do ustalenia cen jednostkowych, nie narzucając żadnej podstawy wyceny i technologii wykonania”.

W toku postępowania jeden z wykonawców zadając pytanie dotyczące siwz, wskazał: „Brak technologii wykonania przepompowni S1 (głęb. ok. 6,30 m). Technologia drewniana nie zda egzaminu”. Pismem z dnia 3 stycznia 2018 r. (wyjaśnienia nr 2) zamawiający odpowiedział, że „dopuszcza zastosowanie do wykonania przepompowni S1 zabezpieczenie wykopu typu BOX lub innymi szalunkami zaproponowanymi przez Wykonawcę. W przypadku oferowania przez Wykonawcę innych systemów szalunkowych niż opisane w Przedmiarze branży sanitarnej Etap I poz. 1.3.9 KSNR 1/316/3 „Pełne umocnienie ścian wykopów wraz z rozbiórką balami drewnianymi w gruntach suchych kategorii I-IV, szerokość 1 m, głębokość do 9 m - pod pompownię”, Wykonawca ma obowiązek odpowiednio zmienić opis tej pozycji”.

Zadając pytanie dotyczące siwz jeden z wykonawców wskazał także, że „istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo niedochowania zaprojektowanych spadków na przewiertach sterowanych. Prosimy o ponowne przeanalizowanie zaprojektowanych spadków. Brak możliwości poprawnego wykonania przewiertów wiązać się będzie z poniesieniem niepotrzebnych kosztów i niedotrzymaniem założeń projektowych”. Pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. (wyjaśnienia nr 4) zamawiający odpowiedział: „Należy bezwzględnie przestrzegać zaprojektowanych spadków przewodów kanalizacji deszczowej, ponieważ uwarunkowane są one zagłębieniem istniejących elementów kanalizacji deszczowej”.

Ponadto jeden z wykonawców zadając pytanie dotyczące siwz w zakresie przewiertu sterowanego stwierdził, że „Rozwiązanie zastosowane w projekcie rury osłonowej o średnicy 400mm i rury czynnej z PCV 400 mm jest niewykonalne. Proszę o podanie średnicy oraz rodzaju rury osłonowej”. Pismem z dnia 15 grudnia 2017 r. (wyjaśnienia nr 1) zamawiający odpowiedział, że „W projekcie przyłącza na odcinku S5 - S6 - została zaprojektowana rura

warstwowa SDR 17 PN 10, z PE100 RC - niewymagająca dodatkowej rury ochronnej. Jako alternatywne rozwiązanie dopuszcza się zastosowanie rury PCV z wydłużonym kielichem formowanym na gorąco oraz ze zintegrowaną olejoodporną uszczelką wargową z elastomeru termoplastycznego, z pierścieniem wzmacniającym z polipropylenu PP z włóknem szklanym. Klasa sztywności SN 8 wraz z rurą stalową przewiertową ochronną o średnicy Dn 800”.

Pismem z dnia 12 stycznia 2018 r. odwołujący zadał zamawiającemu pytania dotyczące siwz, w których wskazał na następujące błędy i braki w dokumentacji technicznej:

- 1) pytanie 1: „Brak odwiertów w okolicach przepompowni, prosimy o zamieszczenie brakujących odwiertów do głębokości 10 m. Nieprzedstawienie wymienionych badań struktury gruntu nie pozwoli na rzetelną wycenę robót, w przypadku napotkania gruntów skalnych koszt robót znacznie wzrośnie. Prosimy o dodanie pozycji kosztorysowej uwzględniającej wykonanie przewiertów w gruntach skalnych”.
- 2) pytanie nr 2: „Ze względu na głębokie posadowienie przepompowni i możliwy duży napór wód gruntowych (brak badań geologicznych gruntu na głębokość do 10 m), zaprojektowane igłofiltrów mogą być niewystarczające dla skutecznego odwodnienia wykopu pod przepompownię. Proponujemy, celem odwodnienia wykopów, zastosowanie studni głębinowych lub igłofiltrów studziennych. Prosimy o dodanie pozycji kosztorysowych uwzględniających skuteczne odwodnienie wykopu pod przepompownię”.
- 3) pytanie nr 3: „Prosimy o dopuszczenie zastosowania rury ochronnej osłonowej o średnicy 600 mm, założona rura 800 mm jest za dużej średnicy i niepotrzebnie zawyża koszt wykonania przewiertów”.

Ponieważ pytania zostały skierowane po upływie przewidzianego w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp terminu, zamawiający nie udzielił odpowiedzi.

Wykonawca ZUWiK w pozycji 1.3.9. kosztorysu ofertowego wpisał: „Pełne umocnienie ścian wykopów wraz z rozbiórką balami drewnianymi w gruntach suchych kategorii I-IV, szerokość 1 m, głębokość do 9 m – po pompownię”. Pozycja została wyceniona na 6.544,32 zł.

W pozycjach 1.3.20, 1.3.21 i 1.3.22 kosztorysu ofertowego wykonawca ZUWiK wpisał: „Przewierci maszyną do wierceń poziomych, długości do 50 m, rury Dn 400 mm, rury dwuwarstwowe PE do przewiertów, grunt kategorii III-IV – przewiert sterowany – analogia”. Pozycje te zostały wycenione odpowiednio: 1.3.20. na 39.865,50 zł, 1.3.21. na 32.241,46 zł, 1.3.22. na 5.511,36 zł.

Cena oferty wykonawcy ZUWiK wyniosła (po poprawkach w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp) 2.903.526,62 zł.

Odwołujący w pozycji 1.3.9. kosztorysu ofertowego wpisał: „Umocnienie ścian wykopów wraz z rozbiórką palami szalunkowymi stalowymi (wypraskami) – pod pompownię”. Pozycja została wyceniona na 130.560,00 zł.

W pozycjach 1.3.20, 1.3.21 i 1.3.22 kosztorysu ofertowego odwołujący zamieścił taki sam opis robót, jak wykonawca ZUWiK. Pozycje te zostały wycenione odpowiednio: 1.3.20. na 95.480,00 zł, 1.3.21. na 77.220,00 zł, 1.3.22. na 13.200,00 zł.

Cena oferty odwołującego wyniosła 3.058.254,03 zł.

Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.940.000,000 zł. Z uwagi na ceny złożonych ofert, w dniu 26 stycznia 2018 r. zamawiający dokonał zwiększenia ww. kwoty do 3.000.000,00 zł.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 2.353.342,95 zł netto, tj. 2.894.611,83 zł brutto. Średnia arytmetyczna ofert wynosi 2.980.890,32 zł. Oznacza to, że cena wybranej oferty jest:

- 1) o ok. 1% wyższa od wartości szacunkowej zamówienia brutto,
- 2) o ok. 3% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert,
- 3) o ok. 5% niższa od ceny oferty odwołującego.

W zakresie kwestionowanych pozycji cena wybranej oferty:

- 1) w pozycji 1.3.9. – stanowi ok. 5% oferty odwołującego,
- 2) w pozycji 1.3.20. – stanowi ok. 42% ceny oferty odwołującego,
- 3) w pozycji 1.3.21. – stanowi ok. 42% ceny oferty odwołującego,
- 4) w pozycji 1.3.22. – stanowi ok. 42% ceny oferty odwołującego,
- 5) łącznie w czterech kwestionowanych pozycjach – stanowi ok. 27% ceny oferty odwołującego.

Pismem z dnia 19 lutego 2018 r. odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii powołanego przez niego biegłego – prof. dr hab. T. K. z Politechniki Świętokrzyskiej. Z dołączonej do ww. pisma opinii wynika, że dokumentacja geotechniczna dotycząca przedmiotowej inwestycji jest niewystarczająca, w szczególności odwierty zostały wykonane w zbyt dużej odległości od miejsca prowadzenia robót, dlatego nie można wykluczyć istnienia zwietrzelin skalnych i zwiększonego parcia związanego z ciśnieniem hydrostatycznym. Ponadto autor opinii stwierdził, że nie ma podstaw do określenia gruntów jako suche, co powoduje, że obudowa wykopu z bali drewnianych budzi poważne wątpliwości, zaś ich wycena w ofercie wykonawcy ZUWiK jest mało realistyczna. Ww. opinię, zamówioną z prywatnej inicjatywy odwołującego, Izba potraktowała jako część jego argumentacji i stanowisko w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług,

zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, którego zaniechanie zarzucono w odwołaniu, po pierwsze należy zwrócić uwagę na opis przedmiotu zamówienia w kwestionowanych pozycjach 1.3.9., 1.3.20, 1.3.21. i 1.3.22. W toku postępowania wykonawcy sygnalizowali zamawiającemu ryzyko nienależytego wykonania zamówienia, jeżeli do umocnienia wykopów zostaną użyte bale drewniane, a do wykonania przewiertów (mikrotunelingu) nie zostanie zastosowana rura ochronna. Należy jednak zwrócić uwagę, że zamawiający nie wycofał się z rozwiązań technicznych opisanych w ww. pozycjach kosztorysowych, a jedynie dopuścił jako alternatywne rozwiązania sugerowane przez wykonawców, tj. w pozycji 1.3.9. - zabezpieczenie wykopu typu BOX lub innymi szalunkami, zaś w pozycjach 1.3.20 – 1.3.22. – zastosowanie rury stalowej przewiertowej ochronnej o średnicy Dn 800. Tym samym zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku uwzględnienia nowych rozwiązań technicznych w ww. pozycjach, a jedynie wskazał je jako możliwe do zastosowania, jeżeli wykonawca uzna to za stosowne. Oznacza to, że rozwiązania techniczne opisane od początku w ww. pozycjach kosztorysowych pozostały zgodne z wymaganiami zamawiającego, a co za tym idzie - wykonawcy byli uprawnieni do zaoferowania tych rozwiązań w swoich ofertach i do ich wyceny. W świetle zatem wymogów zamawiającego zawartych w ww. pozycjach kosztorysowych brak jest podstaw do uznania, że wykonawca ZUWiK uwzględnił w ofercie niewłaściwe rozwiązania techniczne w zakresie umocnienia wykopów i wykonania przewiertów, a w konsekwencji – brak jest podstaw do zarzucania mu dokonania w tych pozycjach niewłaściwej wyceny, skoro zostały wycenione rozwiązania techniczne dopuszczalne przez zamawiającego. W szczególności, w świetle treści siwz i odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców, nie można uznać, że uwzględnienie przez odwołującego w ofercie innych szalunków niż bale drewniane i uwzględnienie (zgodnie z oświadczeniem) zastosowania rury ochronnej, obligowało innych wykonawców do zaoferowania tych samych rozwiązań technicznych i ich wyceny. Jak wskazano wyżej,

przyjęte przez odwołującego rozwiązania zostały jedynie dopuszczone do realizacji, natomiast nie został nałożony na wykonawców obowiązek ich oferowania i wyceny. W świetle powyższego wycena dokonana przez wykonawcę ZUWiK była zgodna z siwz.

Po drugie, należy zauważyć, że ceny robót przewidzianych do wykonanych w ww. pozycjach, szacowane przez zamawiającego w kosztorysie inwestorskim, były niższe od cen zawartych w kosztorysach ofertowych obu wykonawców.

Po trzecie, nie sposób nie dostrzec, że różnice pomiędzy cenami w obu ofertach występują nie tylko w pozycjach kwestionowanych w odwołaniu, ale także w innych, przy czym w szeregu takich pozycji to cena odwołującego jest niższa. Oznacza to, że wykonawcy w różny sposób kalkulowali ceny poszczególnych robót: wyceniając wartość jednych wyżej, innych – niżej, niemniej jednak w konsekwencji ceny ich ofert ogółem niewiele różnią się od siebie (o ok. 5%).

W tym stanie rzeczy, biorąc pod uwagę wyżej wskazane okoliczności, nie można uznać, że ceny ww. pozycji kosztorysowych w ofercie wykonawcy ZUWiK, powinny wydać się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W szczególności prawidłowy opis pozycji kosztorysowych w wybranej ofercie, różna wycena poszczególnych (nie tylko kwestionowanych) pozycji w obu ofertach i szacowana w kosztorysie inwestorskim wartość pozycji 1.3.9., 1.3.20, 1.3.21. i 1.3.22., nie pozwala na przyjęcie, że zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy ZUWiK do wyjaśnienia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, że w postępowaniu nie zachodziły także przesłanki wezwania wykonawcy ZUWiK do wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ cena wybranej oferty jedynie w minimalnym stopniu odbiegała od wartości zamówienia brutto i średniej arytmetycznej ofert.

W konsekwencji powyższych ustaleń, należy stwierdzić, że zamawiający nie miał podstaw do wezwania wykonawcy ZUWiK do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jak też nie miał podstaw do uznania jego oferty za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do argumentacji odwołującego dotyczącej ryzyka nienależytego wykonania zamówienia z powodu wyceny w wybranej ofercie rozwiązań technicznych opisanych w siwz w pozycjach 1.3.9., 1.3.20, 1.3.21. i 1.3.22., należy zauważyć, że taka argumentacja odwołującego sprowadza się w istocie do kwestionowania prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazując bowiem na niewystarczające w dokumentacji technicznej informacje w zakresie badania

gruntów, nieprawidłowe stwierdzenie występowania gruntów suchych, nieuwzględnienie możliwości wystąpienia gruntów skalnych, a w konsekwencji – nieprawidłowe dopuszczenie możliwości wykonania umocnienia wykopów za pomocą bali drewnianych i nieprawidłowe dopuszczenie wykonania przewiertów bez rury ochronnej, w istocie zarzuca zamawiającemu wadliwy opis przedmiotu zamówienia w ww. pozycjach. Należy zatem podkreślić, że uprawnienie do wniesienia odwołania na opis przedmiotu zamówienia przysługiwało odwołującemu na wcześniejszym etapie przetargu, tj. w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast na obecnym etapie przetargu, podnoszenie argumentacji opierającej się na niewłaściwym opisie przedmiotu zamówienia, jest już spóźnione i nie może stać się podstawą kwestionowania wyceny wybranej oferty. Jak wskazano już wyżej, wycena tej oferty została bowiem oparta na opisach pozycji kosztorysowych, które nie zostały podważone w drodze postępowania odwoławczego i nie zostały zmienione, tym samym były obowiązujące dla wykonawców. Nie odmawiając zatem odwołującemu słuszności w zakresie podniesionej argumentacji, także co do tezy, że rozwiązania techniczne początkowo droższe gwarantując lepszą jakość i trwałość w perspektywie czasu są tańsze, należy podkreślić, że argumentacja taka mogłaby zostać podniesiona w treści odwołania wniesionego na wcześniejszym etapie postępowania przetargowego i dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast na obecnym etapie, argumentacja ta nie może uzasadniać konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do uznania, że zamawiający zobowiązany był wezwać wybranego wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz że wybrana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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 ze zm.).

Przewodniczący