

**WYROK**

**z dnia 8 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o. o., 17-100 Bielsk Podlaski, ul. Żwirki i Wigury 61** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Gruźlicy i Chorób Płuc, 01-138 Warszawa, ul. Płocka 26,**

przy udziale wykonawcy Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o. o., 17-100 Bielsk Podlaski, ul. Żwirki i Wigury 61**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiące kwotę wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o. o., 17-100 Bielsk Podlaski, ul. Żwirki i Wigury 61,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o. o., 17-100 Bielsk Podlaski, ul. Żwirki i Wigury 61,** na rzecz **Instytutu Gruźlicy i Chorób Płuc, 01-138 Warszawa, ul. Płocka 26,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – **Instytut Gruźlicy i Chorób Płuc, 01-138 Warszawa, ul. Płocka 26** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „wykonanie robót budowlanych wraz z infrastrukturą techniczną zagospodarowania obiektu z niezbędnym wyposażeniem eksploatacyjno-technicznym w ramach realizacji Projektów pn. „Poprawa efektywności leczenia chorób płuc w Instytucie Gruźlicy i Chorób Płuc w Warszawie” oraz „Poprawa efektywności przyjęć oraz dostępności i jakości diagnostyki i terapii chorób płuc (I etap) w Instytucie Gruźlicy i Chorób Płuc w Warszawie”.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2010 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie w tym samym piśmie zamawiający poinformował, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej (ustawa p.z.p.) odrzucił ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o. o. z siedzibą w Bielski Podlaskim. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał, iż oceniając złożone przez wykonawcę wyjaśnienia uznał, iż są one niewystarczające, w szczególności że wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, które świadczyłyby że zaoferowana cena nie stanowi ceny rażąco niskiej. Ponadto zamawiający wskazał, iż złożone wyjaśnienia nie zawierają żadnej informacji w zakresie kalkulacji ceny a wyjaśnienia są bardzo lakoniczne i nie zawierają wskazań w zakresie ewentualnych nadzwyczajnych okoliczności metody wykonywania przedmiotu zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych dla wykonawcy warunków wykonania zamówienia. Dodatkowo zamawiający podniósł, że domniemania rażąco niskiej ceny nie obala również fakt, że wykonawca jest producentem stolarki PCV i ALU gdyż stolarka jest tylko jednym z elementów wpływających na kalkulację ceny i to nie najbardziej istotnym gdyż stanowi jedynie około 4 % wartości szacunkowej zamówienia.

Od takiej czynności pismem z dnia 20 sierpnia 2010 r. odwołanie wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o. o. z siedzibą w Bielski Podlaskim zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) „art. 90 ust. 1 PZP poprzez niewskazanie elementów oferty, które miały zostać

wyjaśnione przez Odwołującego się Wykonawcę, a miały wpływ na wysokość ceny tj. naruszenie dyspozycji przedmiotowego przepisu,

- 2) art. 90 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie wezwania w sposób oderwany od warunków ustalonych przez samego Zamawiającego w SIWZ w zakresie określającym wymagania dla składanych ofert,
- 3) art. 90 ust. 1 PZP poprzez odniesienie wartości oferty Odwołującego się jedynie do własnych szacunków odnoszących się do wartości przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie zaniechanie w zakresie rzetelnego badania oferty,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3. PZP poprzez nieuprawnione dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego się w świetle zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobligowany, a w konsekwencji nieuprawniony wybór oferty złożonej przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 5) art. 90 ust 1-3. PZP poprzez nieprawidłową, nieobiektywną i stronniczą ocenę przedstawionych przez odwołującego się wyjaśnień oraz zaniechanie w przeprowadzeniu dowodu, iż ocena wyjaśnień Odwołującego dokonana przez Zamawiającego jest trafna i daje podstawy do stwierdzenia, iż Odwołujący się złożył ofertę zawierającą cenę rażąco niską”.

Odwołujący wnosił o:

1. „unieważnienie czynności polegającej na ustaleniu, iż oferta odwołującego się zawiera cenę rażąco niską a w konsekwencji,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się,
3. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,
4. nakazanie dokonania czynności ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego się, jako że Zamawiający nie dowiódł, iż dokonana przez niego ocena potwierdza wystąpienie ceny rażąco niskiej”.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż zamawiający błędnie odnosi wartość jego oferty jedynie do własnego szacunku. Ponadto odwołujący podniósł, że sklasyfikowana na drugiej pozycji oferta jest wyższa od jego oferty jedynie o 18,5% co nie jest niczym nadzwyczajnym na rynku usług budowlanych i wynika z mechanizmów rynkowych. Wskazał również, że zamawiający nie miał podstaw, aby z góry zakładać, iż porównanie wartości oferty odwołującego do wartości szacunkowej zamówienia jest wystarczającą przesłanką do odrzucenia oferty w następstwie wystąpienia ceny rażąco niskiej. Odwołujący wskazał również, iż zamawiający zaniechał, w wezwaniu do wyjaśnienia ceny, wskazania, które to elementy oferty ma on wyjaśnić. Ponadto odwołujący podniósł, że to sam zamawiający

określił charakter wynagrodzenia jako ryczałtowy i sam określił formę i zakres oferty budując zamknięty katalog kryteriów na podstawie którego podlegały będą oferty. Odwołujący stwierdził, iż spóźnionym jest oczekiwanie, że wykonawca będzie uzupełniał ofertę o wcześniej nie wymagane elementy. Dodatkowo odwołujący podniósł, iż zamawiający nie dokonał rzetelnej analizy i oceny złożonych wyjaśnień. Jak stwierdził odwołujący „(...)Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji całkowicie zdeprecjonował jedynie fakt produkowania przez Odwołującego się stolarki PCV i ALU, co wydaje się być wbrew zasadom logiki. Zakładając, bowiem, zdaniem Zamawiającego, mały wpływ tej okoliczności na cenę to jest to argument i tak cenę w pewnej mierze uzasadniający, a nie jak podaje Zamawiający nieistotny. Zwrócić należy uwagę, iż zadanie, co zostało przemilczane przez Zamawiającego, obejmuje również wykonanie wewnętrznych elementów z użyciem stolarki aluminiowej, a nie tylko okien jak podaje nietrafnie Zamawiający. Ponadto kwota, jaką w tym zakresie podaje Zamawiający, jako swój szacunek jest w ocenie Odwołującego się około dwukrotnie zawyżona.”. Odwołujący wskazał również, że podana przez niego cena ryczałtowa obejmuje cały zakres zamówienia opisanego przez: dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiar robót, odpowiedzi zamawiającego udzielone na pytania wykonawców na etapie przygotowania ofert. Zarzucił również zamawiającemu, że nie odniósł się do doświadczenia odwołującego przy realizacji podobnych zamówień i to nie tylko w płaszczyźnie budownictwa kubaturowego ogólnego, ale istotnych w tym wypadku obiektów ochrony zdrowia. Uzasadniając odwołujący stwierdził, iż „(...)Zamawiający analizy wyjaśnień nie przeprowadził, a na pewno nie zrobił tego należycie. Nie wykazał, iż ocena złożonych wyjaśnień potwierdza rażąco niską cenę. Stanowisko swoje oparł jedynie na porównaniu ceny ofertowej z własną szacunkową kalkulacją. Nie odniósł się zupełnie do okoliczności podanych przez Odwołującego, a wystąpienie rażąco niskiej ceny jak stwierdził wywiódł z niedostarczenia dowodów - których co pozostaje bezdyskusyjne - Wykonawca nie był zobowiązany dostarczyć.”.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2010 r. do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu przystąpienia wskazał, iż zapisy ustawy p.z.p. nie obligują zamawiających do wskazywania, który element ceny ma zostać wyjaśniony, gdyż wyjaśnia się ofertę jako całość, szczególnie w robotach budowlanych. Tym samym Zamawiający nie mógł ograniczyć prawa wykonawcy, co do sposobu i zakresu dowodzenia rzetelności własnej oferty a sposób wezwania był zgodny z ustawą. Ponadto przystępujący wskazał, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia prawidłowej kalkulacji zaproponowanej ceny.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – **Instytut Gruźlicy i Chorób Płuc z siedzibą** w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „wykonanie robót budowlanych wraz z infrastrukturą techniczną zagospodarowania obiektu z niezbędnym wyposażeniem eksploatacyjno-technicznym w ramach realizacji Projektów pn. „Poprawa efektywności leczenia chorób płuc w Instytucie Gruźlicy i Chorób Płuc w Warszawie” oraz „Poprawa efektywności przyjęć oraz dostępności i jakości diagnostyki i terapii chorób płuc (I etap) w Instytucie Gruźlicy i Chorób Płuc w Warszawie”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dziennik Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2010 r., pod numerem 2010/S 117-175651.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 16.000.000,00 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 19.520.000,00 zł.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły 4 ofert w tym oferta złożona przez odwołującego.

Ranking ofert przedstawiał się następująco:

- 1) Przedsiębiorstwo Budowlane Polbud Sp. z o. o. – 13.389.500,00 zł,
- 2) Budimex S.A. – 16.441.940,00 zł,
- 3) Complex Bud Sp. z o. o. – 17.310.332,46 zł,
- 4) Fadbet S.A. – 18.423.300,47 zł.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2010 r. zamawiający działając w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Polbud Sp. z o. o. z siedzibą w Bielsku Podlaskim do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, iż kwota oferty jest znacząco różna od wartości szacunkowej zamówienia. Ponadto zamawiający przytaczając treść art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. wskazał, iż przy ocenie wyjaśnień weźmie pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W odpowiedzi na wezwanie w wyznaczonym terminie wykonawca złożył wyjaśnienia w których wskazał, iż podana przez niego cena ryczałtowa obejmuje cały zakres zamówienia opisanego przez dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiar robót, odpowiedzi zamawiającego udzielone na pytania wykonawców na etapie przygotowania ofert. Wyjaśniając wezwany wykonawca podniósł, iż oferowana cena stanowi ryczałt, w którego zakres wchodzi wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto oświadczył on, że konkurencyjność jego oferty wynika z funkcjonujących w firmie procedur optymalizacji i kontroli kosztów oraz systemu centralnych zakupów materiałów i usług, co przy jednoczesnym realizowaniu wielu zadań pozwala na osiągnięcie znacznie korzystniejszych cen niż w przypadku zakupów doraźnych. Wyjaśnił on również, że jest producentem stolarki PCV i ALU, która to jest przewidziana w przedmiocie zamówienia, co znacznie obniża koszty jej wytworzenia i montażu. Dodatkowo wyjaśniając podniósł, iż jego doświadczenie oraz rozwinięte kontakty handlowe pozwalają na dokonanie zakupów z pominięciem pośredników – bezpośrednio u producentów co powoduje całkowitą redukcję marż pośrednich, a obecnie realizowane kontrakty o łącznej wartości 191,7 mln zł dają podstawę do realnego skalkulowania kosztów realizacji gdyż wynikają nie tylko z kalkulacji szacunkowej ale także wiedzy empirycznej.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2010 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie w tym samym piśmie zamawiający poinformował, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. odrzucił ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o. o. z siedzibą w Bielski Podlaskim.

Czynność ta leży u podstaw postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty wybranego wykonawcy, złożone wyjaśnienia w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.**

#### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie**

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta, jako najtańsza mogłaby być uznana za

najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1-3 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła pogląd odwołującego. W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Izba stoi na stanowisku, że to na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania. Izba podziela pogląd zamawiającego, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. W przedmiotowej sprawie odwołujący ograniczył się jedynie do enigmatycznych, ogólnikowych stwierdzeń o posiadanym doświadczeniu, rabatach, upustach, polityce zakupowej obowiązującej u wykonawcy czy też optymalizacji i kontroli kosztów. Jediną wartością i to nieopartą żadnymi wyliczeniami było stwierdzenie, że jest on producentem stolarki PCV i ALU, co w ocenie odwołującego wpływa na znaczne obniżenie kosztów wytworzenia i montażu. Powyższe twierdzenia nie zostały poparte żadnymi wyliczeniami, czy też dowodami. W ocenie Izby poprzestając jedynie na złożeniu wyjaśnień i odstępując od udowodnienia powoływanych przyczyn wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że zamawiający nie dokonał rzetelnej i wyczerpującej oceny wyjaśnień. Wobec ogólnikowych stwierdzeń zawartych w wyjaśnieniach zamawiający za wyjątkiem faktu produkowania przez odwołującego stolarki PCV i ALU, do czego się odniósł, nie miał możliwości dokonywania głębszej analizy złożonych wyjaśnień gdyż nie zawierały one żadnych danych, które takiej analizie mogłyby być przez zamawiającego poddane. Izba stoi na stanowisku, iż udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Izba biorąc pod uwagę złożone na rozprawie oświadczenia zamawiającego jak i przystępującego uznała, że odwołujący w przedmiotowej sprawie nie wykazał, iż znajduje się on w korzystniejszej sytuacji od innych wykonawców co uzasadniałoby cenę jego oferty. Izba wskazuje, co również podnosił sam odwołujący, metoda wykonania przedmiotowego zamówienia została precyzyjnie określona w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, podobnie dokumentacja techniczna determinowała rozwiązania techniczne a więc sytuacja wszystkich wykonawców jest bardzo zbliżona. Ponadto Izba zwraca uwagę, iż zamawiający wzywając do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie miał obowiązku wskazywać



wykonawcy, jakie dokumenty lub inne dowody należy złożyć. W ocenie Izby to, w jaki sposób wykonawca będzie próbował obalić domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej leży po stronie i w interesie właśnie tego wykonawcy, który wezwany do złożenia wyjaśnień powinien dążyć do przekonania zamawiającego, iż wątpliwości co do zaoferowanej ceny nie są uzasadnione.

Izba wskazuje, że na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu, ale co do wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. a nie w zakresie wykazania, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska. W przedmiotowej sprawie Izba stoi na stanowisku, iż zamawiający, dokonał prawidłowej i pełnej oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień a wobec braku wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, ofertę odwołującego odrzucił.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji, uznając, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. art. 90 ust. 1-3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....