

Sygn. akt: KIO/481/11

**WYROK**  
z dnia 22 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 marca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A (lider konsorcjum) i Warbud-Beton Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-488 Warszawa, ul. Potrzebna 55** w postępowaniu prowadzonym przez **Kujawsko – Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu 87-100 Toruń, ul. Szosa Chełmińska 26/703 (adres do korespondencji: 87-100 Toruń, Pl. Teatralny 2/437)**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 (lider konsorcjum); P.B.U. Budopol S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-739 Bydgoszcz, ul. Fordońska 199; P.W EBUD-Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-375 Bydgoszcz, ul. Biskupińska 11; P.W. „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, 85-833 Bydgoszcz, ul. Smoleńska 1a** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A (lider konsorcjum) i Warbud-Beton Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-488 Warszawa, ul. Potrzebna 55** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A (lider konsorcjum) i Warbud-Beton Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-488 Warszawa, ul. Potrzebna 55.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: 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 w **Toruniu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę i rozbudowę Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J.Brudzińskiego w Bydgoszczy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 września 2010 r., nr 2010/S 5-006746.

W dniu 25 lutego 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Warbud-beton Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „Odwołującym Warbud”, o odrzuceniu oferty Odwołującego Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. na skutek tego, iż Zamawiający wymagał półek o szerokości „około 40 (+/- 10%)”, natomiast Odwołujący Warbud zaoferował półki o szerokości 45 cm, co nie odpowiada wymogom wskazanym w treści SIWZ

W dniu 7 marca 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący Warbud wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 7 marca 2011 r.) wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego Warbud oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum BUDIMEX, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust.3, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp oraz przepisów przywołanych w treści odwołania.

Jednocześnie Odwołujący Warbud wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Warbud,
2. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum BUDIMEX,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego Warbud,
4. odrzucenie oferty konsorcjum BUDIMEX jako sprzecznej z SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę,
5. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego Warbud.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Warbud, odnośnie podstaw odrzucenia swojej oferty podniósł, iż potwierdził, że oferowane przez niego półki, tak jak pozostałe elementy oferty, spełniają wymagane parametry, gdyż SIWZ stanowiąc, iż półki mają mieć wymiary około 40x35 cm nie jest kategoriyczny w określeniu wymiarów półek. Od tak nieściśle określonych wymiarów, SIWZ dopuszcza dodatkowo tolerancję +/- 10%. A ponieważ wszelkie nieściłości i tolerancje należy interpretować na korzyść wykonawcy Zamawiający nie miał prawa zastosować restrykcyjnej wykładni punktu 10 Załącznika nr 10 do SIWZ i odrzucić oferty Odwołującego Warbud jako sprzecznej z SIWZ.

Odnośnie oferty konsorcjum BUDIMEX Odwołujący Warbud podniósł iż:

1. oferta konsorcjum BUDIMEX dla pozycji 11 - AIT- Zestaw systemów operacyjnych z wymiennymi blatami przeznaczonych do chirurgii dziecięcej wraz z wyposażeniem - 4 szt.- Załącznika nr 10, który wymagał, aby wykonawcy zaoferowali „kompletne zestawy płyt plecowych i przedłużających do 5 blatów. Płyta plecowa do chirurgii ogólnej, przestawiana w zakresie +80st / - 45st przezierność abdominalna dla promieni rtg. Minimum na szerokość 400 mm" zaoferowało tylko 10 płyt, z czego 2 zaoferowane płyty typu 1180.1 IB. nie są płytami plecowymi, a płytami obsługującymi część „nożną" pacjenta - zgodnie z przywołaną w ofercie konsorcjum BUDIMEX instrukcją ze strony 870 oferty. Oznacza to, iż konsorcjum BUDIMEX oferuje Zamawiającemu dostawę tylko dwóch pełnych zestawów stołów operacyjnych, a co oznacza, iż oferta konsorcjum BUDIMEX jest sprzeczna w wymaganiami SIWZ i jako taka winna być odrzucona.
2. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum BUDIMEX, pomimo oczywiście rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 122.338.800,37 zł plus podatek VAT. Konsorcjum BUDIMEX złożyło ofertę z ceną 98.943.253,85 zł plus podatek VAT. Oferta Konsorcjum BUDIMEX jest aż o 25% niższa od szacunków Zamawiającego i jednocześnie o ponad 15% niższa od ceny innego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu i o 25% niższa od ceny Odwołującego Warbud. Zaoferowana cena jest nierealna i jest wartością poniżej kosztów wykonania zamówienia.

Pismem z dnia 8 marca 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując kopię odwołania (przedmiotowe pismo konsorcjum BUDIMEX otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 10 marca 2011 r. (pismem z dnia 9 marca 2011 r.) konsorcjum BUDIMEX przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 17 marca 2011 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, postanowienia SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący kwestionując zasadność odrzucenia go z postępowania wykazał interes we wniesieniu odwołania oraz szkodę jaką poniósłby, gdyby nie uzyskał przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut pierwszy dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego Warbud nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 10 Arkusz Informacji Technicznej (ATI) „Zestawienie parametrów i warunków wymaganych” „Przedmiot zamówienia: Ścienna jednostka zasilająca przeznaczona do następujących pomieszczeń: sala przygotowania pacjenta EI-1.22A (parter) – 2 szt. (...)” w pozycji 10, kolumna 2 „wymagane parametry i warunki” postawił następujący wymóg „wymiarzy powierzchni roboczej półek po stronie aparaturowej: - szerokość: około 40 cm (+/-10%) – głębokość: około 35 cm (+/-10%)”

Odwołujący Warbud w załączniku nr 10 AIT w pozycji 10 w kolumnie „oferowany parametr” wpisał „TAK Wymiary powierzchni roboczej półek po stronie aparaturowej: - szerokość: 45 cm – głębokość: 35 cm” (str. 927 oferty Odwołującego Warbud).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, iż wykonawca ten wskazał szerokość półek 45 cm, co nie odpowiada wymogom Zamawiającego wskazanym w treści SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zdaniem Izby wymóg „szerokość: około 40 cm (+/-10%)” sformułowany był jednoznacznie. Zamawiający uszczegółowił bowiem szerokość półek na „40 cm” z podaniem tolerancji „(+/-10%)”. Tak więc użyte słowo „około” – co zresztą słusznie podnosił Przystępujący BUDIMEX – należało odnosić do wyznaczonych granic „40 cm(+/-10%)”. „Około 40 cm” ze wskazaniem tolerancji „(+/- 10%)” oznaczało więc, że Zamawiający

wymagał dostarczenia półek o szerokości w granicach 36 cm do 44 cm, żądając jednocześnie aby to wykonawcy wskazali w tabeli składanego formularza szerokość oferowanych przez nich półek. Brak sformułowania „(+/-10%)” dawałby dopiero możliwość zaoferowania półek o szerokości większej niż 40 cm, a więc także i 45, 46, 47, 48, 49 itp., bądź też o szerokości mniejszej niż 40 cm, w tym np. 35, 34, 33, 32, 31 itp. Niemniej jednak w niniejszym stanie faktycznym jednoznacznie wskazano szerokość półek, wyznaczając granice dopuszczalnej tolerancji. Odwołujący Warbud, co jest bezsporne, zaoferował półki o szerokości 45 cm. Wynika to nie tylko z treści jego oferty. Fakt ten przyznał także w odwołaniu, jak również na rozprawie, twierdząc iż istotnie wskazał jako oferowaną szerokość półki 45 cm, jednak szerokość ta (45 cm) była liczona od brzegów półki, co jednak nie zostało wyartykułowane w treści jego oferty. Wskazał tam bowiem, wbrew wcześniejszym twierdzeniom, iż szerokość 45 cm dotyczy wymiarów powierzchni roboczej półek po stronie aparaturowej, a nie odległości od jej brzegów. Odwołujący Warbud przyznał także, iż faktycznie wskazana szerokość półki jest nieprawidłowa i jest ona konsekwencją omyłki jego pracownika. Natomiast Zamawiający winien tę kwestię wyjaśnić. Niewątpliwym jest, iż Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty, jednakże takie wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Jednak należy pamiętać, że obowiązek żądania wyjaśnień ma miejsce tylko wtedy, gdy treść oferty budzi wątpliwości, jak również zawiera sprzeczne i niejasne sformułowania. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym okoliczność taka nie występuje. Treść oferty, w kwestionowanej części, nie budzi żadnych wątpliwości. Odwołujący Warbud jednoznacznie bowiem wskazał szerokość oferowanej półki (45 cm), jak i to, że kwestionowany przez Zamawiającego wymiar dotyczy wymiarów powierzchni roboczej półki. Parametr ten nie może być również poprawiony, w ramach art. 87 ustawy Pzp, gdyż jego zmiana wymagałaby wskazania prawidłowej szerokości zaoferowanej przez Odwołującego Warbud półki, a nie byłoby to możliwe bez konsultacji z tym wykonawcą. Jako prawidłowy parametr należałoby bowiem wpisać jeden z kilku możliwych wariantów szerokości. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut drugi dotyczący sprzeczności treści oferty konsorcjum BUDIMEX z treścią SIWZ nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 10 Arkusz Informacji Technicznej (ATI) „Zestawienie parametrów i warunków wymaganych” „Przedmiot zamówienia: Zestaw systemów operacyjnych z wymiennymi blatami przeznaczonymi do chirurgii dziecięcej wraz z wyposażeniem – 4szt.” w pozycji 11, kolumna 2 „wymagane parametry i warunki” postawił następujący wymóg „Zaoferować kompletne zestawy płyt plecowych i przedłużających do 5

blatów. Płyta plecowa do chirurgii ogólnej przestawiana w zakresie minimum  $+80^{\circ}/-45^{\circ}$  przezierność abdominalna dla promieni rtg. Minimum na szerokości 400 mm.”

Konsorcjum BUDIMEX w załączniku nr 10 AIT w pozycji 11 w kolumnie „oferowany parametr” wpisał „TAK kompletne zestawy płyt plecowych i przedłużających do 5 blatów. Płyta plecowa do chirurgii ogólnej przestawiana w zakresie minimum  $+90^{\circ}/-60^{\circ}$  przezierność abdominalna dla promieni rtg. Minimum na szerokości 410 mm. Płyta plecowa typu 1180.32 4 szt., płyta plecowa typu 1180.11A 2 szt., płyta plecowa typu 1180.11B 2 szt., płyta przedłużenie typu 1180.31 2 szt., *Załącznik M2 „wyciąg z instrukcji obsługi systemu Magnus” strona 112.*” (str. 848, 850 oferty Konsorcjum BUDIMEX).

Odwołujący Warbud zarzucił, iż Konsorcjum BUDIMEX oferuje Zamawiającemu wyłącznie dwa pełne zestawy stołów operacyjnych, mimo, iż wymagał on pięciu takich zestawów.

Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, a co wynika z treści powołanego wyżej załącznika, iż przedmiotem zamówienia były cztery zestawy systemów operacyjnych z wymiennymi blatami przeznaczonymi do chirurgii dziecięcej. Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego Warbud, nie żądał zaoferowania pięciu takich zestawów. Natomiast zaoferowane miały być jedynie „kompletne zestawy płyt plecowych i przedłużających do 5 blatów”, a co absolutnie nie oznacza, iż wykonawca miał zaoferować zestawy płyt plecowych i przedłużających tworzących samodzielnie pięć zestawów stołów operacyjnych. Z treści załącznika – jak słusznie podniósł Przystępujący BUDIMEX – wynika, iż mimo, że Zamawiający wymagał czterech zestawów systemów operacyjnych, to w poszczególnych pozycjach tabeli uszczegółowił jakich elementów zestawu oczekuje w ramach tego zamówienia. A ponieważ zamawiany system operacyjny to system modułowy możliwym jest wiele różnych konfiguracji modułów (płyt czy też blatów). Dlatego też załączona do oferty strona 112 instrukcja (str. 885 oferty konsorcjum BUDIMEX) zawiera „konfigurację płaszczyzny operacyjnej przy całkowitym obciążeniu (250 kg-380 kg), pokazując nie tylko oferowany asortyment, ale i opcje modułu. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego BUDIMEX, iż „kompletne zestawy płyt plecowych i przedłużających do 5 blatów” dopiero w konfiguracji z innymi modułami (blatami i płytami) miały stanowić zestaw czterech systemów operacyjnych. Szczegółowo wyspecyfikowane płyty plecove i przedłużające mogą bowiem w różnych konfiguracjach, co wykazało konsorcjum BUDIMEX na rozprawie, tworzyć wraz z innymi modułami nie tylko wymagane cztery zestawy systemów operacyjnych, lecz możliwe jest więcej takich konfiguracji (konsorcjum BUDIMEX wskazało na przykładowych pięć możliwości). Tym samym stwierdzić należy, iż oferta konsorcjum BUDIMEX, w kwestionowanym przez Odwołującego Warbud zakresie, jest zgodna z treścią SIWZ.

**Zarzut trzeci dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum BUDIMEX z uwagi na rażąco niską cenę nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający wartość zamówienia oszacował na kwotę netto w wysokości 122.338.800,37 zł (druk ZP -1).

Konsorcjum BUDIMEX wykonanie zamówienia zaoferowało za kwotę netto w wysokości 98.943.253,85 zł netto plus podatek VAT.

Odwołujący Warbud wykonanie zamówienia zaoferował za kwotę netto w wysokości 118.718.000,00 zł netto plus VAT, a konsorcjum GRUPA 3J za kwotę netto w wysokości 113.130 zł netto plus podatek VAT.

Odwołujący Warbud podniósł, iż oferta konsorcjum BUDIMEX jest ofertą z rażąco niską ceną, gdyż jest o 25% niższa niż wartość szacunkowa zamówienia, a także niższa od cen zaproponowanych przez pozostałych dwóch wykonawców odpowiednio o 15% i 25%.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zdaniem Izby za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną i nierealistyczną, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia, a nie tylko ofertę z ceną niższą od szacunkowej wartości zamówienia, jak i od cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców. Sam fakt, że cena zaproponowana przez konsorcjum BUDIMEX jest ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia, jak i od cen pozostałych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, że jest ona rażąco niską cenę. Cena ta nie odbiega bowiem w sposób istotny zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i od cen zaproponowanych przez innych wykonawców. Dla uznania, że cena jest rażąco niską, konieczne jest bowiem wykazanie, że przy tym, konkretnym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę, w tym przypadku przez konsorcjum BUDIMEX. Tymczasem Odwołujący Warbud nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że przedmiotowe zamówienie nie może być wykonane za cenę zaoferowaną przez konsorcjum BUDIMEX, ograniczając się jedynie do ogólnikowych twierdzeń. Jednak to na nim – zgodnie z art. 6 k.c. - spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie, a żadnego dowód na tę okoliczność Odwołujący Warbud nie przedstawił. Dlatego też należało uznać, iż zarzut ten również nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego we wniesionym odwołaniu.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumenty złożone na rozprawie przez Odwołującego Warbud i Przystępującego, uznając je za stanowiska je składających.



Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....