

Sygn. akt: KIO 834/11

WYROK

z dnia 10 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 kwietnia 2011 r.** przez wykonawcę **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Szczecin, ul. pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin,**

przy udziale wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 WROBIS S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Szczecin, ul. pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin i :**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Miasta Szczecin, ul. pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin** na rzecz **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** kwotę **13 600 zł 00 gr**

(słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin reprezentowane przez Urząd Miasta Szczecina, Plac Armii Krajowej 1, 70 - 456 Szczecin (dalej: „zamawiający”) - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pt.: „Trafostacja Sztuki Szczecin - przebudowa ze zmianą sposobu użytkowania budynku byłej transformatorowni na Centrum Sztuki Współczesnej przy ul. Św. Ducha 4 w Szczecinie”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2011 r., doręczonym w tym samym dniu za pomocą faksu, wykonawcy ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa (dalej: „odwołujący” lub „ERBUD”), został on poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy - Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 WROBIS S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław (dalej: „przystępujący” lub „WROBIS”). Niniejszym pismem zamawiający poinformował, że oferta odwołującego została odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. W uzasadnieniu decyzji zamawiający wyjaśniał, że wykonawca w przesłanym wyjaśnieniu (pkt. 2) poinformował, że swoją kalkulację ceny ofertowej sporządził w oparciu o szczegółowe kosztorysy potencjalnych podwykonawców. Do tego wyjaśnienia wykonawca dołączył - Zestawienie Składników Ceny Ofertowej. Zestawienie to zawiera opis prac do wykonania, których w żaden sposób zamawiający nie może porównać z dokumentacją projektową oraz przedmiarem robót załączonym do siwz. Dokumentacja projektowa składa się z dziewięciu tomów, w skład której wchodzi następujące branże: Architektura, Konstrukcja, Instalacje sanitarne, Instalacje elektryczne, Technologia ekspozycyjna, Technologia p.poż, Instalacje niskoprądowe. Natomiast załączony przedmiar robót zawiera następujące działy: Roboty budowlane, Instalacje elektryczne, oświetlenia, sceno techniki, Instalacje sanitarne, Instalacja wentylacji mechanicznej, Instalacje niskoprądowe. Opis prac przedstawiony w załączniku nr 1 do wyjaśnienia nie pokrywa się z żadnym ww. zestawieniem. Zamawiający w rozdziale X specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz” lub „specyfikacja”) opisał sposób budowania ceny ryczałtowej. Przedstawiona tabela nie odzwierciedla wielu

składników ceny, o których mowa w specyfikacji. Ponadto wykonawca na dowód swoich wyjaśnień załączył zestawienie faktur (załącznik nr 2), zawierające 29 pozycji materiałów zakupionych na inne prowadzone przez siebie budowy na które, wg wyjaśnień wykonawcy udzielone zostały przez dostawców duże rabaty cenowe. Do zestawienia dołączono kopie faktur za towary, których nabywcami są inne podmioty niż wykonawca, nie wyjaśniając powiązań zachodzących między nabywcą a wykonawcą. Wyjaśnienie nie zawiera także analiz, jaki wpływ na wynagrodzenie wykonawcy mają materiały wymienione w zestawieniu.

W dniu 20 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie ERBUD. W tej samej dacie odwołujący, w formie pisemnej przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

W odwołaniu wykonawca ERBUD zarzucał czynnościom zamawiającego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy - poprzez ich zastosowanie pomimo, że oferta ERBUD nie zawiera rażąco niskiej ceny, a odwołujący złożył wyjaśnienia, które ten fakt należy potwierdzać. Powyższej decyzji zamawiającego ERBUD zarzucał także naruszenie art. 92 ustawy, poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty, a także naruszenie art. 7 ustawy poprzez różną ocenę wyjaśnień odwołującego i wyjaśnień WROBIS, którego ofertą uznano za najkorzystniejszą.

ERBUD wnosił o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jako dokonanej w wyniku nierównego potraktowania wykonawców i nieuczciwej konkurencji,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) ponownego dokonania badania i oceny ofert,
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, że zamawiający oparł odrzucenie oferty ERBUD na tezie zbudowanej w oparciu o niewłaściwe założenia. Podstawę prawną odrzucenia oferty stanowi art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, wobec tego to zamawiający musi więc udowodnić, że oferta odwołującego zawiera faktycznie rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy czym uzasadniając swoje stanowisko może oprzeć się na ocenie złożonych przez niego wyjaśnień.

Kolejno odwołujący wskazywał, że zamawiający nie twierdził, że cena zaproponowana przez odwołującego jest rażąco niska. Poza przytoczeniem w podstawie prawnej art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Odwołujący wskazywał, że zamawiający nie podjął się nawet uzasadnienia, że cena zaproponowana przez odwołującego jest rażąco niska. Ponościł również, że decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego winna zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne - art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Odwołujący twierdził, że to na zamawiającym spoczywał ciężar udowodnienia, że zaoferowana przez odwołującego cena jest rażąco niska, a ewentualnie, że jego wyjaśnienia są nieprzekonywujące. W ocenie ERBUD zamawiający jednak nawet nie podjął się powyższego uzasadnienia, próbując ograniczyć całość swojego uzasadnienia do oceny wyjaśnień odwołującego dokonanej według przyjętych na etapie dokonywania tych wyjaśnień kryteriów. Kolejno odwołujący odnosił się szczegółowo do treści uzasadnienia odrzucenia jego oferty wskazanej przez zamawiającego, tj.:

1. Opis prac przedstawiony w załączniku nr 1 do wyjaśnienia nie pokrywa się z zestawieniem branż robót z dokumentacji projektowej, a przedstawiona tabela nie odzwierciedla wielu składników ceny, o których mowa w rozdziale X specyfikacji, zawierającym opis budowania ceny ryczałtowej.

Zdaniem odwołującego wykonawcy wzywani do składania wyjaśnień nie mogą być obciążani negatywnymi skutkami treści pism wzywających do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów. Podnosił, że nie może być bowiem tak, że nieprecyzyjne, ogólne wezwanie skutkuje negatywnie w sferze praw wykonawcy, który w oparciu o to wezwanie złożył wyjaśnienia. W opinii odwołującego tak właśnie jest w przedmiotowej sprawie. Zamawiający wezwał odwołującego: „o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”, po czym wskazał, że prosi: „o podanie wszystkich składników zaoferowanej ceny oraz sposobu jej kalkulacji”. Następnie doszedł do wniosków zawartych w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, tj. że złożone wyjaśnienia go nie przekonują, ponieważ opis prac przedstawiony w załączniku nr 1 do wyjaśnienia nie pokrywa się z zestawieniem branż robót z dokumentacji projektowej, a przedstawiona tabela nie odzwierciedla wielu składników ceny, o których mowa w rozdziale X specyfikacji, zawierającym opis budowania ceny ryczałtowej, co ma uzasadniać odrzucenie oferty. W ocenie odwołującego takie podejście do obowiązku równego traktowania wykonawców podczas badania i oceny ofert jest niedopuszczalne. Podkreślał, że w przedmiotowym postępowaniu składane ceny mają charakter ryczałtowy. Do ofert nie należało - nawet pomocniczo - załączać kosztorysów. W tej sytuacji odwołujący miał prawo uznać, że

wezwanie nie nakłada na niego obowiązku przedłożenia kalkulacji sporządzonej jakąś konkretną metodą znaną kosztorysowaniu. Z niczego nie wynikało bowiem, że kosztorys ma być sporządzony na bazie przedmiarów albo metodą tabeli elementów scalonych albo metodą wykazania nakładów: „Robocizna, Materiały, Zysk” (tzw. „RMS”) lub jeszcze inną. Zamawiający w swoim wezwaniu nie wskazał bowiem, że podana kalkulacja ma spełniać jakieś konkretne założenia czy ma być sporządzona według jakichś wytycznych czy metod. W tej sytuacji w ocenie odwołującego, podawanie szczegółowej kalkulacji niczemu nie mogło służyć i nie było merytorycznie uzasadnione. ERBUD nie zgadzał się z twierdzeniem, że tabela z kalkulacją ceny odwołującego nie odzwierciedla wielu składników ceny, o których mowa w rozdziale X specyfikacji, zawierającym opis budowania ceny ryczałtowej brutto powinna zawierać „koszty bezpośrednie” oraz „koszty pośrednie”. Odwołujący wskazywał, że jego kalkulacja zawiera podział wszystkich kosztów na „koszty bezpośrednie” i „koszty pośrednie” i wszędzie wykazuje „zysk”. Przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia taki sposób podania kalkulacji jest uprawniony i uzasadniony właśnie treścią rozdziału X specyfikacji.

2. Zestawienie faktur (wraz z ich kopiami) na inne prowadzone przez odwołującego budowy, co ma uzasadniać udzielone rabaty, nie zawiera wyjaśnienia powiązań zachodzących między nabywcą a wykonawcą.

Zdaniem odwołującego zestawienie faktur zawiera wyjaśnienia powiązań zachodzących między nabywcą a podwykonawcami. Do wyjaśnień załączono kopie umów, a na fakturach wskazuje się miejsce dostawy zamawianych materiałów (np.: „Hala widowiskowa”) właśnie na budowy objęte tymi umowami. ERBUD podnosił, że załącznikiem do wyjaśnień odwołującego było zestawienie cen z SEKOCENBUD i porównanie ich z cenami osiąganymi przez odwołującego od lokalnych podwykonawców, co udowodnić miały faktury VAT. W opinii odwołującego ceny te są bardzo korzystne. Odwołujący wskazywał, że zestawienie i faktury stanowią uzupełnienie i udokumentowanie wyjaśnień zawartych w części opisowej, przy czym zamawiający nie może ograniczyć się w tym miejscu, do ich prostego zakwestionowania.

3. Wyjaśnienie nie zawiera analiz jaki wpływ na wynagrodzenie wykonawcy mają materiały wymienione w zestawieniu faktur.

Zdaniem ERBUD wyjaśnienie zawiera analizę jaki wpływ na wynagrodzenie wykonawcy mają materiały wymienione w zestawieniu faktur. Są to bowiem materiały, które będą także używane na przedmiotowej budowie - związek jest więc oczywisty. Ponadto, w

wyjaśnieniach odwołujący wskazuje: „Odnosnie przyjętej wartości oferty ERBUD załączam stosowne zestawienie (załącznik nr 1) zawierające w rzeczywistości wykaz faktur przedłożonych przez naszych dostawców (branża ogólnobudowlana), a także podwykonawców (branża elektryczna i sanitarna) w trakcie kilku prowadzonych obecnie inwestycji w obrębie Miasta Szczecina i okolic, z których wynika, że przyjmowane przez nas stawki odbiegają od cen wskazanych, na przykład, w zeszytach Skocenbud za IV kwartał 2010 r. oraz I kwartał 2011 średnio o kilkanaście lub kilkadziesiąt procent (w niektórych przypadkach nawet o ponad 50%)”. Odwołujący podnosił, że jeżeli powyższe nie jest wystarczającą analizą albo stanowi przykład wadliwego wnioskowania, to zamawiający powinien to w swoim uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty wykazać, czego jednak nie uczynił.

4. Twierdzenie, że: „Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości, co do prawidłowego jej wyliczenia. Jednocześnie wyjaśnienia nie powinny opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 mówi o „dowodach” na ich potwierdzenie.” Podsumowanie uzasadnienia stwierdzeniem, że: „...gdy wykonawca udzielił wyjaśnienia, których nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 p.z.p. prowadzi to do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone”.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający dokonał analizy 130 stron wyjaśnień i załączonych środków dowodowych odwołującego i doszedł do wniosku, że wyjaśnienia te są niewystarczająco szczegółowe i nie zawierają wszystkich aspektów mających wpływ na cenę. W opinii ERBUD według powyższego sposobu myślenia zawsze można postawić wykonawcy taki zarzut, najpierw zadając mu ogólne pytanie o przedstawienie elementów ceny i kalkulacji, a następnie powiedzieć, że przedstawione wyjaśnienia są niesatysfakcjonujące.

W dniu 20 kwietnia 2011 r. zamawiający, w formie faksu oraz w formie elektronicznej, przesłał kopię odwołania ERBUD wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 22 kwietnia 2011 r. w formie pisemnej (pismo opatrzone prezentatą Izby) zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca WROBIS.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę, wyjaśnienie odwołującego wraz z załącznikami oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

W dniu 3 stycznia 2011 r. zamawiający dokonał oszacowania przedmiotu zamówienia na kwotę 15.099.723,35 zł netto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jako zamierza przeznaczyć na sfinansowanie realizacji zamówienia – 18.572.659,72 zł.

W specyfikacji w rozdziale XII siwz „Wybór najkorzystniejszej oferty” w pkt. 1 zamawiający określił, że jedynym kryterium oceny ofert będzie cena (100%).

W rozdziale X „Sposób obliczenia ceny” w pkt. 4 zamawiający szczegółowo wskazał, że cena ryczałtowa brutto wskazana w ofercie powinna zawierać w szczególności: koszty bezpośrednio i pośrednio. W poszczególnych podpunktach zamawiający szczegółowo wyspecyfikował poszczególne rodzaje tych kosztów.

Zamawiający, co zostało przyzna na rozprawie, nie wymagał postanowieniami siwz przedłożenia kosztorysów ofertowych na etapie składania ofert.

Zgodnie z treścią protokołu postępowania w dniu składania ofert do zamawiającego wpłynęły 4 oferty, w który wykonawcy zaoferowali wykonanie zamówienia za następujące kwoty:

1. ERBUD - 10.525.721,82 zł. netto – 12.946.637,84 zł brutto,
2. WROBIS – 11.282.012,08 zł netto – 13.876.874,86 zł brutto,
3. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane „CALBUD” Sp. z o.o. i „KONSART” Sp. z o.o. – 12.855.779,67 zł netto – 15.812.609,00 zł brutto,
4. ELWA Przedsiębiorstwo Budowlane s.c. – 12.959.349,59 zł netto – 15.940.000,00 zł brutto.

Pismem z dnia 28 marca 2011 r. zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał ERBUD do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W piśmie wskazał, że cena oferty znacznie odbiega od szacunkowej wartości

zamówienia ustalonej przez zamawiającego. W związku z powyższym zamawiający prosi o podanie wszystkich składników zaoferowanej ceny oraz sposobu jej kalkulacji.

We wskazanym przez zamawiającego terminie ERBUD pismem z dnia 31 marca 2011 r. przekazał zamawiającemu wyjaśnienia wraz dowodami potwierdzającymi, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj.:

1. „Zestawienie składników zaoferowanej ceny” – zał. nr 1,
2. Tabelę zawierającą zestawienie faktur dostawców oraz podwykonawców ERBUD SA, potwierdzająca wysokość przyznanych upustów i różnicę w stosunku do stawek Sekocenbud za IV kwartał 2010 roku oraz I kwartał 2011 wraz z kopiami odpowiednich faktur VAT – zał. nr 2.
1. Kopie umów potwierdzających fakt zawarcia konkretnych umów o realizację poszczególnych robót budowlanych – zał. nr: od 3 do 9,
2. Zestawienie ofert składanych w przetargach publicznych - 2010 oraz 2011 r. – zał. nr 10.
3. Referencje oraz wykaz doświadczenia odwołującego z ostatnich 5 lat – zał. nr 11.

W niniejszych wyjaśnieniach ERBUD wskazywał, że roboty budowlane objęte przedmiotem niniejszego postępowania zostaną wykonane w całości, z uwzględnieniem wszystkich wymagań wskazanych w siwz. Odwołujący poinformował, że kalkulacja ceny podanej w ofercie była poprzedzona uprzednim sporządzeniem zestawienia planowanego zakresu robót i przewidywanych cen, jednak nie zawierających dokładnego wyliczenia (z rozbiem na szczegółowe opisy wszystkich pozycji) każdej branży, gdyż szczegółowe kosztorysy w tym zakresie przygotowywali potencjalni podwykonawcy ERBUD, którzy składali odwołującemu oferty cenowe całościowo w obrębie poszczególnych branż. W załączeniu ERBUD przekazał zestawienie tabelaryczne pokazujące poszczególne składniki zaoferowanej przez nas ceny oraz sposobu jej kalkulacji (załącznik nr 1). Odnośnie przyjętej wartości oferty ERBUD załączył stosowne zestawienie w formie załącznika nr 2, zawierające w rzeczywistości wykaz faktur przedłożonych przez dostawców odwołującego (branża ogólnobudowlana), a także podwykonawców (branża elektryczna i sanitarna) w trakcie kilku prowadzonych obecnie inwestycji w obrębie Miasta Szczecina i okolic, z których wynika, że przyjmowane w ofercie stawki odbiegają od cen wskazanych, na przykład, w zeszytach Skocenbud za IV kwartał 2010 r. oraz I kwartał 2011 średnio o kilkanaście lub kilkadziesiąt procent (w niektórych przypadkach nawet o ponad 50%). Odwołujący wyjaśniał, że powyższe wynika z faktu, że realizuje obecnie na terenie województwa zachodniopomorskiego 7 budów, (załączniki nr: 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9) - na kwotę łączną ponad

185 mln zł netto. Powyższe pozwala na optymalizację kosztów związanych z dostawą czy wytworzeniem niezbędnych elementów poprzez uzyskiwane rabaty od dostawców i producentów na potrzeby obecnych budów jak i przedmiotowego postępowania, czego inni oferenci, nie posiadający tak znaczącego udziału w lokalnym rynku budowlanym nie są w stanie uzyskać.

Ponadto podnosił, że ERBUD jest dużą firmą budowlaną notowaną na Giełdzie Papierów Wartościowych S.A. w Warszawie. ERBUD może wykazać się ponad 20-letnim doświadczeniem w zakresie różnorodnych specjalistycznych robót, a także inwestycji podobnych do przedmiotu zamówienia. Referencje, potwierdzające wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i należyte ukończenie ww. inwestycji wraz z wykazem doświadczenia zawodowego z ostatnich 5 lat (załącznik nr 11).

Odwołujący podkreślał, że skala prowadzonych inwestycji na terenie całego kraju, jak i w województwie zachodniopomorskim pozwala ERBUD jako dużemu odbiorcy materiałów budowlanych typu beton, stal i pozostałe, uzyskiwać w zamówieniach łączonych najlepsze ceny od poddostawców i podwykonawców i hurtowników krajowych i zagranicznych. Dodatkowo podnosił, że dysponuje dużymi zapasami materiałów powstałymi jako oszczędności z innych realizacji (np. stal zbrojeniowa i kształtowa, materiały ceramiczne, płyty gipsowo-kartonowe, itp.), które zamierza wykorzystać przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od powyższego ERBUD posiada także własny specjalistyczny sprzęt Firma dysponuje sprzętem, poczynając od ciężkiego do elektronarzędzi którego nadmiar jest wynajmowany także innym firmom, w tym także świadczącym nam usługi co pozwala na znaczne ograniczenie ich kosztów ERBUD posiada także wykwalifikowaną kadrę. Firma zaliczana o grona firm dużych - zatrudnia ponad 1350 osób, w tym 90 osób z wyższym wykształceniem technicznym, o różnorodnych specjalizacjach w branży budowlanej. W skład całej grupy kapitałowej wchodzi także spółki zależne, co zwiększa znacznie ocenę potencjału ERBUD, przez poddostawców i podwykonawców i hurtowników krajowych i zagranicznych. Ze względu na posiadanie ww. firm grupie kapitałowej odwołujący może uzyskiwać jedne z najniższych cen na rynku w segmentach reprezentowanych przez te firmy, które świadczą z powodzeniem swoje usługi również innym przedsiębiorstwom. Zwiększa to także wszechstronność firmy, co powoduje, że w niektórych zakresach prac ERBUD nie musi korzystać z podwykonawców spoza grupy kapitałowej.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę przystępującego oraz odrzuceniu oferty odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi na to, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy WROBIS.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy, podniesione w odwołaniu potwierdziły się.

Izba wskazuje, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje 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. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena” oraz brak jest również jednoznacznego wskazania w dotychczasowym orzecznictwie kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zatem każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Jednak korzystając z ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest 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.

Wskazać należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez zamawiającego

wezwaniami wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną, która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie zamawiającego ryzyko niezyskania danego dobra. 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 (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku). Jednakże nie należy zapominać, iż zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie 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 wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”*. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia sygn. akt.: KIO 1515/10).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba w pierwszej kolejności odniosła się do wyjaśnień zawartych w piśmie odwołującego z dnia 31 marca 2011 r. i nie zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, który nie uznał ww. wyjaśnień za prawidłowe i odrzucił ofertę ERBUD w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Izba uznała informacje zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez ERBUD za wiarygodne i wystarczające, aby stwierdzić, że cena zaproponowana przez odwołującego nie jest ceną rażąco niską. Izba wskazuje, że w wyjaśnieniach odwołującego w sposób wystarczający wykazał obiektywne czynniki, które miały wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w ofercie, tj. możliwość pozyskania materiałów w korzystnych cenach z uwagi na realizację szerokiego wachlarza inwestycji budowlanych, dysponowanie dużymi zapasami materiałów powstałymi jako oszczędności z innych zrealizowanych inwestycji, doświadczenie pozwalające na skalkulowanie optymalnej ceny oferty, posiadanie

własnej bazy technicznej, własnej doświadczonej kadry, odpowiedniego zabezpieczenia finansowego i ekonomicznego, niskich kosztów ogólnych. Niniejsze wyjaśnienia zostały poparte przez odwołującego licznymi dowodami m. in. w postaci: zestawienia faktur dostawców oraz podwykonawców ERBUD wraz z kopiami odpowiednich faktur VAT, kopiami stosownych umów potwierdzających fakt realizacji poszczególnych robót budowlanych, referencji oraz wykazem doświadczenia odwołującego z ostatnich 5 lat. Ponadto Izba wskazuje, że niniejsze wyjaśnienia zostały przez odwołującego uszczegółowione poprzez przedłożenie w formie tabelarycznej zestawienia składników ceny ofertowej. Zawarte w zestawieniu następujące kolumny, tj. „Lp.”, „Opis prac do wykonania”, „Wartość netto”, „Stawka VAT”, „Wartość brutto”, „Koszty pośrednie (Kp)”, „Zysk”, „Stawka roboczogodziny”, „Wartość robocizny”, „Wartość materiałów”, „Wartość sprzętu”, w ocenie Izby wypełniają żądanie zawarte w wezwaniu z dnia 28 marca 2010 r. Izba wskazuje, że z treści wyjaśnień ERBUD, które należy czytać łącznie z załącznikami, które stanowią ich integralną część. Podkreślić należy, że odwołujący nie jest obowiązany do sporządzania szczegółowych kalkulacji w postaci kosztorysu ofertowego a jedynie - zgodnie z żądaniem zamawiającego zawarty w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień – do podania składników zaoferowanej ceny oraz sposobu jej kalkulacji, co też uczynił poprzez załączenie do wyjaśnień ww. zestawienia.

Izba uznała za chybioną argumentację i stanowisko zamawiającego, który podnosił, że podział prac przewidzianych do wykonania zawarty w powyższym zestawieniu składników ceny ofertowej nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji projektowej, a odwołujący posługiwał się określeniami, które nie odpowiadały określeniom zawartym w dokumentacji przetargowej. Izba ustaliła, że odwołujący w niniejszym zestawieniu dokonał podziału ze względu na rodzaj i charakter prac budowlanych przewidzianych do wykonania, m. in. „Roboty rozbiórkowe + remontowe”, „Elewacja”, „Zagospodarowanie terenu”. Fakt, iż dokonany przez wykonawcę podział nie pokrywa się z podziałem prac w dokumentacji projektowej czy też innym podziałem w dokumentacji przetargowej nie przesądza o wadliwości jego sporządzenia, a w konsekwencji także o tym, że cena z niego wynikająca jest ceną rażąco niską. Izba po raz kolejny podkreśla, że wykonawca miał przedstawić składniki zaoferowanej ceny oraz sposób kalkulacji, tym samym nie można uznać, że wykonawca był zobligowany do sporządzenia i przedstawienia kalkulacji w formie odzwierciedlającej podział wskazany w dokumentacji przetargowej.

Kluczowym w przedmiotowej sytuacji jest, że odrzucenie oferty odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp było dopuszczalne tylko w sytuacji gdyby ERBUD nie złożył stosownych wyjaśnień albo gdyby cena wskazana w ofercie odwołującego była ceną rażąco niską, co nie zostało przez zamawiającego wykazane. W ocenie Izby bez wątpliwości należy uznać, że wyczerpujące wyjaśnienia niewątpliwie zostały złożone.

W zakresie poszczególnych twierdzeń zamawiającego Izba wskazuje:

- po pierwsze – Izba odniosła się do stwierdzenia zamawiającego w zakresie treści załącznika nr 2 do wyjaśnień. W ocenie zamawiającego został on sporządzony nierzetelnie z uwagi na fakt, że w zestawieniu materiałów zaproponowanych przez odwołującego występują materiały, których zastosowania zamawiający nie przewidywał np. pozycja 2, 3, 7 i 8. Natomiast w zakresie pozycji 1 zestawienia (stal zbrojeniowa), odwołujący wskazał, iż dokonuje zakupów ww. materiału za kwotę 1,95 zł podczas gdy cena wg Secocenbudu to 3,66 zł. Zamawiający powołując się na pozycje kosztorysu inwestorskiego podnosił, że cena za ten rodzaj materiału wynosi 2,02 zł (pozycja 149 na str. 112). W opinii Izby fakt, że kosztorys zawiera cenę ww. materiału na poziomie 2,02 zł, nie może świadczyć o tym, że cena materiału zaproponowana przez odwołującego nie jest ceną korzystną. Ponadto, Izba odnosząc się do tożsamości materiałów wskazanych w załącznikach do wyjaśnień i dokumentacji przetargowej wskazuje, że iż większość materiałów podanych przez odwołującego pokrywa się z materiałami przewidzianymi do realizacji zamówienia., np. poz. nr 5 – „papa termos zgrzewana” oraz pozycja nr 7 „styropian” w załączniku nr 2 w zestawieniu z pozycjami kosztorysu inwestorskiego takimi jak: poz. 111 (str. 111) oraz poz. 131 (str. 112). W tym zakresie Izba dała wiarę wyjaśnieniom odwołującego, który wyjaśnił na rozprawie, że faktury obejmują realizację na innych budowach i nie zostały przygotowane pod konkretne zamówienia, a wskazują jedynie na poziom cen oraz potwierdzają fakt, że rabaty na daną grupę materiałów są udzielane liniowo, wobec tego z niniejszego można wywieść, że na interesujący zamawiającego materiał, uzyska on cenę na poziomie cen wskazanym w tabeli. Tym samym w ocenie Izby pozycje zbędne zamawiający winien pominąć i nie brać ich pod uwagę przy ocenie wyjaśnień złożonych przez ERBUD.

Izba podkreśla, iż badaniu w zakresie kwestii rażąco niskiej ceny podlega cena oferty a nie poszczególne składniki tejże ceny, jest to pogląd ugruntowany w orzecznictwie od lat. Odnoszenie się do poszczególnych cen jednostkowych czy wyodrębnionych elementów nie wskazuje na cenę oferty. Konieczność odnoszenia się do ceny oferty wynika z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy jaki nakłada sankcję wykluczenia wykonawców, których oferty będą złożone z rażąco niską ceną. Należy zwrócić uwagę na fakt, że w oświadczeniu złożonym na wezwanie zamawiającego odwołujący poinformował, że w oferowanej cenie ujął wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

- po drugie - odnosząc się do zarzutu zamawiającego, który podnosił, że w złożonej ofercie odwołujący wskazał szeroki zakres podwykonawstwa, natomiast w wyjaśnieniach nie przedstawił ofert podwykonawców, Izba wskazuje, że zgodzić się należy z odwołującym, który podnosił, że nie miał takiego obowiązku. Ponadto, wyjaśnił, że oferty podwykonawców

stanowią tajemnicę handlową. Poza tym złożone przez odwołującego wyjaśnienia są w zupełności wystarczające do stwierdzenia, że cena zawarta w jego ofercie nie posiada charakteru ceny rażąco niskiej.

- po trzecie – oceniając pismo ERBUD z dnia 3 grudnia 2010 r. mające wskazywać, że wyjaśnienia przedłożone w niniejszym postępowaniu są analogiczne, jak wyjaśnienia odwołującego z wcześniejszego postępowania przetargowego, przedłożone przez zamawiającego na okoliczność braku wiarygodności wyjaśnień odwołującego złożonych w przedmiotowym postępowaniu, Izba po analizie obu pism stwierdziła, że zawierają one pewne elementy wspólne oraz że odwołujący powołuje się na podobne okoliczność. Jednakże wskazać należy, że podobieństwo okoliczności obu pism nie przesądza o ich niewiarygodności oraz o tym, że podane w nich informacje są nieprawdziwe.

W ocenie Izby czynność zamawiającego polegająca na uznaniu, że oferta odwołującego zawiera cenę rażąco nisko w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji odrzucenie w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp oferty, była niezasadna. W sytuacji odrzucenia oferty wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 Pzp to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania okoliczności, które uzasadniają odrzucenie oferty, w przedmiotowym przypadku wykazania, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający ograniczył się jedynie do zakwestionowania wyjaśnień złożonych przez odwołującego nie wypełniając obligatoryjnego obowiązku nałożonego przepisami Pzp polegającego na wskazaniu przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty ERBUD.

Zgodnie z poglądem doktryny jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. W przedmiotowym postępowaniu z porównania wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej, ze względu na definicję ceny zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach w związku z art. 2 pkt. 1 ustawy o właściwą stawkę podatku VAT, z ceną brutto oferty odwołującego, wynika, że cena oferty ERBUD stanowi około 70 % tej wartości, a zatem w opinii Izby nie jest od niej rażąco niższa.

Jednakże to ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale

również kondycja poszczególnych przedsiębiorców, wobec tego są one doskonałym punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 4 oferty. Oferta z najniższą ceną to oferta ERBUD o wartości 12.946.637,84 zł brutto i jest o 2.993.362,16 zł niższa od oferty z najwyższą ceną - 15.940.000,00 zł brutto (ok. 19 %). Druga w kolejności oferta pod względem ceny została złożona przez przystępującego i wynosiła 13.876.874,86 zł brutto. Różnica pomiędzy ofertą odwołującego a przystępującego wynosi 930.237,02 zł tj. ok. 7,2 %. W związku z tym Izba uznała, że cena oferty ERBUD nie odbiega w znacznym stopniu od cen rynkowych i cen zaproponowanych przez innych wykonawców, a zatem nie stanowi zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Odnosząc się do złożonego przez odwołującego na rozprawie dowodu w postaci opinii rzeczoznawcy budowlanego Pana Andrzeja Mielecha na okoliczność, że oferta WROBIS nie została sporządzona w sposób prawidłowy, tym samym różnica pomiędzy ofertą odwołującego a przystępującego jest znacznie mniejsza, Izba wskazując, że odwołującemu zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 Pzp, w przypadku zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, nie przysługuje możliwość zgłaszania zarzutów w odniesieniu do ofert innych wykonawców, w tym do oferty przystępującego. W związku z tym, Izba rozpoznając zasadność zarzutów zgłoszonych w odwołaniu nie brała pod uwagę informacji zawartych w niniejszym dokumencie. W oparciu o przywołany powyżej przepis Pzp Izba nie rozpoznawała również zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 2 Pzp, poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty ERBUD.

Reasumując, Izba uznała, że ocena oferty wykonawcy ERBUD dokonana przez zamawiającego jest nieprawidłowa. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że cena ofertowa nie jest ceną rażąco niska. Takie zachowanie zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty ERBUD.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt. 1 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). Izba uwzględniła koszty związane odwołującego związane wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożona fakturę VAT.

Przewodniczący:

.....