

**WYROK**  
**z dnia 28 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2014 r. przez wykonawcę

**BWG Ebit Sp. z o.o. Plac Rodła 8, 70-427 Szczecin**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie ul. Małopolska 47, 70-515 Szczecin**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BWG Ebit Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie na rzecz BWG Ebit Sp. z o.o. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 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 Szczecinie.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „KPP Gryfino – budowa nowej siedziby przy ul. Łużyckiej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – BWG Ebit Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. (zwanego dalej także MARBUD Sp. z o.o.) z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, mimo że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia przewidzianego w rozdziale V ust. 1 pkt 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w punkcie III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu, gdyż wykonawca nie wykazał, że wykonał budowę budynku oraz nie przedłożył wykazu wykonanych co najmniej dwóch podobnych robót budowlanych,
2. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania MARBUD Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu, tj. przedłożenia nowego wykazu robót budowlanych w miejsce wadliwego wykazu, który nie zawiera zestawienia co najmniej dwóch podobnych robót budowlanych,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 poprzez zaniechanie odrzucenia, a w konsekwencji wybór oferty MARBUD Sp. z o.o., mimo iż przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. art. 90 poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień MARBUD Sp. z o.o. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które są lakoniczne i niepoparte żadnymi dowodami, a zatem nierzetelne przeprowadzenie procedury ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny poprzez przedłożenie bardziej szczegółowych wyjaśnień wraz z odpowiednimi dowodami, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

5. art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MARBUD Sp. z o.o., mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

6. art. 7 ust. 3 poprzez dokonanie wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy, w tym art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o.,

2. powtórzenia badania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu,

3. wykluczenia wykonawcy MARBUD Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu,

ewentualnie, w przypadku uznania, że w sprawie nie zachodzą przesłanki wykluczenia, odrzucenia oferty MARBUD Sp. z o.o., ewentualnie, w przypadku uznania, że w sprawie nie zachodzą przesłanki wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty, wezwania wykonawcy do przedłożenia nowego wykazu robót budowlanych zawierającego zestawienie co najmniej dwóch podobnych robót budowlanych dotyczących budowy, a nie rozbudowy budynku oraz przedłożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z odpowiednimi dowodami,

4. powtórzenia czynności wyboru ofert,

5. wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w szczególności kosztu uiszczanego wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia przewidzianego w rozdziale V ust. 1 pkt 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym wykonawca powinien wykazać, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jedno najważniejsze roboty budowlane. Za najważniejsze roboty budowlane zamawiający uzna budowę budynku wraz z wykonaniem robót branży: budowlanej, sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej o wartości nie mniejszej niż 8.000.000 zł brutto.

Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. nie spełniło ww. wymogu, gdyż przedłożone przez spółkę referencje dotyczą nie budowy budynku, a jedynie rozbudowy hali sportowej – istniejącej sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej nr 1 w Międzyzdrojach.

Roboty polegające na rozbudowie różnią się od budowy budynku, gdyż nie obejmują pełnego zakresu robót budowlanych koniecznych przy budowie (m.in. wykonanie fundamentów, przyłączy instalacji). Zgodnie z wyraźnym brzmieniem specyfikacji wymóg dotyczył wyłącznie budowy budynku.

Ponadto w punkcie III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu wśród informacji i formalności koniecznych do dokonania oceny spełniania wymogów wymieniony został „wykaz wykonanych co najmniej dwóch podobnych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i miejsca wykonania, według wzoru stanowiącego załącznik do siwz oraz dokumenty potwierdzające, że prace te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Tymczasem MARBUD Sp. z o.o. przedłożył wykaz oraz dokumenty dotyczące wyłącznie jednych robót. Inni wykonawcy przedłożyli ww. wykaz oraz dokumenty zgodnie z treścią ogłoszenia, tj. dotyczące co najmniej dwóch robót.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nawet w przypadku uznania, że ww. brak w dokumentach przedłożonych przez wykonawcę nie uzasadnia wykluczenia go z udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót budowlanych w ten sposób, żeby wykaz zawierał dwie podobne roboty budowlane.

Zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia, a w konsekwencji wybór oferty MARBUD Sp. z o.o., mimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Punktem odniesienia do uznania ceny za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia może być wartość zamówienia oraz ceny zawarte w innych ofertach złożonych w tym samym postępowaniu.

Wartość zamówienia wynosi 24.331.001,10 zł, a oferta MARBUD Sp. z o.o. opiewa na kwotę 12.714.000 zł. Również porównanie oferty z ofertami innych wykonawców prowadzi do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę, gdyż oferty innych wykonawców opiewają na kwoty od 14.630.429.10 zł do 21.299.118,26 zł.

Zamawiający słusznie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokości ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego o złożenie wyjaśnień powoduje powstanie domniemania rażąco niskiej ceny i obalenie takiego domniemania należy do wezwanego wykonawcy, składającego wyjaśnienia poparte dowodami. 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. Wyjaśnienia powinny wyczerpująco wskazywać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego obliczenia ceny oferty.

Wykonawca przedstawił ogólne oraz lakoniczne wyjaśnienia i nie uzasadnił, jakie czynniki spowodowały tak znaczne obniżenie ceny oraz w jakim stopniu każdy czynnik wymieniony ogólnie w piśmie wpłynął na jej obniżenie. Wykonawca nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów na okoliczność prawdziwości zawartych w nich twierdzeń.

Wykonawca nie przedstawił dowodów na okoliczność bycia producentem styropianu, stolarki otworowej, ślusarki aluminiowej oraz konstrukcji i elementów stalowych. Nie wskazał również, jakie są koszty produkcji ww. wyrobów budowlanych oraz ile wynosi oszczędność związana z własną produkcją w porównaniu do cen rynkowych tych wyrobów. Ponadto wykonawca nie przedstawił dowodu na okoliczność posiadania własnego sprzętu budowlanego, własnej kadry zawodowej, a także korzystania z rabatów oraz ich wysokości.

Zamawiający nie przeprowadził prawidłowo oceny wyjaśnień wykonawcy.

Co prawda zamawiający uchylił wymóg przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu, jednak w przypadku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i powstania domniemania rażąco niskiej ceny, zamawiający powinien zażądać od wykonawcy przedłożenia takiego kosztorysu, z którego wynikałoby, jakie koszty poszczególnych robót przewiduje wykonawca, a w konsekwencji, czy cena ta nie jest rażąco niska i czy w ogóle możliwe jest wykonanie zamówienia za taką cenę.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca przewiduje zatem, że wykonawca ma obowiązek przedłożyć wraz z wyjaśnieniami odpowiednie dowody. Zamawiający nie wezwał jednak wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień oraz przedłożenia odpowiednich dowodów, mimo że miał taki obowiązek.

Odnosząc się do treści wyjaśnień wykonawcy należy zauważyć, że Komenda Policji w Choszcznie nie jest obiektem o zbliżonych gabarytach oraz zastosowanych rozwiązaniach technicznych i technologicznych. Oba budynki różnią się powierzchnią 2.771,48 m<sup>2</sup> – 3.026,07 m<sup>2</sup>, a oferta MARBUD Sp. z o.o. opiewała na kwotę 11.680.000 zł brutto, tj.

4.214.36 zł za m<sup>2</sup> powierzchni. W niniejszym postępowaniu oferta opiewa na kwotę 12.714.000,00 zł brutto, tj. 4.201.49 zł za m<sup>2</sup>. Oznacza to, że oferta złożona w niniejszym postępowaniu zawiera niższą cenę, niż oferta złożona dla komendy w Choszcznie. Przedmiot ww. zamówień różni się przy tym w zasadniczy sposób:

1. Powierzchnia terenu podlegającego zagospodarowaniu w Choszcznie wynosi 9.932,96 m<sup>2</sup>, a w Gryfinie 15.494,90 m<sup>2</sup>. Nawet przyjmując, że ww. teren jest przeznaczony wyłącznie pod zieleń, wykonawca nie ujął w cenie robót związanych z zagospodarowaniem tego terenu o wartości 150.172,38 zł brutto.

2. Długość instalacji kanalizacji deszczowej w Choszcznie wynosi 555,38 mb, w Gryfinie 1.677,62 mb. Koszt wykonania przyłącza kanalizacji deszczowej wynosi 658 853,35 zł brutto. Koszt wykonania jednego mb przyłącza wynosi 392,73 zł. Skoro wykonawca zaoferował w ramach niniejszego postępowania niższą cenę niż w ramach zamówienia dotyczącego komendy w Choszcznie, oznacza to, że wykonawca nie ujął w cenie robót o wartości 440.737.32 zł brutto.

3. Istotne różnice dotyczą również sieci strukturalnej. Sieć strukturalna budynku w Gryfinie jest dużo bardziej rozbudowana oraz została zaprojektowana w dużo nowszej technologii niż sieć w budynku w Choszcznie. Sieć jest o 15,5 km dłuższa i bardziej skomplikowana niż sieć w Choszcznie oraz znacznie nowocześniejsza i uwzględnia najwyższe stosowane obecnie parametry sieci strukturalnych. Oznacza to, że wykonawca nie ujął w cenie kosztu produktów o wartości 369.550,90 zł brutto.

4. W zamówieniu przewidziany jest montaż 60 kamer analogowych BOSCH, zaś w zamówieniu w Choszcznie 50 kamer analogowych. Rynkowa cena kamery wynosi ok. 5.400 zł, zatem dodatkowy koszt zakupu kamer to ok. 54.000 zł.

6. Zamówienie w Choszcznie obejmuje wykonanie elewacji w technologii lekko mokrej na styropianie. W Gryfinie zamówienie obejmuje wykonanie elewacji w tej samej technologii, lecz dodatkowo konieczne jest wykonanie elementów ozdobnych w postaci płyt przyklejonych na wełnie mineralnej w ilości 712,23 m<sup>2</sup>. Łączny koszt materiałów (bez robocizny) koniecznych do wykonania ww. robót wynosi 509,25 zł/m<sup>2</sup> brutto. Zatem wykonawca nie ujął w cenie robót o wartości 362.703,12 zł brutto.

Wskazane wyżej różnice sprawiają, że wykonanie robót w ramach zamówienia w Gryfinie wiąże się z dodatkowym kosztem około 1.323.163,72 zł brutto w stosunku do robót objętych zamówieniem w Choszcznie. Mimo to oferta opiewała na kwotę niższą za metr powierzchni. Ponadto oferta ta jest niższa od drugiej w kolejności oferty odwołującego o 1.916.429,10 zł brutto, co uzasadnia zarzut rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez MARBUD Sp. z o.o.

Wykonawca wskazał, że jest producentem styropianu, w związku z czym może użyć tego materiału po kosztach produkcji. Jednak styropian znajduje zastosowanie w stopniu minimalnym. Udział oszczędności kosztów styropianu w stosunku do wartości całej oferty

wynosi 0,19%. Przyjmując nawet bardzo duży zysk producenta w wysokości 15%, oszczędność kosztów wynikającą z własnej produkcji styropianu należy szacować na kwotę ok. 24.552,47 zł brutto.

Wykonawca wskazał też, że jest producentem stolarki otworowej PCW oraz ślusarki aluminiowej, w związku z czym może użyć tego materiału po kosztach produkcji. Łączny koszt ww. robót wynosi 887.179,90 zł brutto, zatem przyjmując nawet bardzo duży zysk producenta w wysokości 15%, oszczędność wynikającą z własnej produkcji stolarki otworowej PCW oraz ślusarki aluminiowej należy szacować na kwotę ok. 133.077 zł brutto. Udział oszczędności kosztów wykonania przedmiotowych robót w stosunku do wartości całej oferty wynosi jedynie 1,05 %, zatem nie wpływa znacząco na cenę zawartą w ofercie, a w konsekwencji nie uzasadnia rażąco niskiej ceny.

Wykonawca wskazał, że własnym potencjałem wykona konstrukcje i elementy stalowe. Jednak nie jest producentem elementów stalowych potrzebnych do wytworzenia konstrukcji, zatem musi je nabyć na warunkach rynkowych jak każdy inny wykonawca. Ponadto oświadczenie to jest nieudowodnione, a w konsekwencji nie uzasadnia ceny.

Wykonawca wskazał, że posiada własny sprzęt budowlany niezbędny do wykonania zamówienia. Nie wykazał jednak, czy taki sprzęt w ogóle posiada, a jeżeli tak, to jakie konkretnie urządzenia i które z nich zamierza użyć w celu realizacji zamówienia. Do budowy objętej niniejszym zamówieniem niezbędne są takie urządzenia jak dźwig stacjonarny do podania materiałów, dźwigi kołowe, betoniarki, agregaty do tynków, agregaty do posadzek, ubijaki spalinowe i wiele innych.

Wykonawca wskazał, że w ofercie uwzględnił ceny materiałów zawierające rabaty udzielone mu przez hurtownię. Jednak każdy z wykonawców składających oferty uwzględnił w cenach materiałów rabaty udzielone im przez hurtownię i producentów materiałów. Jest to powszechna praktyka, zatem wskazana przez wykonawcę okoliczność z pewnością nie uzasadnia rażąco niskiej ceny. Ponadto wskazane przez wykonawcę rozliczenia barterowe nie oznaczają, że wykonawca nie poniesie kosztów związanych z zakupem materiałów czy usług. Barter oznacza jedynie rozliczenie bezgotówkowe, ale realizowane na rynkowych warunkach przewidujących wymianę świadczeń o równoważnej wartości.

Wykonawca wskazał, że poza robotami specjalistycznymi wszystkie prace budowlane wykona przy pomocy własnych pracowników. W związku z tym należy wskazać, że wykonawca nie wykazał, ile osób zatrudnia oraz jakie kwalifikacje posiadają jego pracownicy. Przykładowo do wykonania tynków potrzebni są tynkarze, którzy posiadają kwalifikacje w zakresie obsługi agregatów tynkarskich, zaś do wykonania posadzek niezbędni są posadzkarze posiadający kwalifikacje w zakresie obsługi agregatów posadzgarskich.

Oszczędności związane z faktem samodzielnej produkcji ślusarki aluminiowej, okien PCW oraz styropianu wynoszą maksymalnie 157.629,47 zł brutto.



W związku z powyższym należy stwierdzić, że wykonawca składając lakoniczne wyjaśnienia bez jakichkolwiek dowodów nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Ponadto zgodnie z ww. wyjaśnieniami część oświadczeń wykonawcy okazała się niezgodna z prawdą, co dodatkowo podważa wiarygodność i moc dowodową wyjaśnień.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ponadto cena zawarta w ofercie MARBUD Sp. z o.o. określona jest na poziomie poniżej kosztów wykonania robót objętych zamówieniem. Takie działanie wykonawcy z pewnością utrudnia dostęp do rynku rozumiany jako swoboda prowadzenia działalności gospodarczej. Ponadto wykonawca składając ofertę takiej treści miał na celu eliminację innych przedsiębiorców, która w niniejszym postępowaniu polegała na wyborze przez zamawiającego oferty tego wykonawcy oraz eliminacji ofert pozostałych wykonawców.

Konsekwencją naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów jest zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 3, gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty niezgodnie z ustawą.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. przedstawiło wykaz, z którego wynika, iż wybudowało halę sportową. Zamawiający zwrócił się do Gminy Międzyzdroje o udzielenie dodatkowych informacji o przebiegu inwestycji. Gmina poinformowała, że inwestycja obejmowała budowę budynku hali sportowej wraz z przyłączami i wyraźnie wskazuje na nowo wybudowany budynek. Zgodnie z definicją zawartą w Prawie budowlanym „budowa” to nie tylko budowa nowego obiektu, ale także rozbudowa obiektu istniejącego. Zamawiający formułując warunek miał na myśli szerszą definicję „budowy”.

Rzeczywiście w ogłoszeniu o zamówieniu jest błąd, gdyż zamawiający wskazał na dwie roboty budowlane, które mają być zamieszczone w wykazie. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma takiego wymogu, jest tam zapis odnoszący się do jednych robót budowlanych. Ponieważ w przetargu nieograniczonym specyfikacja jest dokumentem ważniejszym, w którym zamawiający doprecyzowuje wszystkie warunki wykonania zamówienia, istotne są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny – z wyroku SO w Warszawie z 22 października 2013 r. o sygn. XXIII Ga 1388/13 wynika, iż art. 90 Pzp nie wskazuje na obowiązek dowodzenia, a tylko wyjaśnienia.

Zamawiający uznał wyjaśnienia MARBUD Sp. z o.o. za wyczerpujące. Nieprawdą jest, iż każdy wykonawca mógłby posłużyć się takimi samymi wyjaśnieniami. Wykonawca wykonuje roboty budowlane polegające na budowie komendy w Choszcznie, a zamawiający widzi, że wykonawca ten wykonuje je prawidłowo. Nieprawdą jest zawarta w odwołaniu informacja o Myśliborzu – w tamtym postępowaniu cena oferty wybranej była bardzo zbliżona do pozostałych ofert i do kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

W niniejszym postępowaniu wartość zamówienia przekraczająca 24 mln zł obejmuje również wartość zamówień uzupełniających, nie jest więc porównywalna. Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia to 19.951.420,91 zł brutto.

Co do budowy komendy w Choszcznie i porównania jej z niniejszym zamówieniem, które odwołujący przeprowadził w odwołaniu, zamawiający stwierdził, iż odwołujący z kwoty ryczałtowej wybrał poszczególne elementy, którym nadał nadmierne znaczenie. W przedmiarze jest 2521 pozycji, natomiast odwołujący skupił się na 6 pozycjach, przy czym przedstawił nieprawidłowe dane. W Gryfinie przewidziano 486 m kanalizacji deszczowej. Powierzchnie zielone do zagospodarowania to 6319,93 m<sup>2</sup>. Ceny kamer 5400 zł za sztukę są przesadzone – zamawiający w kosztorysie inwestorskim na kamery przewidział 96 tys. zł. W porównaniu z cenami z Choszczna byłoby to 12.400 zł, a nie 324.000, jak wskazał odwołujący.

Co do elewacji – płyta nie kosztuje 245 za m<sup>2</sup>, lecz do 10 zł, na co wskazują nawet ceny z Internetu. Poza tym odwołujący nieprawidłowo uznał, iż chodzi tu o płytę, gdyż chodzi o profile, listy wykończeniowe.

Zamawiający zwrócił się do Stargardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego MARBUD Sp. z o.o. z prośbą o wyjaśnienie ceny z ostrożności, aby nikt mu nie zarzucił, że się nie zapytał i nie musiał powtarzać czynności, gdyż zależy mu na szybkim zakończeniu postępowania.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zamawiający, zgodnie z rozdziałem V ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia wymagał, by wykonawcy wykonali należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jedno najważniejsze roboty budowlane. Za najważniejsze roboty budowlane zamawiający miał uznać budowę budynku wraz z wykonaniem robót branży: budowlanej, sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej o wartości nie mniejszej niż 8.000.000 zł brutto.

W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku wykonawcy mieli dostarczyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, według wzoru stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wraz z załączeniem dowodów określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Nie jest sporne, że jednocześnie w punkcie III.2.3. ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE wymieniony został „wykaz wykonanych co najmniej dwóch podobnych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i miejsca wykonania, według wzoru stanowiącego załącznik do siwz oraz dokumenty potwierdzające, że prace te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Zamawiający wyjaśnił, że zapis taki znalazł się w ogłoszeniu omyłkowo. Dla Izby również jest oczywiste, że warunek zamawiającego odnosił się do jednych robót budowlanych, a informacja zawarta w ogłoszeniu jest wynikiem błędu – jak wynika z doświadczenia życiowego, prawdopodobnie jest pozostałością po treści wcześniejszego ogłoszenia, na którym zamawiający nadpisywał nowy tekst.

Jasne jest, że sytuacja taka nie powinna była się zdarzyć, a treść wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu powinna być identyczna. Jednak skoro już się zdarzyła, to zastosowanie powinna mieć wielokrotnie wskazywana w orzeczeniach zasada, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji błędów czy braku precyzji zamawiającego w formułowaniu żądań i wymogów. Tym bardziej, że w tym przypadku błąd zamawiającego jest ewidentny.

Zatem wykazanie jednych robót budowlanych, jak wskazał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, będzie wystarczające.

Co prawda często tego typu błędy wskazywane są jako podstawa do unieważnienia postępowania, lecz w tym przypadku Izba nie widzi podstaw do rozważania takiej opcji.

Na marginesie zwraca też uwagę odwołującemu, że skoro taką rozbieżność zauważył, powinien był ją zgłosić zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert.

W kwestii sporu, czy wymóg zamawiającego „budowy budynku wraz z wykonaniem robót branży: budowlanej, sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej o wartości nie mniejszej niż 8.000.000 zł brutto” należy odnieść wyłącznie do budowy nowego budynku od podstaw, czy też można wykazać także rozbudowę, Izba uznała, że za spełnienie warunku można uznać również rozbudowę istniejącego obiektu.

Spór wynika z faktu, że ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w art. 3 pkt 6 budowę definiuje dwojako – jako wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. A więc w znaczeniu węższym – jako wykonanie nowego obiektu oraz szerszym – także jako odbudowę, rozbudowę czy nadbudowę już istniejącego obiektu.

Zamawiający – co jest nagminnym błędem zamawiających w podobnych przypadkach – nie wskazał, które znaczenie pojęcia „budowa” przyjął. Wskazał co prawda na „budowę budynku”, co mogłoby sugerować „budowę nowego budynku”, lecz określenie to mogło też mieć na celu podkreślenie, że chodzi wyłącznie o rodzaj obiektu budowlanego zdefiniowany w art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane, czyli budynek.

Skoro zatem zamawiający – wiedząc, jaka jest definicja „budowy” i mogąc wskazać konkretne znaczenie tego słowa – tego nie zrobił, także tu ma zastosowanie zasada, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji błędów czy braku precyzji zamawiającego w formułowaniu żądań i wymogów. Tym samym należy uznać, że wykazanie rozbudowy, a nie budowy kompletnej nowej hali sportowej spełnia wymogi zamawiającego.

Co do uwag odwołującego – co prawda ustawa Prawo zamówień publicznych nie odsyła bezpośrednio do ustawy Prawo budowlane, jednak w praktyce do interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie robót budowlanych powszechnie stosuje się definicje z tej ustawy – już choćby z tego powodu, że pewne pojęcia są w branży budowanej zwyczajowo używane właśnie w tym znaczeniu. Zatem niejako naturalnie stosuje się zasadę interpretacji oświadczeń woli wskazaną w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego: „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.” Tak więc w braku innych ustaleń, ustalonym zwyczajem jest stosować pojęcia zgodnie z definicjami z ustawy Prawo budowlane.

Po trzecie należy też stwierdzić, że sama rozbudowa często może obejmować zakres prac i większy, i bardziej skomplikowany niż budowa nowego obiektu. Z informacji dotyczących

inwestycji w szkole w Międzyzdrojach wynika, że inwestycja ta obejmowała także elementy charakterystyczne dla budowy nowego budynku czy budowę części budynku.

Zatem zarzut dotyczący niewykazania warunków udziału w postępowaniu nie potwierdził się,

Potwierdził się jednak zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień Stargardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego MARBUD Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny, tj. art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z 25 września 2014 r. poprosił tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał m.in., że wyjaśnienia winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowanie odpowiedniego sprzętu, marżę wykonawcy.

W udzielonej odpowiedzi Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. wskazało, że:

1. jest generalnym wykonawcą Komendy Powiatowej Policji w Choszcznie, która jest obiektem o bardzo zbliżonych gabarytach oraz zastosowanych rozwiązaniach technicznych i technologicznych, co pozwala na precyzyjną kalkulację, a zdobyte doświadczenie oraz wiedza o sposobie organizacji procesu budowlanego przy wznoszeniu obiektu zapewnia wyeliminowanie zbędnych kosztów. Pozwala to też uwzględnić w ofercie rabaty na materiały i sprzęt technologiczny wynegocjowane z dostawcami podczas budowy KPP w Choszcznie;
2. jest producentem styropianu, stolarki otworowej PCW oraz ślusarki aluminiowej, więc jest w stanie zaoferować te materiały po kosztach produkcji;
3. własnym potencjałem, bez udziału podwykonawców, wykonuje konstrukcje i elementy stalowe, zatem jest w stanie zaoferować je po kosztach produkcji;
4. posiada własny sprzęt budowlany niezbędny do wykonania zadania, co obniża koszty budowy;
5. w ofercie uwzględnił ceny materiałów zawierające rabaty, jako producent styropianu posiada też możliwość rozliczeń barterowych z hurtowniami;
6. poza robotami specjalistycznymi (instalacje sanitarne i elektryczne, wyposażenie strzelnicy) wszystkie prace budowlane zostaną wykonane siłami własnymi. Wykonawca zatrudnia na umowę o pracę kadrę inżynierską o wysokim poziomie wiedzy i wyspecjalizowanych pracowników, co znacznie obniża koszty.

Jak więc wynika z powyżej zacytowanych wyjaśnień, Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach wskazało kilka okoliczności, które według niego wpłynęły na możliwość złożenia wyjątkowo korzystnej cenowo oferty, jednak nie podało żadnych konkretnych informacji ani o ponoszonych przez siebie kosztach, ani

nawet kwot oszczędności, które uzyskało dzięki wskazanym przez siebie sprzyjającym okolicznościom. W wyjaśnieniach tych nie znalazła się ani jedna kwota, która mogłaby stanowić dla zamawiającego pożądaną informację. Zatem choć teoretycznie zamawiającemu zostały udzielone jakieś wyjaśnienia, to zostały udzielone w taki sposób, jakby nie zostały one złożone w ogóle, ponieważ nic z nich nie wynika i nie zawierają żadnych informacji przydatnych dla oceny ceny oferty, której zamawiający miał dokonać.

W takiej sytuacji orzecznictwo uznaje, że złożenie wyjaśnień (w znaczeniu „pisma”), z których jednak nie wynikają żadne konkretne wyjaśnienia (w znaczeniu treści merytorycznej) uznawane jest za niezłożenie wyjaśnień w ogóle, gdyż – jak wskazano powyżej – formalnie one są, ale brak ich merytorycznie. Ewentualnie takie wyjaśnienia są oceniane negatywnie (w zależności od tego, czy zamawiający zdecyduje o odrzuceniu takiej oferty, czy też nie).

Art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba nie wie, na jakiej podstawie zamawiający dokonał oceny ceny oferty pod kątem prawidłowości zastosowanej ceny. Na podstawie informacji z oferty (jedynie cena ryczałtowa) oraz owych wyjaśnień, w ogóle nie da się przeprowadzić żadnej analizy zaproponowanej ceny – poza co najwyżej powzięciem przekonania, że rzeczywiście może ona być rażąco niska. Z tego powodu Izba nie wskazała w sentencji na sam art. 89 ust. 1 pkt 4, ale przede wszystkim na art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nie prowadziła postępowania dowodowego, gdyż brak było jakiegokolwiek punktu zaczepienia w danych przedstawionych przez Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. Dlatego też zamawiający nie ma żadnych podstaw, by prosić wykonawcę do dodatkowe wyjaśnienia w uzupełnieniu już udzielonych.

Należy jednak zwrócić uwagę, że wbrew stanowisku odwołującego nie istnieje domniemanie prawne ani faktyczne istnienia rażąco niskiej ceny wynikające tylko z tego powodu, że zamawiający poprosił o wyjaśnienia w tym zakresie. Jednak wykonawca może powziąć „domniemanie”, że zamawiający rozważy odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i to odrzucenie nastąpi, jeśli zamawiający nie uzyska satysfakcjonujących go wyjaśnień, a wykonawca musi wykazać poprawność zaproponowanej ceny.

Co do treści samego wezwania i udzielonych wyjaśnień należy zwrócić uwagę, że zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny brutto. Zatem przede wszystkim wykonawca powinien wskazać

na ponoszone przez siebie w związku z realizacją zamówienia i ujęte w ofercie koszty. Jest to główny i niezbędny element wyjaśnień. Wykonawca nie może mieć bowiem samych „oszczędności” – i konsekwentnie, owe oszczędności są odejmowane od owych kosztów.

Zamawiający w wezwaniu wskazał też na konkretne kwestie, do których powinien się odnieść wykonawca lub wskazać, dlaczego w danym stanie faktycznym go nie dotyczą, tj. koszt pracowników, zaangażowanie odpowiedniego sprzętu (jak należy mniemać – co najmniej jego koszt), marżę. Wykonawca nie podał żadnych danych kosztowych czy liczbowych w tym zakresie – zatem nie złożył również wyjaśnień w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Co do samych wyjaśnień, uwagi odwołującego zawarte w odwołaniu i podnoszone podczas rozprawy co do zasady są słuszne. Oczywiście ze względu na brak danych ze strony Stargardzkiego Przedsiębiorstwa Budowlanego MARBUD Sp. z o.o. Izba nie mogła się ustosunkować co do wskazywanych kwot, ale odwołujący ma rację podkreślając, że Stargardzkie Przedsiębiorstwo Budowlane MARBUD Sp. z o.o. nie wskazało obliczeń, które mogłyby pomóc ustalić wartość koniecznych wydatków, a w dalszej kolejności i kwot oszczędności.

Wyjaśnienia budzą także inne wątpliwości – posiadanie „kadry inżynierskiej o wysokim poziomie wiedzy” czy „wyspecjalizowanych pracowników kadry zawodowej” co prawda może pomóc obniżyć koszty budowy, głównie minimalizując koszty zniszczonego materiału czy zapewniając lepszą organizację pracy. Z drugiej strony jednak trudno oczekiwać, by pracownicy o wysokich kwalifikacjach nie oczekiwali odpowiednio wyższego wynagrodzenia, a koszty pracy na umowę o pracę są wyższe o ustawowe obciążenia. Zatem należałoby wykazać, w jaki sposób owe oszczędności są wyższe niż koszty wynagrodzeń. Poza tym trudno zakładać, że inni wykonawcy – którzy również wykazywali doświadczenie – nie posiadali wiedzy o tym, jak gospodarnie prowadzić inwestycję.

Również co do umowy barterowej z hurtowniami – skoro wykonawca częściowo „płaci” hurtowni dostawami produkowanego przez siebie styropianu, wartość styropianu na wymianę na materiały dla niniejszej budowy powinny być ujęte w kosztach realizacji tej umowy. Nie wiadomo natomiast, czy wykonawca taki koszt ujął w cenie.

W miarę uzyskiwania kolejnych wyjaśnień, wątpliwości takie można by mnożyć.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 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).

**Przewodniczący:** .....