

Sygn. akt: KIO 1272/14

WYROK

z dnia 11 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., ul. Kostrucka 11a, 02-673 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY - ŁÓDŹ" S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., ul. Kostrucka 11a, 02-673 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wybudowanie stadionu miejskiego przy al. Piłsudskiego 138 w Łodzi wraz z przebudową układu drogowego. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 marca 2014 r. pod nr 2014/S 056-093054.

W dniu 20 czerwca 2014 r. wykonawca Mostostal Warszawa S.A. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. jako oferty najkorzystniejszej,
- zaniechania w postępowaniu czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp w zakresie:

- zaniechania wykluczenia Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. z postępowania,
- zaniechania odrzucenia złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. oferty,
- zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

a nadto, jedynie z ostrożności procesowej, również w zakresie zaniechania zastosowania wobec oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. procedury uzupełnienia z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz wyjaśniania z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez uznanie, że wyjaśnienia elementów ceny złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. dowodzą rzeczywistej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez tego wykonawcę,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez uznanie, iż treść oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) sporządzonej w postępowaniu, podczas gdy wykonawca ten w ramach złożonej oferty zaoferował wykonanie zamówienia niezgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w szczególności w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) stanowiącym integralną część SIWZ,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez uznanie, iż Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania określonego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia informacje nieprawdziwe,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez dopuszczenie do konkurowania cenowego nie tylko wykonawców posiadających kwalifikacje wymagane do należytej realizacji zamówienia (do których należy odwołujący), którzy złożyli oferty odpowiadające wymaganiom zamawiającego, ale również wykonawców nie posiadających koniecznych kwalifikacji w tym zakresie i składających oferty niezgodne z wymaganiami, jak Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stwierdził, iż Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie wykazała realności zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazał, iż w złożonych wyjaśnieniach zawarto dużą liczbę ogólników i sformułowań, pod którymi mógłby się podpisać każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie, a na pewno odwołujący. Odwołujący zauważył, że również jest firmą prywatną działającą dla zysku, jego strategią jest oferowanie prac wyłącznie za ceny realne i gwarantujące zysk, oraz podobnie jak Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A., odwołujący dokonał optymalizacji rozwiązań projektowych, jednak - w odróżnieniu od ww. wykonawcy - jedynie takich, które były w pełni zgodne z wymaganiami SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że posiada oddział w Łodzi oraz zamierza korzystać z lokalnych podwykonawców zatrudniających lokalnych pracowników. Ponadto, odwołujący kończy inne roboty i poszukuje z determinacją inwestycji, na której mógłby wykorzystać swoich pracowników i swój sprzęt. Odwołujący podkreślił, że tego typu zapewnienia Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. w żaden sposób nie mogą mieć skutku przekonania zamawiającego co do realności zaoferowanej ceny. Pozostałe argumenty przywołane przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ"

S.A. wprost lub pośrednio wskazują, zdaniem odwołującego, na fakt, iż wątpliwości co do rażąco niskiej ceny zostały potwierdzone.

Odwołujący wskazał, że wieloletnie doświadczenie w branży budowlanej, na które powołuje się Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. dotyczy zupełnie innych robót. Odwołujący podkreślił, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. nie posiada doświadczenia w budowie stadionów lub podobnych obiektów, nie dysponuje również żadnymi pracownikami mającymi stosowne kwalifikacje. Zarówno jeśli idzie o doświadczenie firmy, jak i potencjał kadrowy w zakresie projektowania i budowy stadionu Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. korzysta wyłącznie z potencjału obcego, podmiotów trzecich. Dodatkowo, złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia poddają w wątpliwość rzeczywistą intencję zatrudnienia kluczowego podwykonawcy, natomiast posiłkowanie się *ad hoc* zebranymi projektantami, którzy nigdy nie współpracowali ze sobą i nie stanowią zespołu projektowego jak najgorzej wróży jakości prac projektowych do wykonania.

Za nieprawdziwą uznał odwołujący argumentację Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. wskazującą na przewagę wynikającą z możliwości samodzielnego wykonania prefabrykatów. Odwołujący stwierdził, że zarówno wytwarza prefabrykaty, jak i kupuje je u podwykonawców i ma świadomość stosowanych marż, które są kilkuprocentowe. W ocenie odwołującego, wyjaśnienie Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. wskazuje, że przyjęta do kalkulacji cena prefabrykatów nie pokrywa kosztów ich wytworzenia i montażu.

Na kolejne nadużycie przy kalkulacji ceny wskazuje, jak stwierdził odwołujący, fragment wyjaśnień mówiący o zaoferowaniu cen niższych od cen wynegocjowanych z podwykonawcami. Odwołujący zauważył, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. wprost wskazała, że przyjęła do oferty „ceny przekazane przez przyszłych kontrahentów pomniejszone o około 5-10%”, a nawet ujawniła, że zamierza po uzyskaniu zamówienia „przydusić” podwykonawców i praktycznie wymusić na nich dalsze obniżenie cen. Odwołujący zwrócił uwagę na niemoralny, nieuczciwy charakter takich wymuszeń. Zdaniem odwołującego, oświadczenie Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. zawarte w wyjaśnieniach stanowi wystarczający dowód zaoferowania ceny poniżej kosztów, którymi w tym przypadku są „ceny przekazane przez przyszłych kontrahentów”. Fakt, że straty wynikające z tej praktyki Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. zamierza przerzucić na podwykonawców stanowi, jak stwierdził odwołujący, dodatkowy argument za odrzuceniem tego typu argumentacji.

Odwołujący podniósł również, iż z uwagi na powoływanie się przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. na wiedzę i doświadczenie firmy AK-BUD KURANT sp.j. oraz treść zobowiązania, z którego wynika, że firma ta będzie bezpośrednio realizowała prace w charakterze podwykonawcy przez cały okres trwania zamówienia, kalkulacja ceny Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. powinna opierać się na cenach podwykonawcy. Tymczasem z wyjaśnień złożonych przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. wynika, że wykonawca ten samodzielnie sporządził wycenę, nie opierając się na wycenie profesjonalisty. Następnie, „aby potwierdzić prawidłowość przyjętych wyliczeń” zwrócił się o dokonanie wyceny przez ten podmiot, która to wycena wykazuje istotne rozbieżności z cenami ofertowymi. W ocenie odwołującego, wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. w tym zakresie nie tylko nie mogą być uznane za dowody realności zaoferowanej ceny, ale wręcz za dowody wskazujące na rzeczywisty brak intencji zatrudnienia przez wykonawcę firmy AK-BUD KURANT sp.j. jako podwykonawcy kluczowej części zamówienia.

Odwołujący z argumentacji Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. w zakresie dokonanej optymalizacji rozwiązań projektowych wywiódł, że ww. wykonawca zaoferował wykonanie innego obiektu, niż określony przez zamawiającego. Jak zauważył odwołujący, wśród wymagań zamawiającego była zgodność stadionu z obowiązującymi wytycznymi, normami, zaleceniami. Spośród wielu wiążących w tym zakresie przepisów odwołujący wymienił przede wszystkim:

- Normę PN-EN 13200-1 Obiekty widowiskowe Część 1: Wymagania dotyczące projektowania widowni,
- Wytyczne Polskiego Związku Piłki Nożnej (PZPN) w sprawie wymogów techniczno-organizacyjnych dla poprawy bezpieczeństwa na obiektach piłkarskich.

Odwołujący zauważył, iż ww. akty prawne regulują m. in. minimalne wymiary stopnic, krzesełek, przejść, co powoduje, że nie jest możliwe „zaoszczędzenie” powierzchni trybun, w konsekwencji oszczędzanie na powierzchni dachu. W szczególności, minimalny wymiar stopnicy na trybunie z siedziskami indywidualnymi musi wynosić 700 mm (pkt 5.4.3 przywołanej normy), natomiast szerokość wolnego przejścia w rzędzie musi wynosić co najmniej 45 cm (par. 9 ust. 3 przywołanych wytycznych).

W ocenie odwołującego, zastosowanie krzesełek składających się do głębokości 27,5 cm nie stanowi nowatorskiego rozwiązania. Odwołujący wskazał, że jeszcze węższe krzeselka zostały już w Polsce zastosowane, np.:

- krzeselko BSP W o szerokości po złożeniu 16,5 cm - obiekt HWS Wrocław,

- krzeselko BSP 7 o szerokości po złożeniu 21,0 cm - obiekt HWS Ostrowiec.

Zastosowanie takiego krzeselka nie pozwala, jak stwierdził odwołujący, nawet na zaprojektowanie trybuny minimalnej wymaganej wielkości (stopnica 70 cm), gdyż uwzględniając wymagany prześwit (45 cm) oraz szerokość krzeselka (27,5 cm) należy wykonać trybunę o szerokości stopnicy 72,5 cm, czyli o 2,5 cm szerszą od wymaganej przepisami. Zdaniem odwołującego, należy więc mówić o stracie 2,5 cm na rzędzie, niż oszczędności 7 cm. Jedynym w tej sytuacji wyjaśnieniem uzyskanych „oszczędności” musi być niezgodność z wymaganiami obowiązujących przepisów. Tymczasem dopuszczona w PFU optymalizacja, która została dokonana przez odwołującego (i zapewne przez każdego z pozostałych wykonawców), nie mogła jednak prowadzić do niezgodności z wymaganiami, których spełnienie warunkuje możliwość organizowania na stadionie imprez określonej kategorii.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. nie obaliła domniemania rażąco niskiej ceny, nie przedstawiła przekonujących wyjaśnień ani dowodów, które mogłyby upewnić zamawiającego co do realności zaoferowanej ceny, wręcz przeciwnie, część argumentacji przedstawionej przez ww. wykonawcę stanowi dowód zaoferowania ceny poniżej kosztów. W tej sytuacji zamawiający nie mógł uwzględnić otrzymanych wyjaśnień i zobowiązany był odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że udzielając wyjaśnień dotyczących ceny Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. pośrednio przyznała, iż zaoferowała wykonanie zamówienia niezgodnie z SIWZ, w tym wymaganiami prawnymi w zakresie projektowania widowni stadionu, co wyjaśnia uzyskane oszczędności i niższą cenę oferty, stanowić jednak powinno powód odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził ponadto, iż pan P. G. , co do którego Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. złożyła w ofercie oświadczenie, iż wykonał projekt budowy obiektu stadionowego Wisły Kraków, nie był projektantem obiektu stadionowego Wisła Kraków, co wprost wynika z ostatecznych decyzji o pozwoleniu na budowę i decyzji o zmianie pozwolenia na budowę, w których jednoznacznie i konsekwentnie jako projektant przedmiotowego obiektu wskazany został architekt pan W. O. .

Odnosnie złożonego przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. oświadczenia, iż pan J. F. w latach 1996 - 2002 wykonał projekt kompleksowej modernizacji stadionu RTS „WIDZEW” w Łodzi, a w 2008 roku kolejny projekt tego samego stadionu odwołujący zauważył, że dotąd nie powstał kompleksowy projekt tego stadionu obejmujący wszystkie wymagane branże (stąd obecne postępowanie prowadzone jest

w formule „zaprojektuj i zbuduj”). Odwołujący wskazał, że nawet informacje zamieszczone na stronie internetowej Pracowni Architektonicznej F. OWIE nie potwierdzają powyższych faktów. Wykonywane uprzednio przez pana J. F. a opracowania były częściowe i nie obejmowały całości projektu obiektu spełniającego wymagania określone w warunku.

Wskazując na powyższe odwołujący stwierdził, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A.:

- nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie dysponuje osobą na stanowisko projektanta, która spełnia postawione przez zamawiającego wymagania podmiotowe w ramach warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący zauważył, że w tej sytuacji ustawa Pzp przewiduje, co prawda wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednak z uwagi na złożenie przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. nieprawdziwych informacji, procedura ta nie musiała być stosowana. W przypadku jednak nie uwzględnienia zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji, odwołujący postawił zarzut braku wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

- złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania poprzez wskazanie, iż ww. osoby wykonały projekt wskazanego obiektu sportowego, podczas, gdy fakt taki nie miał miejsca. Zważywszy, że prawdziwe informacje dotyczące projektanta stadionu Wisły Kraków są powszechnie znane i łatwo dostępne Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. nie może bronić się brakiem świadomości tego, że załącza do oferty informacje nieprawdziwe. W tej sytuacji zamawiający nie był zobowiązany do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu podmiotowego, lecz do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym zakresie zamawiający powinien zastosować uprzednio przynajmniej procedurę wyjaśniającą w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W związku z brakiem zastosowania przez zamawiającego tej procedury w określonym powyżej zakresie odwołujący z ostrożności wskazał jako zarzut również zaniechanie przez zamawiającego tych czynności.

Odwołujący podniósł, iż zasada uczciwej konkurencji wymaga między innymi, aby (1) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wyłącznie wykonawcy posiadający kwalifikacje niezbędne do należytego wykonania zamówienia, (2) oceniane były jedynie oferty porównywalne, spełniające wszystkie wymagania zamawiającego oraz (3) oferowane były jedynie uczciwe, pokrywające wszystkie koszty i gwarantujące minimalny zysk ceny.

Dopuszczenie do konkurencji, a zwłaszcza dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który (1) nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, (2) oferuje wykonanie zamówienia niezgodnie z SIWZ (3) za cenę nie pokrywającą kosztów stanowi naruszenie tej podstawowej zasady. Inni wykonawcy, w tym odwołujący, którzy spełniają wszystkie wymagania, uwzględniają w swoich cenach koszty z tym związane i nie są w stanie złożyć oferty tańszej od konkurenta, który tych kosztów nie uwzględnia. W takiej sytuacji wybór tańszej oferty nie tylko narusza zasady uczciwej konkurencji, ale i znacząco podnosi ryzyko nienależytego wykonania zamówienia, zwiększenia jego wartości, opóźnień, roszczeń podwykonawców i innych zdarzeń, które - niestety dopiero na etapie realizacji zamówienia - stanowią twarde dowody, iż wybrana oferta w rzeczywistości nie była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- dokonania odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A.,
- dokonania wykluczenia Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. z postępowania, ewentualnie - przeprowadzenia odnośnie oferty złożonej przez tego wykonawcę procedury uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie zagadnień wskazanych w treści zarzutów i ich uzasadnieniu.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, a w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym postanowienia SIWZ, oraz wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. z dnia 6 czerwca 2014 r., jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji

ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, że w obowiązującym stanie prawnym brak jest sztywnych wytycznych co do poziomu różnicy zaoferowanej ceny w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia lub cen pozostałych ofert. Zasadność ewentualnego odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny powinna być analizowana indywidualnie w każdym przypadku. Każdorazowo poddana badaniu cena powinna być odnoszona do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji na rynku, którą obrazują złożone w danym postępowaniu oferty. Jednocześnie, niezasadne jest automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską (orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/8 - Fratelli Constanzo).

Izba ustaliła, że wartość zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na kwotę 206 633 979,11 PLN, co stanowi równowartość 48 908 608,28 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 68 877 933,04 PLN, co stanowi równowartość 16 302 855,22 euro (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, Druk ZP-PN).

W przedmiotowym postępowaniu zaoferowane zostały następujące ceny za realizację przedmiotu zamówienia:

- Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. – 119 999 000,00 PLN,
- Mostostal Warszawa S.A. – 142 307 809,11 PLN,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Warbud S.A. i Eurovia Polska S.A. – 146 748 545,13 PLN,
- BUDIMEX S.A. – 148 640 525,84 PLN,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: MIRBUD S.A. i MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. – 149 569 148,83 PLN,

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Porr (Polska) S.A. i NDI S.A. – 154 378 312,35 PLN (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, Druk ZP-PN, pkt 9).

Porównanie ceny zaoferowanej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT nie jest wystarczające do stwierdzenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska. Wartość szacunkowa jest pewną prognozą zamawiającego, która może nie znaleźć odzwierciedlenia w cenach składanych w warunkach konkurencji. Z uwagi na okoliczność, iż w przypadku każdego zamówienia wykonawcy konkurują ze sobą zaoferowaną ceną naturalne jest, że wartość szacunkowa zamówienia nie będzie odpowiadała najniższej zaoferowanej w postępowaniu cenie.

Dokonując analizy zaoferowanej ceny należy brać pod uwagę nie tylko szacunkową wartość zamówienia, ale również złożone w danym postępowaniu oferty, które odzwierciedlają sytuację zaistniałą na danym rynku - ceny oferowane na danym rynku są często bardziej realnym i miarodajnym wskaźnikiem w kwestii badania rażąco niskiej ceny niż szacunkowa wartość zamówienia. W ocenie Izby, analiza cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, z których wszystkie były niższe od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT, również nie uzasadniała twierdzenia, że cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. odbiega od realiów rynkowych i nie pozwoli wykonawcy na prawidłową realizację zamówienia. Fakt, iż poddana analizie cena jest niższa od cen zaoferowanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie jest wystarczający do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

W przedmiotowej sprawie istotną okolicznością, którą należy wziąć pod uwagę jest charakter zamówienia, który jako „zaprojektuj i wybuduj” w części polega na wykonaniu usług intelektualnych w postaci prac projektowych, których wycena jest kwestią indywidualną i niewymierną, o czym świadczy rozpiętość cen za ten element zamówienia wśród złożonych ofert (od 4 352 658,89 PLN do 8 893 123,65 PLN).

Inny element, na który wskazała w wyjaśnieniach Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A., i który Izba uznała za mający realny wpływ na wysokość ceny, to przyjęte przez projektanta rozwiązanie zastosowania krzesełek o głębokości 27,5 cm, które pozwala zaoszczędzić powierzchnię w każdym rzędzie siedzisk, zmniejszyć powierzchnię stropów, ścian, posadzek, zadaszona, a tym samym powierzchnię stadionu i co za tym idzie, zmniejszyć wartość robót konstrukcyjnych, fundamentowych i ziemnych. Odwołujący nie wykazał, iż dokonana przez projektanta optymalizacja jest niezgodna

z obowiązującymi wytycznymi, normami czy z wymaganiami Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Z kolei przystępujący złożył oświadczenie co do zgodności przyjętego rozwiązania z wymaganiami zamawiającego i normami prawnymi składając w tym zakresie szczegółowe wyjaśnienia (pismo procesowe z dnia 9 lipca 2014 r.), którym odwołujący nie zaprzeczył.

Za nie bez znaczenia dla wysokości zaoferowanej ceny Izba uznała również możliwość negocjowania cen z podwykonawcami, z którymi Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. utrzymuje stałe kontakty biznesowe, co pozwala wykonawcy obniżyć ceny ostateczne o około 5-10%. Izba wzięła pod uwagę oświadczenie Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. poparte stosownymi dokumentami, iż na inwestycjach budowy Trasy Górnej i Trasy WZ ceny ostateczne proponowane przez podwykonawców różniły się od cen wstępnie zaoferowanych o od 4,7% do 17,4%. Wbrew twierdzeniom odwołującego, wzięcie pod uwagę przy kalkulacji ceny oferty cen niższych niż wstępne oferty podwykonawców, jeżeli są one realne, nie stanowi dowodu na zaoferowanie ceny poniżej kosztów. Jak wskazano powyżej, taki sposób kalkulacji wynika z doświadczenia wykonawcy we współpracy z poszczególnymi podwykonawcami i jest naturalną praktyką na rynku. Jednocześnie, odnosząc się do twierdzeń odwołującego w zakresie wyceny dokonanej przez AK-BUD KURANT sp.j. Izba uznała, że skalkulowanie cen wyższych niż zaoferowane przez ww. podwykonawcę w żaden sposób nie potwierdza zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Ponadto, takie czynniki, jak posiadanie na terenie Łodzi siedziby, realizowane projekty na tym samym terenie, a tym samym brak kosztów organizacji zaplecza budowy, personelu, transportu maszyn i materiałów, czy własna produkcja prefabrykowanych elementów betonowych trybun, mają realny wpływ na wysokość ceny.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. w dniu 6 czerwca 2014 r. w zakresie wysokości zaoferowanej ceny są wiarygodne i potwierdzają rzetelność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Różnice między cenami ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za naturalny rezultat konkurencji pomiędzy wykonawcami. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec nie wykazania przez odwołującego niezgodności przyjętego przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. rozwiązania z wymaganiami

określonymi w Programie Funkcjonalno-Użytkowym nie znalazł potwierdzenia również zarzut zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie potwierdziły się również zarzuty zaniechania wykluczenia Przedsiębiorstwa Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku dotyczącego potencjału osobowego.

W pkt 6.1.4.2. SIWZ zamawiający postawił warunek wykazania się przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie dysponowaniem jedną osobą, która będzie pełniła funkcję projektanta przy realizacji zamówienia posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności architektonicznej do projektowania bez ograniczeń, która posiada min. 5 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta w specjalności architektonicznej oraz wykonała co najmniej jeden projekt obiektu sportowego o widowni min. 10.000 miejsc, który wyposażony był m.in. w instalacje: teletechniczna, elektryczna, kanalizacyjna, wodna, co, sanitarna.

Izba stwierdziła, iż treść postawionego przez zamawiającego warunku nie pozwala na twierdzenie, że tylko generalny projektant może wykazać się wykonaniem projektu obiektu sportowego. Praca nad tego typu projektem zwykle polega na współpracy zespołu osób. Z tego względu Izba uznała, że zarówno pan P. G. , jak i pan J. F. spełniają postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Wobec dokumentów złożonych zarówno przez odwołującego, jak i Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. (kopie projektów budowlanych, projektów wykonawczych, protokołów wykonania nadzoru autorskiego), nie można mieć wątpliwości, iż pan G. brał udział w pracach projektowych nad stadionem Wisła Kraków, stąd powoływanie się na jego osobę w wykazie osób należy uznać za uprawnione. Powyższemu w żaden sposób nie przeczą złożone przez odwołującego decyzje Prezydenta Miasta Krakowa dotyczące pozwolenia na budowę stadionu Wisła Kraków, w których jako autor projektu budowlanego został wskazany pan W. O. bądź pan G. L. , bowiem jak wskazano powyżej, warunek udziału w postępowaniu nie statuował wymogu wykazania się osobą głównego projektanta danej inwestycji. Bez znaczenia pozostają również projekty wykonawcze dotyczące poszczególnych instalacji, bowiem Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. powoływała się w ofercie jedynie na udział pana P. G. a przy projekcie stadionu Wisła Kraków w branży architektonicznej.

Dokumenty

te potwierdzają jedynie, iż projekt tego typu inwestycji jest efektem współpracy szeregu osób.

Co do osoby pana J. F. a Izba stwierdziła, że odwołujący nie przedstawił dowodu na okoliczność, iż pan F. nie wykonywał prac projektowych obiektu sportowego o parametrach wymaganych przez zamawiającego. Ponadto, nawet w sytuacji, gdyby pan J. F. wykonywał

projekty modernizacji stadionu RTS „Widzew”, mając na uwadze powyższą argumentację, należałoby uznać, iż spełnia postawiony warunek. Częściowa realizacja projektu wykonanego w latach 1996-1997 pozostaje bez znaczenia, bowiem warunek dotyczył jedynie zaprojektowania, nie realizacji obiektu. Dodatkowo, złożone przez odwołującego dwie strony projektu modernizacji trybun i rozbudowy budynku klubowego RTS „Widzew” potwierdzają, iż autorem projektu był m.in. pan J. F. . Okoliczności tej nie przeczy dokument dotyczący realizacji modernizacji stadionu RTS „Widzew”, z którego wynika, iż wykonaniu podlegało 2 291 szt siedzisk, bowiem nie stanowi jednoznacznego dowodu na to, że projekt nie dotyczył większej liczby siedzisk.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp za bezzasadny Izba uznała również zarzut złożenia przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY ŁÓDŹ" S.A. nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przez wskazanie, że pan P. G. i pan J. F. wykonali projekt obiektu sportowego.

Z uwagi na powyższe, nie potwierdził się też zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: