

Sygn. akt: KIO 2753/15

WYROK

z dnia 30 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o. Sp. k., Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie, ul. Walerego Sławka 10, 30-633 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o. Sp. k., Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez **ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o. Sp. k., Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa hali 100-lecia KS Cracovia wraz z Centrum Sportu Osób Niepełnosprawnych”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 18 grudnia 2015 r. **ALSTAL Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Inowrocławiu** (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomej niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: SIWZ) oraz braku szczegółowego wyjaśnienia przyczyn odrzucenia;
- 2) art. 87 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących formuły kalkulacyjnej;
- 3) art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu bezzasadnego uznania, że dokonana ocena wyjaśnień Odwołującego wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; oraz braku szczegółowego wyjaśnienia przyczyn odrzucenia;
- 5) art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez nie wezwanie Odwołującego do szczegółowych wyjaśnień, jeżeli Zamawiający nadal miał wątpliwości w zakresie poszczególnych cen jednostkowych;
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia; w tym poprzez brak

rzetelnej oceny ofert pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu: Skanska S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując jako przyczynę jej odrzucenia niezgodność z treścią SIWZ, polegającą na braku formuły kalkulacyjnej określającej narzuty od R, M, S w celu obliczenia kosztów pośrednich i zysku. Odwołujący nie może zgodzić się z zasadnością powyższej przyczyny odrzucenia jego oferty, która w klasyfikacji ofert złożonych w Postępowaniu zawiera najkorzystniejszy bilans ceny i okresu gwarancji.

Odwołujący w odwołaniu podkreślał, że pozycje w kosztorysie ofertowym Odwołującego w pełni odpowiadają treściom przedmiaru Zamawiającego, co do opisu pozycji, podstaw wyceny, jednostek miary oraz wymaganej ilości prac. Żadna z pozycji zawartej w przedmiarze robót nie została pominięta w kosztorysie ofertowym Odwołującego. Pominięcie formuły kalkulacyjnej określającej narzuty od R.M.S nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż powyższa informacja jest wtórna w stosunku do treści kosztorysu. Formuła kalkulacyjna żądana przez Zamawiającego w żaden kształtujący sposób nie wpływa na treść oferty Odwołującego. Należy zauważyć, iż kosztorys uproszczony stanowi tylko formę dla przekazywanych treści, czyli kalkulacji, której efektem jest wyliczenie ceny jednostkowej za określony rodzaj prac. Właśnie ta cena jednostkowa jest elementem treści oferty wykonawcy, gdyż suma cen jednostkowych daje cenę ostateczną oferty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przyjął metodę rozliczenia na podstawie kosztorysu, to jest w oparciu o obmiar powykonawczy wykonanych robót i przy zastosowaniu cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego. W związku z ustalonym kosztorysowym wynagrodzeniem ostateczne wynagrodzenie wykonawcy zostanie ustalone na podstawie obmiaru wykonanych robót oraz przedstawionych w kosztorysie ofertowym cenach jednostkowych.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania;
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Skanska S.A.;
3. ponowną ocenę oferty Odwołującego i uznanie, że oferta Odwołującego spełnia wymagania SIWZ i nie zawiera rażąco niskiej ceny;
4. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Skanska których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny: Odwołujący w ofercie nie podał wartości R, M, S (nazwanych formułą kalkulacyjną), przy czym nie było sporne, że Zamawiający w SIWZ wymagał podania ich w ofercie: zgodnie z pkt 11 na stronie 10 SIWZ „Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonych do niniejszej SIWZ przedmiarów robót z podaniem cen jednostkowych robót (wartości jednostkowej robót) oraz podając formułą kalkulacyjną określającą narzuty od R, M, S w celu obliczenia kosztów pośrednich i zysku. Formuła ta oraz wysokość narzutów będą obowiązywać przez cały okres obowiązywania robót.”.

Sporne było jedynie, czy wartości formuły kalkulacyjnej stanowią treść oferty w ścisłym znaczeniu - i w konsekwencji czy brak podania w ofercie Odwołującego formuły kalkulacyjnej zasadnie był przyczyną odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Na tak postawione pytanie Izba odpowiedziała twierdząco.

Przedmiotem zamówienia jest „Budowa hali 100-lecia KS Cracovia wraz z Centrum Sportu Osób Niepełnosprawnych”. Zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego na rozprawie, niezakwestionowanymi przez Odwołującego, przedmiot zamówienia nie jest typową robotą budowlaną, ponieważ część prac projektowych trzeba będzie zaktualizować oraz doprojektować wykonanie nowych prac. W par. 2 ust. 1 pkt 3 załączonego do SIWZ projektu

umowy wskazano, że wykonawca wykona szczegółowy kosztorys, natomiast w par. 5 ust. 2 przewidziano sposób wyliczenia wynagrodzenia za roboty i prace nieujęte w przedmiarze robót. Zamawiający oświadczył, że nawet bez wskazanej w ofertach stawki roboczogodziny za pomocą danych z formuły kalkulacyjnej będzie mógł określić wysokość tego wynagrodzenia i właśnie do tego potrzebna mu będzie formuła kalkulacyjna. Kosztorysy szczegółowe sporządzone w oparciu o podane narzuty będą zatem możliwe do zweryfikowania. Do oferty należało załączyć kosztorys uproszczony, który jest prezentacją wyniku, a nie wyliczenia ceny, niemniej jednak, aby go sporządzić, trzeba podać i stawki roboczogodziny i narzuty, chociaż te elementy kosztorysu przy wydrukowaniu kosztorysu uproszczonego nie są automatycznie drukowane. Odwołujący zasadniczo nie kwestionował złożoności przedmiotu zamówienia, a jedynie przydatność wartości nakładów R, M, S do dalszych obliczeń na etapie realizacji umowy, wobec braku żądania przez Zamawiającego podania w ofercie stawki roboczogodziny. Jednak w ocenie Izby kwestionowanie na obecnym etapie wymagań Zamawiającego, podanych w SIWZ, jest spóźnione.

W konsekwencji, wobec przewidzenia przez Zamawiającego, że „Formuła ta oraz wysokość narzutów będą obowiązywać przez cały okres obowiązywania robót” (s.10 SIWZ, pkt 11), Izba stwierdziła, że wartości nakładów R, M, S będą miały znaczenie dla realizacji umowy, zawartej w wyniku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Wartości tych nie można uzupełnić po złożeniu oferty, ponieważ prowadziłoby to do podania zupełnie nowych wartości, wcześniej w ofercie nie określonych. Odwołujący nie wykazał, że brakujące wartości mogą być w sposób jednoznaczny wywiedzione z kosztorysów złożonych przez niego wraz z ofertą. W takich okolicznościach Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ. Przy czym Izba uznała, że Zamawiający w sposób wyczerpujący podał podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego, wskazując, iż niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ polegała na braku „formuły kalkulacyjnej określającej narzuty od R, M, S w celu obliczenia kosztów pośrednich i zysku”.

Dla powyższej oceny nie ma znaczenia, że w kosztorysach załączonych do oferty Odwołujący nie popełnił błędów - Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego z powodu niezgodności kosztorysów z SIWZ, a za brak podania wartości R, M, S.

Nie mają również znaczenia rozważania Odwołującego odnośnie braku definicji „formuły kalkulacyjnej”, ponieważ nie mogło budzić wątpliwości, że chodziło o podanie wartości R, M, S (nakłady – robocizna, materiały i sprzęt). Izba nie brała również pod uwagę, że Zamawiający nie żądał podania w ofercie wartości roboczogodziny (co Odwołujący podnosił na rozprawie), ponieważ nie było to zarzutem odwołania, Odwołujący nie kwestionował tej okoliczności w odpowiednim terminie (który biegł od opublikowania SIWZ).

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu bezzasadnego-

w jego ocenie - uznania, że dokonana ocena wyjaśnień Odwołującego wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; oraz braku szczegółowego wyjaśnienia przyczyn odrzucenia i art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez nie wezwanie Odwołującego do szczegółowych wyjaśnień, jeżeli Zamawiający nadal miał wątpliwości w zakresie poszczególnych cen jednostkowych, Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego: wyjaśnienia Odwołującego z 7 grudnia 2015 r. nie zawierają żadnych wyliczeń, a wskazane w nich wartości w żaden sposób nie przekładają się na cenę. Rzeczywiście Odwołujący podał procentową wartość zysku na poziomie 3% dopiero wówczas, kiedy miał możliwość zapoznania się z wartością zysku podaną w ofercie Przystępującego (zysk na poziomie 25%). Ogólne rozważania w wyjaśnieniach Odwołującego odnośnie pojęcia rażąco niskiej ceny, powoływanie się na orzecznictwo sądów i Krajowej Izby odwoławczej, nie mogą być brane pod uwagę jako rzeczowe wyjaśnienia. Zbiektywizowanych przyczyn zaoferowania ceny na niskim poziomie nie uzasadniają również ani doświadczenie wykonawcy, ani kontakty z kontrahentami. Wobec faktu, że z wyjaśnień nie wynika wprost, dlaczego cena została skalkulowana w ofercie Odwołującego na niskim poziomie, Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego. Nie miał natomiast podstaw – wbrew stanowisku Odwołującego – do ponownego wzywania, do złożenia dalszych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia; w tym poprzez brak rzetelnej oceny ofert pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu: Skanska S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A., Odwołujący na rozprawie sprostował, wskazując, że ocenę oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A. zakwestionował jedynie omyłkowo, a zarzut w istocie dotyczy jedynie oceny oferty Skanska S.A. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie ma interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w podnoszeniu zarzutu wobec oferty Skanska S.A., ponieważ oferta ta została sklasyfikowana na dalszej pozycji w rankingu ofert, niż oferta Odwołującego, zatem nawet gdyby Odwołujący zasadnie kwestionował jej wadliwą ocenę, nie miałyby to żadnego wpływu na możliwość uzyskania przez niego zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych opisanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....