

Sygn. akt: KIO 1236/11

WYROK
z dnia 24 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2011r. przez **odwołującego** Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” Spółka Akcyjna ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Gminę Brańszczyk, ul. Jana Pawła II 45, 07-221 Brańszczyk

przy udziale Przystępującego 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 **odwołującego** Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” Spółka Akcyjna ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 **zł** (słownie złotych: dwadzieścia tysięcy) uiszczoną przez **odwołującego** Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” Spółka Akcyjna ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno 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 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 Ostrołęce.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 9 czerwca 2011r. odwołanie wniosło Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AOUA” Spółka Akcyjna, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno zwane dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Gmina Brańszczyk, ul. Jana Pawła II 45, 07-221 Brańszczyk zwana dalej „Zamawiającym”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła spółka Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa zwana dalej „Skanska” lub „Przystępujący”, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2010r. Nr 113, poz.759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”:

- Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Skanska z powodu rażąco niskiej ceny,
- Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o przedmiotowe zamówienie tj. Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. ul. Przytorowa 9, 16-400 Suwałki, Przedsiębiorstwo Inżynieryjne PRESS S.A. ul. Piaskowa 7, 16-400 Suwałki, PBI Janusz Piotrowski, ul. Noniewicza 85 c lok.18, 16-400 Suwałki zwane dalej „Konsorcjum EKOLOBUD” również z powodu rażąco niskiej ceny,
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Skanska, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia
- , - art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Skanska pomimo braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez niezłożenie wymaganej w pkt VI D. d3) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia polisy ubezpieczeniowej,
- art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKOLOBUD pomimo braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez niezłożenie wymaganej w pkt VI D. d3) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) polisy ubezpieczeniowej.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty Skanska;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Skanska oraz Konsorcjum EKOLOBUD z powodu rażąco niskiej ceny oraz z powodu niewykazania przez tych wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie po uprzednim wezwaniu tych wykonawców na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przedstawił stosowną argumentację na poparcie swoich zarzutów.

Zdaniem Odwołującego oferty złożone przez Skanska oraz przez Konsorcjum EKOLOBUD zawierają ceny rażąco niskie.

Różnica pomiędzy ofertą Skanska a Odwołującym wynosi 57 % a różnica pomiędzy ofertą Konsorcjum EKOLOBUD a Odwołującym wynosi 39%.

Pomimo tak znaczących różnic pomiędzy złożonymi wszystkimi ofertami oraz różnic pomiędzy ofertami Skanska i Konsorcjum EKOLOBUD a wartością szacunkową przedmiotu zamówienia, które to stanowią odpowiednio 26,20 % kwoty przeznaczonej na ten cel przez Zamawiającego a ofertą złożoną przez Konsorcjum EKOLOBUD stanowi jedynie 37,16%.

Zamawiający przyjął takie oferty, nawet bez wzywania wykonawców o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp.

Niemniej w ocenie Odwołującego nawet jeżeliby Zamawiający wezwał Skanska i Konsorcjum EKOLOBUD do złożenia wyjaśnień, to winien odrzucić oferty złożone przez tych wykonawców jako oczywiście zawierające rażąco niską cenę i powinien ich wykluczyć na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ponieważ, w ocenie Odwołującego, niemożliwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia za zaoferowane ceny, nie wspominając już o jakimkolwiek zysku dla wykonawcy zamówienia.

Bowiem ceny zaoferowane przez Skanska oraz Konsorcjum EKOLOBUD są nierealne i drastycznie odbiegają od cen rynkowych.

Na poparcie swoich zarzutów przywołał orzeczenia zespołów arbitrów i KIO, z których wynika, że „Wobec braku ustawowego zdefiniowania pojęcia „cena rażąco niska”, koniecznym jest porównanie ceny ofertowej przede wszystkim do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, a także do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, jak również do cen rynkowych danych usług, produktów czy robót budowlanych, objętych przedmiotem zamówienia.”

Ponadto przywołał orzecznictwo z którego wynika, że „ustawa nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny jednakże zdaniem Zespołu Arbitrów za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi”.

Fakt tak drastycznych różnic pomiędzy ofertami Skanska oraz Konsorcjum EKOLOBUD a wartością szacunkową przedmiotu zamówienia oraz pozostałymi ofertami świadczą, iż oferty Skanska S.A. oraz Konsorcjum EKOLOBUD zawierały ceny rażąco niskie.

Przedstawiono kalkulację kosztów robót i materiałów, z której wynika, iż oferty Skanska i Konsorcjum EKOLOBUD zawierały rażąco niskie ceny.

Do sporządzonej kalkulacji przyjęto następujące założenia:

1. Kalkulację sporządzono w oparciu o minimalne ceny materiałów publikowane w Biuletynie Sekocenbud; 2 kw. 2011, Informacja o cenach czynników produkcji RMS, Wyd. OWEOB PROMOCJA Sp. z o.o.,
2. Wszystkie kalkulacje są w cenach netto,
3. Dla rur przyjęto 70% rabat w stos. do cennika firmy WAVIN (lider na rynku rur PVC w Polsce) -cennik dostępny na stronie www.wavin.pl,
4. Dla studni z tworzyw sztucznych przyjęto 50% rabat w stos. do cennika firmy WAVIN (lider na rynku studni PVC w Polsce) - cennik dostępny na stronie www.wavin.pl,
5. Roboty ziemne/wykopy, umocnienia wykopów, odwodnienie kalkulowano (również przyjmowano ceny minimalne) w oparciu o Biuletyn Sekocenbud; 2 kw. 2011, Zestaw biuletynów cen robót, Wyd. OWEOB PROMOGA Sp. z o.o. Dla 3 pozycji, które nie są publikowane w biuletynach przyjęto ceny z ofert obydwu firm,
6. Źródła cen oznaczono odpowiednimi kolorami w arkuszu, zgodnie z legendą,
7. Przyjęto stawki robocizny i narzut kosztów ogólnych odpowiednio z ofert Skanska i Konsorcjum EKOLOBUD, podane w załącznikach do ofert. Stawki te znacznie odbiegają w dół od średnich z publikacji Sekocenbud.
8. Nakłady rzeczowe przyjmowano z kosztorysów ofertowych - załącznik do oferty.

9. Dla robocizny założono, że firmy są w stanie skrócić czas o 15% wynikający z nakładów kosztorysowych.

10. Nie uwzględniano wielu kosztów realizacji zamówienia takich jak:

- zasyпки wykopów, - zagęszczenie,
- odtworzenie nawierzchni,
- koszt dostawy i montażu przepompowni sieciowych,
- koszt dostawy i montażu przepompowni przydomowej,
- koszt zasilania przepompowni,
- koszt obsługi geodezyjnej,
- koszt zajętości dróg,
- koszt zgrzewania rurociągów ciśnieniowych,
- koszt armatury, drobnych materiałów i materiałów pomocniczych,
- koszt wycinki drzew i opłat administracyjnych,
- koszt prób ciśnieniowych i szczelności,
- koszt utrzymania zaplecza budowy i jego likwidacji,
- koszt dokumentacji powykonawczej,
- koszt kadry kierowniczej i nadzoru,-koszt BHP,
- koszt delegacji,
- koszt regulacji rzeki Struga itd., a mimo to sporządzony fragment kalkulacji w oparciu o ceny minimalne daje następującą relację w stosunku do cen ofertowych Skanska S.A. i

Konsorcjum EKOLOBUD SA:

	cena ofertowa netto		kalkulacja części kosztów w oparciu o ceny minimalne
SKANSKA	5	577835,85	7 819 119,71 zł
EKOLOBUD	7	909536,20	8 348 475,90 zł

W załączeniu odwołujący przedłożył Kalkulację podstawowych kosztów w oparciu o minimalne ceny Sekocenbudu dla Skanska i dla Konsorcjum EKOLOBUD. Dla tych pozycji, dla których brak jest stawek w Sekocenbudzie przyjęto odpowiednio stawki wskazane w ofercie Skanska S.A. i Konsorcjum EKOLOBUD.

Reasumując w wyniku dokonanych kalkulacji Odwołujący podniósł, że niemożliwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia za zaoferowane ceny.

Zaoferowane przez Skanska i Konsorcjum EKOLOBUD ceny są dużo niższe od przyjętych minimalnych stawek, przy uwzględnieniu wielu możliwych rabatów i obniżek.

Odwołujący stwierdził, że mimo uwzględniania w sporządzonej kalkulacji tylko podstawowych materiałów i to według cen minimalnych Sekocenbudu, przyjęcia dużych rabatów na rury (50% i 70%) oraz zredukowania o 15% kosztów robocizny zakładając, że firmy są w stanie skrócić okres realizacji o 15%, oferty złożone przez Skanska S.A. i Konsorcjum EKOLOBUD znacznie odbiegają od realnych cen za wykonanie, nie mówiąc o jakimkolwiek zysku.

Odwołujący również załączył wyciąg z Biuletynu Cen Obiektów zawierający przykładową cenę metra bieżącego sieci kanalizacyjnej - Biuletyn Sekocenbud - „Ceny obiektów budowlanych, cz. II - obiekty inżynieryjne”. Z wyciągu wynika, że cena 1 mb sieci kanalizacyjnej DN200 mm powinna oscylować wokół kwoty 576 zł.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że najbliższa tej wartości jest oferta firmy POL-AQUA. W ofercie Skanska cena metra bieżącego wynosi: 266 zł, a w ofercie Konsorcjum EKOLOBUD wynosi: 377 zł.

II. Ponadto Odwołujący podniósł, iż polisy ubezpieczeniowe złożone zarówno przez firmę Skanska jak i Konsorcjum EKOLOBUD są niezgodne z wymogami określonymi w SIWZ, a zatem również z tego powodu oferty te powinny być odrzucone a wykonawcy wykluczeni. Zgodnie z Działem VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pkt D. d3) w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, wykonawca powinien złożyć opłaconą polisę a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający przedstawił kilka wymogów dotyczących polisy, m.in. brak jakiegokolwiek franszyzy redukcyjnej, brak franszyzy integralnej, brak udziału własnego oraz klauzula dodatkowa (jeżeli wykonawca będzie korzystał z podwykonawców) - rozszerzenie zakresu o szkody wyrządzone przez podwykonawców, suma gwarancyjna dla klauzuli - 5 000 000 zł, brak franszyz i udziału własnego dla klauzuli. Polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (Nr 000-11-430-05880140, wystawiona przez Allianz) złożona przez Skanska zawiera franszyzy redukcyjne.

Konsorcjum EKOLOBUD złożyło kilka polis ubezpieczeniowych, na łączną sumę 10.000.000 zł. Nie spełniały one jednak wymogów wskazanych w SIWZ ponieważ większość z nich zawiera franszyzy oraz nie zawierają klauzuli dodatkowej dotyczącej rozszerzenia o podwykonawców.

Na podstawie wskazanych powyżej niezgodności ofert Skanska oraz Konsorcjum EKOLOBUD Zamawiający powinien odrzucić oferty lub wezwać wykonawców o uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego jednak nie uczynił.

Pismem z dnia 13.06.2011r. Skanska przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

W przystąpieniu Skanska podniosła w szczególności, że zarzut pod adresem złożonej polisy ubezpieczeniowej jest nietrafiony, ponieważ suma gwarancyjna wynosi 20.000.000,00 zł na wymagane 10.000.000,00 zł.

Po drugie polisa nie zawiera ani franszyzy redukcyjnej, ani franszyzy integralnej oraz brak udziału własnego.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny to Przystępujący wskazał, że sam Zamawiający przyznał, że przeszacował projekt, a kosztorys inwestorski nie odzwierciedla cen rynkowych, a także ceny wskaźnikowe są przeszacowane, gdyż opierają się na wskaźnikach z lat wcześniejszych, kiedy na rynku panowały wyższe ceny z uwagi na koniunkturę w budownictwie utrzymując się praktycznie do 2009r.

Co do zarzutów względem kalkulacji to są one również chybione z następujących względów. Skanska jako duża firma na rynku budowlanym otrzymuje wyższe rabaty na zakup materiałów niż pozostałe firmy konkurencyjne. Doświadczony wykonawca wie, że nie ma szans na pozyskanie zamówienia w przetargu publicznym, jeżeli posługuje się cenami publikowanymi w Sekocenbud.

Przystępujący zarówno rury jak i studnie przyjął firmy Kaczmarek i zastosował upust w podobnej wysokości jak Odwołujący.

Wskazał, że budując cenę przetargową bardzo dokładnie analizuje warunki w jakich będzie wykonywana kanalizacja. Analizując wszystkie aspekty (miasto czy wieś, drogi utwardzone czy tereny zielone, gęstość zaludnienia, średnice rurociągów, kanalizacja grawitacyjna czy tłoczna) Przystępujący porównuje je z warunkami w jakich wykonywał czy wykonuje inne projekty. Na tej podstawie wnioskuje o przypuszczalnej wydajności brygad co pozwala wyliczyć koszty pracy ludzi i sprzętu.

Dalej Przystępujący przedstawił kalkulację ceny dla budowy kanalizacji sanitarnej w gminie Brańszczyk z uwzględnieniem kosztów: robocizny i sprzętu, materiałów i przepompowni, robót elektrycznych zasilania przepompowni, robót związanych z odtworzeniem dróg, wykonania przewiertów i przepychów, nadzoru na budowie, zagospodarowania i utrzymania placu budowy oraz jego likwidacji, koszty obsługi geodezyjnej, geotechnicznej, zajęcia pasa drogowego, opłat administracyjnych, zysk. Razem dało to kwotę netto 5.577.836zł.

Przystępujący wyjaśnił, że kalkulację ceny ofertowej przeprowadził metoda inżynierską w oparciu o wiedzę techniczną, doświadczenie, projekt budowlany i wykonawczy oraz specyfikację techniczną. Nadmieniał, że kosztorysy i przedmiary, zgodnie z SIWZ maja

charakter pomocniczy, a cena jest ryczałtowa. Koszty ogólne przyjęto przy założeniu, że czas realizacji skrócony zostanie o 50%.

Przy takiej kalkulacji uzyskano średni koszt wykonania 1 mb kanalizacji na poziomie 267zł/mb.

Dla porównania, iż taka cena jest realna wskazał koszt mb kanalizacji w pobliskiej gminie Jadów, ale o dużo większej trudności ze względu na konieczność odtworzenia na każdym z nich ponad 10 tys. m2 dróg asfaltowych po następujących cenach jednostkowych:

Etap II realizowany przez Inwest-Serwis z Olsztyna: 301 zł/ mb,

Etap III realizowany przez Gaw-Bud z Łosic: 297zł/mb.

Z kolei kontrakt na budowę 5,2 km kanalizacji realizowany na terenie Gminy Brańszczyk przez firmę Hydrobud Ostrołęka wykonywany jest po cenie jednostkowej 140zł/mb.

Reasumując Przystępujący stwierdził, że średnia cena przez niego zaoferowana na poziomie 267 zł/mb jest ceną rynkową, porównywalną z cenami jednostkowymi w innych postępowaniach przetargowych w tym rejonie, a cena zaproponowana przez Odwołującego w wysokości 613zł/mb jest znacznie odbiegająca od cen średnich.

Pismem z dnia 21 czerwca 2011r. złożonym na rozprawie, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, przywołując argumentację z pisma Przystępującego, którą w całości podziela.

Pismem z dnia 21 czerwca 2011r. złożonym na rozprawie, Odwołujący przedstawił weryfikację dziennego kosztu robocizny i sprzętu w oparciu o przedstawioną w przystąpieniu kalkulację Skanska, z której wynika według wyliczeń Odwołującego niedoszacowanie 1.205zł dziennie sprzętu i robocizny.

Ponadto według Odwołującego niedoszacowanie będzie większe jeżeli uwzględni się prace wymaganego sprzętu oraz wymogu dysponowania 30 osobami w sytuacji gdy Przystępujący zadysponował 12 pracowników.

Według Odwołującego powyższe wskazuje na nierealną, rażąco niską cenę Skanska.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Skład orzekający Izby ustalił

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i dotyczy: „Budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Trzcianka i Niemiry”.

Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 68-110428 w dniu 07.04.2011 r.

Odwołanie zostało wniesione w związku z czynnością wyboru oferty spółki Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa zwanej dalej „Skanska”, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W zawiadomieniu z dnia 01.06.2011r. o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający poinformował wykonawców o tym, że złożone oferty zawierają dużo niższe ceny w stosunku do wyceny wartości robót przez Zamawiającego, niemniej Zamawiający nie znalazł podstaw do postawienia żadnej ze złożonych ofert przez wykonawców zarzutu rażąco niskiej ceny.

Z protokołu postępowania Sekcji II: Przedmiot zamówienia pkt II.2.1. wynika: Całkowita wielkość lub zakres podał: Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Trzcianka i Niemiry. Bez VAT zakres między 20.000.000,00zł a 21.000.000,00 zł.

Z kolei bezpośrednio przed otwarciem ofert, Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 26.183.988,64 złotych brutto.

Natomiast z protokołu postępowania wynika, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 4 oferty, których ceny przedstawiały się następująco:

1. Skanska: 6.860.738,10 zł brutto,
2. Konsorcjum EKOLOBUD: 9.728.729,53 zł brutto,
3. Odwołujący: 15.764.907,37 zł brutto,
4. PBH Z. Niziński ul. Serocka 11a, 07-200 Wyszaków : 20.743.905,56 zł brutto.

Zaistniała sytuacja rozbieżności pomiędzy wyceną robót przez Zamawiającego a wyceną robót przez składających oferty była przedmiotem szczegółowej analizy przez Zamawiającego, o czym poinformował w w/w piśmie z dnia 01.06.2011r..

Na podstawie przeprowadzonej analizy Zamawiający jednak nie postawił wobec wykonawców zarzutu rażąco niskiej ceny uznając, iż wycena Zamawiającego jest zawyżona w stosunku do obowiązujących cen rynkowych.

W tym stanie rzeczy Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród czterech złożonych to jest oferty Skanska według obowiązującego kryterium oceny ofert – najniższa cena.

Na powyższą czynność Zamawiającego, Odwołujący złożył w dniu 10 czerwca 2011r. odwołanie przedstawiając zarzuty w stosunku do czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując na naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz formułując stosowne żądania na podstawie przedstawionej argumentacji faktycznej i prawnej przedstawionej powyżej, zarzucając rząco niską cenę ofertom Skanska i konsorcjum „EKOLOBUD”.

Odwołujący również zarzucił, że Skanska jak i konsorcjum EKOLOBUD nie spełniają wymogu prawidłowo złożonych polis ubezpieczeniowych, ponieważ wbrew wymaganiom SIWZ złożone polisy zawierają szereg niedozwolonych klauzul to jest klauzuli franszyzy redukcyjnej, integralnej, udziału własnego oraz nie zawierają rozszerzenia zakresu ubezpieczenia o szkody wyrządzone przez podwykonawców, jeżeli wykonawca będzie z nich korzystał.

Przystępująca do postępowania odwoławczego Skanska po stronie Zamawiającego w wyżej przywołanym piśmie z dnia 13 czerwca 2011r. wnosząc o oddalenie odwołania przedstawiła własne zasady ustalenia ceny, powołując się na kalkulację indywidualną tzw. kalkulację inżynierską i zakwestionowała jako podstawę kalkulacji ceny Biuletyn Sekocenbudu, nawet w stosunku do najniższych jego wskaźników.

Ponadto Skanska zakwestionowała zarzut, iż jego polisa nie odpowiada wymogom SIWZ co do klauzul franszyzy redukcyjnej, integralnej, udziału własnego, a tym bardziej rozszerzenia ubezpieczenia na podwykonawców, ponieważ nie będzie przy realizacji zamówienia korzystała z podwykonawców.

Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut w stosunku do Skanski w zakresie niewłaściwej polisy ubezpieczeniowej.

Natomiast Zamawiający na rozprawie podtrzymał stanowisko co do nieprawidłowo sporządzonej wyceny robót to jest do jej zawyżenia.

Z kolei Odwołujący na rozprawie wywodził, w tym składając przywołane powyżej pismo z dnia 21 czerwca 2011r., iż ceny Przystępującej Skanski i konsorcjum EKOLOBUD są rażąco niskie w stosunku do najniższych wskaźników Sekocenbudu i przedmiaru robót przedstawiając stosowne wyliczenia (kalkulacje) na tę okoliczność oraz w stosunku do sprzętu wymaganego oraz przewidzianego zasobu kadrowego.

Przystępujący opierając się na dokonanej w jego ofercie wycenie jednego metra bieżącego kanalizacji na poziomie 267zł. wykazywał, że taka cena jest ceną rynkową obowiązującą na terenie Zamawiającego.

W tym celu przedłożył na rozprawie w poczet dowodów następujące zestawienia rankingu ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, sporządzone przez dyrektora Przystępującego P. Ryszarda D. i potwierdzone na rozprawie za zgodność przez pełnomocnika Przystępującego:

1. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Borzymy i letnisko Nowy Jadów-Etap II” otwarcie ofert 10.05.2011r.
2. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Urle –Etap III. Otwarcie ofert 17.05.2011r.
3. „Część zamówienia nr 2 – Zadanie nr 2 – budowa kanalizacji sanitarnej w m. Łęg Tarnowski gm. Żabno, Zadanie 3 – budowa kanalizacji sanitarnej w m. Ilkowice gm. Żabno”. Otwarcie ofert: 01.02.2011r.

Przedstawione zestawienia rankingu ofert zawierają następujące informacje:

1. Ilość i nazwy oferentów,
2. Ceny netto i brutto ofert,
3. Procentowe rozbieżności cenowe ofert w odniesieniu do Skanski,
4. Ceny średnie za m.b. kanalizacji w poszczególnych ofertach,
5. budżet zamawiającego w tym wynikająca z budżetu średnia cena za m.b. kanalizacji.

Poszczególne postępowania obrazują następujące wyniki:

1. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Borzymy i letnisko Nowy Jadów-Etap II” otwarcie ofert 10.05.2011r.: 1) 16 oferentów, 2) ceny od 8.364.000 do 19.697.220 zł (kwota brutto), 3) rozbieżności cenowe oferentów w stosunku do ceny Skanski od

- 97,90% do 230,55%, 4) ceny średnie za 1 m.b. od 301,10 do 709,09zł., 5) budżet zamawiającego 10.054.513 zł. i cena średnia zamawiającego za 1m.b. 361,96 zł.
2. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Urle –Etap III. Otwarcie ofert 17.05.2011r.: 1) 9 oferentów, 2) ceny od 6.777.392 do 9.784.760 zł (kwota brutto), 3) rozbieżności cenowe oferentów w stosunku do ceny Skanski od 95,59% do 138,01%, 4) ceny średnie za 1 m.b. od 297,17 do 429,03 zł., 5) budżet zamawiającego 8.083.611 zł. i cena średnia zamawiającego za 1m.b. 354,44 zł.
 3. „Część zamówienia nr 2 – Zadanie nr 2 – budowa kanalizacji sanitarnej w m. Łęg Tarnowski gm. Żabno, Zadanie 3 – budowa kanalizacji sanitarnej w m. Ilkowice gm. Żabno”. Otwarcie ofert: 01.02.2011r.: 1) 9 oferentów, 2) ceny od 10.946.929 do 29.738.921 zł (kwota brutto), 3) rozbieżności cenowe oferentów w stosunku do ceny Skanski od 59,16% do 160,72%, 4) ceny średnie za 1 m.b. od 163,00 do 442,82 zł., 5) budżet zamawiającego 48.188.813 zł. i cena średnia zamawiającego za 1m.b. 717,54 zł.

Dokonując analizy przedstawionych przez Przystępującego zestawień informacji z otwarcia ofert wynika po pierwsze, że zamawiający dokonują zawyżenia wartości szacunkowych robót, cena 1 m.b. kanalizacji u oferentów waha się od 163,00 zł do 709,09 zł, a według wyceny zamawiających cena za 1 m.b. kanalizacji waha się od 354,44 do 717 zł.

Izba ustaliła również następujące zapisy SIWZ w zakresie wymogu co do ustalenia ceny oraz polisy ubezpieczeniowej:

1. Część XII SIWZ. Opis sposobu obliczenia ceny. (...) „Cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego.” (...) ”Ponadto na podstawie załączonych przedmiarów robót Wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia kosztorysu ofertowego”.(...)”Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia będzie ceną ryczałtową.” (...)”Wykonawca winien sporządzić kosztorys zawierający pełen zakres robót niezbędnych do zrealizowania zamówienia, które zostały wskazane w SIWZ, przedmiarze robót, oraz STQWiOR”(...) ”Kosztorys będzie dokumentem poglądowym służącym Zamawiającemu do zorientowania się w poziomie poszczególnych cen.”(...) ”UWAGA! Zaleca się aby wykonawca zapoznał się z miejscem realizacji zamówienia w terenie”(...).
2. Część VI. pkt. D ppkt d.3) SIWZ. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”Opłacona polisa(...) „Szczegółowy opis wymagań w zakresie ubezpieczenia OC”(...)”-brak franszyzy redukcyjnej,- brak franszyzy integralnej,- brak udziału własnego,- klauzula dodatkowa /jeżeli wykonawca będzie korzystał z

podwykonawców/- rozszerzenie zakresu o szkody wyrządzone przez podwykonawców, suma gwarancyjna dla klauzuli-5.000.000. zł , brak fransyz i udziału własnego dla klauzuli.”(...).

Na podstawie powyższych ustaleń oraz pism złożonych w toku postępowania odwoławczego przez strony oraz uczestnika postępowania oraz wyjaśnień i oświadczeń złożonych na rozprawie, a także na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp, ponieważ w sytuacji uwzględnienia jego odwołania to jest przez odrzucenie ofert Skanska i konsorcjum EKOLOBUD uzyska zamówienie z uwagi na to, że zajmuje trzecią pozycję w rankingu ofert to jest bezpośrednio po Skanska oraz konsorcjum EKOLOBUD, przy uwzględnieniu jedyne kryterium oceny ofert jakim jest kryterium ceny.

Natomiast co do wykazania rażąco niskiej ceny obydwu wyżej wymienionych oferentów oraz co do nieprawidłowości polisy ubezpieczeniowej konsorcjum EKOLOBUD to Izba zważyła co następuje.

Pojęcie rażąco niskiej ceny ukształtowane w orzecznictwie i doktrynie wskazuje na jej podstawową cechę jaką jest nierealność ceny czyli brak pokrycia kosztów i uzyskania zysku z realizacji zamówienia.

Orzecznictwo w sprawach zamówień publicznych wskazuje również na zasadę odnoszenia ceny w przypadku zarzutu rażącej niskiej ceny do wartości szacunkowej zamówienia czy ceny przez zamawiającego podawanej na otwarciu ofert.

Niemniej w zależności od stopnia nasilenia konkurencji na poszczególnych polach zamówień w różnych okresach czasu metoda, porównywania cen oferowanych przez wykonawców w szczególności z ceną podawaną na otwarciu ofert przez Zamawiającego, okazuje się być zawodna czyli niemiarodajna.

O powyższym świadczy dowód przedłożony przez Przystępującego Skanska na rozprawie, na podstawie którego Izba ustaliła, że w większości wypadków ceny są oferowane poniżej ceny podawanej na otwarciu ofert przez zamawiającego.

Za przykład skrajnego przypadku może posłużyć relacja jaka wystąpiła w jednym z powyżej przedstawionych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie budżet zamawiającego czterokrotnie przekroczył najtańszą oferowaną cenę (48.183.813 budżet zamawiającego, 10.946.929 oferta najtańsza i 717,54zł za m.b. kanalizacji budżet zamawiającego oraz 163,00 zł za m.b. kanalizacji najtańszej oferty).

Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu gdzie budżet Zamawiającego wyniósł 26.183.988,64 złotych brutto, a najtańsza oferta wyniosła 6.860.738,10 zł brutto.

Już na etapie oceny ofert Zamawiający zweryfikował swoje stanowisko co do braku prawidłowej wyceny przez niego zamówienia i w związku z tym odstąpienia od weryfikacji zaproponowanych cen przez wykonawców w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp.

Również na rozprawie Zamawiający potwierdził, że w jego Gminie w tym samym czasie odbyło się postępowanie gdzie zaoferowano 140 zł. za metr bieżący kanalizacji .

Tym samym porównując ceny oferowane na innych przetargach, których wysokość cen Przystępujący przedstawił na rozprawie można wywieść, że cena 267zł za m.b. zaoferowany w przedmiotowym postępowaniu przez Przystępującego nie ma znamion rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do kalkulacji sporządzanych przez Odwołującego, które miały wykazać rażąco niską cenę to okazały się niewiarygodne z następujących powodów.

Jak sam Odwołujący oświadczył kalkulacje były sporządzane na podstawie najniższych wskaźników Sekocenbudu z bieżącego roku. Przy czym Odwołujący sporządzając kalkulacje oparł się na oświadczeniu zawartym w ofercie Przystępującego (str.104 oferty Przystępującego), że „ceny materiałów nie wyższe od średnich cen wg. SEKOCENBUDU za okres, w którym powstała konieczność zakupu” i na podstawie takiego oświadczenia, zastosował najniższe wskaźniki Sekocenbudu, usiłując w ten sposób wykazać zniżenie kosztów w zaoferowanej cenie Skanska .

Natomiast Przystępujący odnosząc się do wskaźników Sekocenbudu zarówno na rozprawie jak i w piśmie z dnia 13.06.2011r. oświadczył, że stosowanie wskaźników Sekocenbudu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w jego ocenie nie może mieć zastosowania, ponieważ nie gwarantuje wygrania postępowania, czyli uzyskania zamówienia.

W związku z powyższym Przystępujący przygotowując oferty sporządza kalkulacje indywidualne tzw. inżynierskie, gdzie wskaźniki Sekocenbudu nie mają zastosowania.

Na rozprawie Przystępujący oświadczył, że sformułowanie w jego ofercie w zakresie poziomu cen materiałów (str.104 oferty) nie oznacza stosowania wskaźników Sekocenbudu, ponieważ oświadczenie, że nie przekracza średniej ceny Sekocenbudu oznacza, że może również zaoferować materiały poniżej minimalnych wskaźników Sekocenbudu, ponieważ wskazał tylko górną granicę cen materiałów, bez wskazywania poziomu najniższych cen.

W tym stanie rzeczy wszelkie kalkulacje cenowe sporządzone przez Odwołującego na wskaźnikach Sekocenbudu nawet najniższych, w celu wykazania rażąco niskiej ceny po stronie Skanska, w ocenie Izby nie stanowią dowodu w sprawie.

Należy również zgodzić się z stanowiskiem Przystępującego, że wymóg dysponowania odpowiednim sprzętem oraz zasobem kadrowym nie oznacza, iż wykonawca jest zobligowany do jego uwzględnienia w całości przy wykonaniu zamówienia, ponieważ wykonawca odpowiada za należyte wykonanie umowy oraz terminowe wykonanie umowy co oznacza, że Zamawiający nie może ingerować w organizację pracy wykonawcy w tym pracę sprzętu i pracę ludzi, ale pod warunkiem nie naruszenia przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz postanowień umownych wiążących strony.

Reasumując w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał po stronie Przystępującego rażąco niskiej ceny, biorąc pod uwagę w szczególności przedstawione na rozprawie wyniki postępowań w zakresie budowy kanalizacji sanitarnych opisanych powyżej, których prawdziwości Odwołujący nie zakwestionował oświadczając jedynie, że takie ceny nie gwarantują zamawiającemu, że firmy te wykonają prace.

W związku z powyższym Izba uznała za nie wykazane przez Odwołującego, iż cena na poziomie zaoferowanym przez Przystępującego za metr bieżący kanalizacji w wysokości 267zł. nie jest ceną funkcjonującą na tym rynku.

Bowiem jak sam Odwołujący wskazywał cena rażąco niska to między innymi cena odbiegająca od cen rynkowych, a tego Odwołujący nie wykazał w stosunku do ceny zaoferowanej przez Skanska.

Reasumując wobec braku wiarygodnych dowodów wskazujących na rażąco niską cenę zaoferowaną przez Przystępującego Skanska oraz braku wniosku dowodowego pomimo pouczenia Odwołującego o możliwości powołania biegłego sądowego na okoliczność ustalenia rażąco niskich cen Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał rażąco niskiej ceny.

Izba w powyższym zakresie oparła się również na dowodach przedstawionych przez Przystępującego, to jest na cenach oferowanych na innych przetargach w bieżącym roku w rejonie Zamawiającego, które nie odbiegały od ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Zarzut co do braku prawidłowych polis ubezpieczeniowych w ofercie Przystępującego został cofnięty przez Odwołującego na rozprawie, wobec powyższego nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Co do tożsamych zarzutów skierowanych pod adresem konsorcjum EKOLOBUD to wobec nie uwzględnienia zarzutów pod adresem Przystępującego Skanska, Izba uznaje je za bezprzedmiotowe, ponieważ nawet ich uwzględnienie nie powoduje uwzględnienia odwołania w związku z treścią art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którą Izba orzeka o uwzględnieniu odwołania, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Bowiem skoro najtańsza oferta Skanska nie zawiera rażąco niskiej ceny to Odwołujący, znajdujący się na trzeciej pozycji w rankingu ofert to jest po konsorcjum EKOLOBUD, nie uzyska zamówienia.

Niemniej odnosząc się do zarzutów pod adresem oferty konsorcjum EKOLOBUD to należy stwierdzić, że skoro jego cena za 1 mb kanalizacji jest wyższą od ceny Przystępującego, którego cena odpowiada cenom rynkowym, to zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do konsorcjum EKOLOBUD również nie został wykazany.

Natomiast Odwołujący nie udowodnił, że EKOLOBUD nie jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę.

Izba również nie stwierdziła w załączonych polisach ubezpieczeniowych do oferty konsorcjum EKOLOBUD zapisów o zakazanych franszyzach – redukcyjnych i integralnych oraz o udziale własnym. Natomiast tak jak Przystępujący, również konsorcjum EKOLOBUD nie przewidział w ofercie podwykonawców w związku z tym nie obowiązuje jego klauzula dodatkowe ubezpieczenia dla podwykonawców.

Zresztą Odwołujący nie wskazał, w którym miejscu polis znajdują się rzekome zakazane zapisy o franszyzach i zapisy o udziale własnym.

Reasumując odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 w związku z § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania kwotę 20.000,00zł wniesioną jako wpis od odwołania.

Przewodniczący: