

Sygn. akt: KIO 1095/11

Sygn. akt: KIO 1109/11

WYROK

z dnia 8 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 26 maja 2011 r. przez wykonawcę **GRUPA 3J S.A., ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa,**
2. w dniu 27 maja 2011 r. przez wykonawcę **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez

Szpital Morski im. PCK, ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia

przy udziale:

- A. wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1095/11 oraz KIO 1109/11 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **GRUPA 3J S.A., ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1109/11 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1095/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża **GRUPĘ 3J S.A., ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa** oraz **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **GRUPĘ 3J S.A., ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa** i **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań.

2.2. Zasądza od **GRUPY 3J S.A., ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa** na rzecz **Szpitala Morskiego im. PCK, ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia** kwotę **3 810 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dziesięć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu,

2.3. Zasądza od **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** na rzecz **Szpitala Morskiego im. PCK, ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia** kwotę **3 810 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dziesięć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu.

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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Morski im. PCK w Gdyni, ul. Powstania Styczniowego 1; 81-519 Gdynia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Rozbudowa części zabiegowej Gdyńskiego Centrum Onkologii przy Szpitalu Morskim im. PCK w Gdyni wraz z zakupem niezbędnego sprzętu i wyposażenia”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lutego 2011 r. pod numerem 2011/S 37-060176.

Dnia 17 maja 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A; 02-673 Warszawa oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Grupa 3J S.A., ul. Żegańska 19; 04-713 Warszawa, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 1095/11.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Grupa 3J S.A., ul. Żegańska 19; 04-713 Warszawa (zwany dalej Odwołującym) i dnia 26 maja 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, albowiem w przypadku jego uwzględnienia złożona przez niego oferta stanowić będzie ofertę najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu. Powyższe dowodzi naruszenia interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Mostostal Warszawa S.A. jako najkorzystniejszej.

2. Nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert.
3. Nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
4. Zwrot kosztów zastępstwa procesowego.
5. Zwrot kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

Odwołujący kwestionuje zasadność odrzucenia własnej oferty i stoi na stanowisku, iż zaproponował cenę za realizację przedmiotu zamówienia, której wysokość ustalił z należytą starannością, z uwzględnieniem rzeczywistych kosztów związanych z jego realizacją oraz zapewniającą wykonanie zamówienia z uwzględnieniem jakości i standardów określonych dokumentacją projektową.

W prowadzonym postępowaniu zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 27 kwietnia 2011 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Pismem z dnia 5 maja 2011r. Odwołujący wyjaśnił, iż rzetelnie skalkulowano poszczególne składniki ceny oferty za wykonanie kolejnych etapów robót, tj. robót budowlanych, instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych i teletechnicznych, w sposób zapewniający konkurencyjność oferty w przedmiotowym postępowaniu, a jednocześnie gwarantujący Odwołującemu opłacalność realizacji inwestycji przy zaproponowanej cenie. W ocenie Odwołującego brak jest podstaw do nie uznania w/w wyjaśnień za wystarczające i potwierdzające, że zaproponowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest realna.

Przekazane wyjaśnienia pokazują, że w kalkulacji ceny, uwzględniono wszystkie elementy mające wpływ na szacowanie ceny zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia.

Odwołujący podniósł w wyjaśnieniach, iż istotne znaczenie dla zaoferowanej ceny miały szczególne czynniki takie jak: opusty cenowe dla Odwołującego od stałych dostawców urządzeń i materiałów, ograniczenie kosztów własnych w ramach realizacji zamówienia w systemie generalnego wykonawstwa. Ta sprzyjająca sytuacja dla wykonawcy skutkuje możliwością zaproponowania korzystnej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający zdyskredytował powyższy argument twierdząc w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, iż w związku z nie przedstawieniem dowodów na poparcie twierdzeń o posiadanych rabatach i upustach nie może uznać tych twierdzeń za wiarygodne. Oprócz stwierdzenia nie uznania za wiarygodne wyjaśnienia Odwołującego, Zamawiający nie podał żadnej argumentacji, która mogłaby poddać pod wątpliwość prawdziwość twierdzeń Odwołującego o wpływie na proponowaną cenę posiadania upustów i rabatów.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 26 maja 2011 roku.

Zamawiający, dnia 27 maja 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, dnia 30 maja 2011 roku zgłosili przystąpienie wykonawcy:

1. Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie.
2. Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Sygn. akt KIO 1109/11.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Skanska S.A. w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajączka 9; 01-518 Warszawa (zwany dalej Odwołującym) i dnia 27 maja 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych i zaniechanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a polegających na:

- 1) podjęciu przez Zamawiającego czynności nieuzasadnionego wyboru oferty spółki Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, chociaż oferta ta nie była najkorzystniejsza z uwagi na fakt, iż podlega ona odrzuceniu, przy jednoczesnym zaniechaniu przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechaniu przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Mostostal, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) zaniechaniu przez Zamawiającego czynności wskazania w jego piśmie z dnia 17.05.2011 r., informującym o wyborze oferty najkorzystniejszej, pełnego katalogu przyczyn odrzucenia oferty spółki GRUPA 3J S.A. z siedzibą w Warszawie,

zarzucając powyższym czynnościom Zamawiającego naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym wyborem oferty Mostostal jako najkorzystniejszej, mimo iż podlega ona odrzuceniu, przy jednoczesnym zaniechaniu czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - przez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. Art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - przez zaniechanie wskazania w piśmie, informującym o wyborze oferty najkorzystniejszej, wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych odrzucenia oferty Grupy 3J, które, poza przesłanką wskazaną przez Zamawiającego w w/w piśmie jako podstawa przedmiotowego odrzucenia, polegają z kolei na niezgodności treści oferty Grupy 3J z treścią s.i.w.z., czyli stanowią samoistną podstawę odrzucenia oferty Grupy 3J w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta jest najkorzystniejsza zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Najniższa cena była bowiem jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, a oferta Odwołującego zawiera obecnie najniższą cenę spośród ważnych ofert w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta Grupy 3J, która zaoferowała najniższą cenę, została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto oferta ta posiada inną jeszcze wadę, obligującą Zamawiającego do jej odrzucenia, jak również oferta Mostostal wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu dotknięta jest wadą, w świetle której Zamawiający winien tę ofertę odrzucić, a nie dokonywać jej wyboru, jako oferty najkorzystniejszej.

Natomiast szkoda, jaką Odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów Ustawy, polega na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Mostostal, jako najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- podjęcia czynności odrzucenia oferty Mostostal,
- podjęcia czynności odrzucenia oferty Grupy 3J z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, stanowiących podstawę jej odrzucenia,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

I. Zamawiający w s.i.w.z. w § 7 Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie podleganiu wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 Pzp i dokumentach stanowiących ofertę w pkt. 9 ppkt. 9.3. przewidział, iż harmonogram rzeczowo-finansowy jest dokumentem stanowiącym ofertę. Harmonogram ten stanowi zatem treść oferty.

Z kolei w s.i.w.z. w § 1 Opis przedmiotu zamówienia w pkt. 5, dotyczącym złożenia przez wykonawcę w ofercie wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji robót w rozbiu na okresy miesięczne, Zamawiający sformułował m.in. wymóg, iż: *„W części finansowej harmonogram powinien zakładać fakturowanie nie częściej niż raz w miesiącu i na kwoty nie mniejsze niż 1 000 000 PLN”*. Jednocześnie w postanowieniach umowy (§ 52), będących załącznikiem nr 5 do s.i.w.z. i stosownie do odpowiedzi na pytanie nr 104, zawartej w piśmie Zamawiającego z dnia 24.03.2011 r., Zamawiający postawił wymóg, iż: *„2. Łączna wartość wszystkich przejściowych faktur nie może przekroczyć 80% wynagrodzenia, o którym mowa w § 46 ust. 1 Umowy”*.

Przez wzgląd zatem na fakt, iż postanowienia umowy zostały załączone do s.i.w.z. (stanowią one jej integralną część) a kwotę wynagrodzenia umownego stanowi cena podana w ofercie, wykonawcy powinni byli sporządzić harmonogram rzeczowo-finansowy, uwzględniając przy tym zarówno odpowiednie postanowienia s.i.w.z. jak i umowy (załącznika nr 5 do s.i.w.z.).

Z treści dokumentu „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy Realizacji Zadania”. stanowiącego element oferty Mostostal, a konkretnie z jego ostatniego wiersza, zatytułowanego „Fakturowanie”, wynika wprost, iż łączna wartość wszystkich przejściowych faktur przekracza próg 80% wynagrodzenia umownego, gdyż wynosi 28.181.842.62 zł podczas gdy ta łączna wartość, biorąc pod uwagę fakt zaoferowania przez Mostostal ceny w wysokości 30.074.503,99 zł, nie powinna przekraczać w jego przypadku kwoty 24.059.603.19 zł. Tym samym łączna wartość wszystkich przejściowych faktur, wynikających z w/w harmonogramu Mostostal, wynosi 93,71% wartości ceny ofertowej (wynagrodzenia umownego) Mostostal.

Z powyższego wynika zatem, iż treść oferty Mostostal, w zakresie jej elementu w postaci dokumentu „Harmonogram Rzeczowo-Finansowy Realizacji Zadania”, nie odpowiada treści s.i.w.z. odnośnie postawionego przez Zamawiającego wymogu, iż łączna wartość wszystkich przejściowych faktur nie może przekroczyć 80% wynagrodzenia umownego. Innymi słowy treść oferty Mostostal oznacza, w tym kwestionowanym przez Odwołującego zakresie, iż Zamawiający byłby zobowiązany regulować faktury przejściowe do kwoty łącznej wyższej, aniżeli dopuszczony w postanowieniach umowy, stanowiących integralną część s.i.w.z. próg 80% wynagrodzenia umownego.

II. Odwołujący podnosi, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Grupy 3J również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z., a nie tylko zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zaniechał wskazania tej podstawy odrzucenia oferty Grupy 3J wraz z podaniem jej uzasadnienia

faktycznego i prawnego w zawiadomieniu, informującym wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Treść oferty Grupy 3J nie odpowiada treści s.i.w.z. Jest to spowodowane faktem, że harmonogram rzeczowo-finansowy, stanowiący element oferty Grupy 3J, a więc również jej treść, co wynika z § 7 pkt. 9 ppkt. 9.3 s.i.w.z., mówiącego iż: harmonogram rzeczowo-finansowy jest dokumentem stanowiącym ofertę, nie zawiera w ogóle informacji wymaganej przez Zamawiającego na podstawie postanowień umowy (§ 52), będących załącznikiem nr 5 do s.i.w.z. Stosownie bowiem do w/w zapisu umownego i do odpowiedzi na pytanie nr 104, zawartej w piśmie Zamawiającego z dnia 24.03.2011 r., Zamawiający postawił wymóg, iż: „2. Łączna wartość wszystkich przejściowych faktur nie może przekroczyć 80% wynagrodzenia, o którym mowa w § 46 ust. 1 Umowy”. Zatem przedmiotowy brak w harmonogramie rzeczowo-finansowym Grupy 3J oznacza, że treść jej oferty nie zawiera oświadczenia woli, z którego wynikałoby, że łączna wartość wszystkich przejściowych faktur nie przekroczy 80% wynagrodzenia umownego Grupy 3J. Zatem Grupa 3J nic zobowiązała się w swej ofercie, że łączna wartość wszystkich jej faktur przejściowych nie przekroczy 80% jej wynagrodzenia umownego, co narażałoby Zamawiającego na konieczność zapłaty w ramach łącznej wartości wszystkich faktur przejściowych kwoty wyższej niż 80% wynagrodzenia umownego Grupy 3J.

Powyższe uchybienie i zaniechanie odrzucenia z jego powodu oferty Grupy 3J stanowi nie tylko o braku zastosowania przez Zamawiającego sankcji przewidzianej prawem w tym zakresie, ale jest też przejawem dopuszczenia się przez Zamawiającego naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W takim stanie rzeczy Grupa 3J mogła bowiem w ogóle nie ująć w cenie swej oferty „kosztu pieniądza w czasie”, który to koszt wynika z faktu, iż co najmniej 20% wynagrodzenia umownego zostanie zapłacone wykonawcy dopiero w ramach faktury końcowej, jak to wynika z § 53 postanowień umowy (załącznik nr 5 do s.i.w.z.).

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 27 maja 2011 roku.

Zamawiający, dnia 27 maja 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, dnia 30 maja 2011 roku zgłosili przystąpienie wykonawcy:

1. Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie.
2. Grupa 3J S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożonych podczas rozprawy, oraz w pismach procesowych, Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

KIO 1095/11.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający pismem z dnia 27 kwietnia 2011 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący miał złożyć szczegółowe wyjaśnienia w zakresie zaproponowania tak niskiej ceny ofertowej.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z dnia 5 maja 2011 roku złożył wyjaśnienia wskazując, iż w okresie ostatnich dwóch lat nastąpiła znaczna zmiana cen na rynku robót budowlanych w segmencie budownictwa szpitalnego. Odwołujący podał, iż oszacował przedmiot zamówienia z należytą starannością z uwzględnieniem rzeczywistych kosztów związanych z jego realizacją oraz zapewniający wykonanie zamówienia z uwzględnieniem wysokiej jakości standardów obowiązujących u Odwołującego. Odwołujący wyjaśnił, że rzetelnie skalkulował poszczególne składniki ceny oferty za wykonanie kolejnych

etapów robót, w sposób zapewniający konkurencyjność oferty w przedmiotowym postępowaniu, a jednocześnie gwarantujący Odwołującemu opłacalność realizacji inwestycji przy zaproponowanej cenie. Odwołujący wskazał, iż na taką kalkulację ceny ofertowej miały wpływ w szczególności takie czynniki jak: upusty cenowe stosowane przez kontrahentów dla Odwołującego, ograniczenie kosztów własnych w ramach realizacji zamówienia w systemie generalnego wykonawstwa, minimalny (3%) poziom zysku w obecnej sytuacji rynkowej.

Istotnym dla Odwołującego był również fakt, iż kalkulacja ceny oferty w wysokości 3060 zł netto za m² nie odbiega znacząco od stawek podawanych w biuletynie cen obiektów budowlanych BCO SEKOCENBUD, gdzie za wybudowanie podobnego obiektu – Pawilonu Szpitalnego Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego (stawki za IV kwartał 2010 r.) cena jednostkowa kształtuje się na poziomie 2820 zł netto za m² powierzchni netto budynku. Uwzględniając w powyższej kalkulacji rabaty dostawców i producentów materiałów z uwagi na duży rozmiar inwestycji (ponad 6 000 m² powierzchni użytkowej budynku) cena jest realna i zagwarantuje wykonanie obiektu w standardzie określonym przez Zamawiającego.

Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę chociażby porównanie cen materiałów podstawowych koniecznych do wykonania stanu surowego, zgłoszony jako dowód przez Przystępującego Mostostal, dopuszczony przez Izbę wynika, iż Odwołujący nie dochował należytej staranności przy dokonywaniu wyceny prac składających się na przedmiot zamówienia. Jak wynika z przedmiotowego zestawienia, wartość materiałów użytych do wykonania stanu surowego wraz z robocizną, sprzętem, kosztami pośrednimi i zyskiem wg. oferty Odwołującego to 3 612 397,58 zł brutto, gdzie z wyliczenia Przystępującego Mostostal sam koszt materiałów niezbędnych do wykonania tego etapu robót to 3 884 817,17 zł, przy uwzględnieniu rabatów i upustów przysługujących Przystępującemu Mostostal. Natomiast koszty pozostałe a zwłaszcza samej robocizny to wartość ok. 1 800 000,00 zł.

Powyższe oznacza, że cena już w tym zakresie jest ceną rażąco niską.

Przepis art. 90 ustawy Pzp stanowi, iż – ust. 1 Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (ust. 2).

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 (ust. 3).

W ocenie Izby ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego prowadzi do konkluzji, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W szczególności Izba zwraca uwagę na fakt, iż Odwołujący składając przedmiotowe wyjaśnienia nie poparł ich stosownymi dowodami, które mogłyby potwierdzać nie zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Co prawda z ustawy Pzp nie wynika prawo Zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, natomiast wykonawca, udzielając wyjaśnień, może takie dowody złożyć, a wówczas Zamawiający będzie zobowiązany, oceniając wyjaśnienia, wziąć pod uwagę ich poświadczenie stosownym dowodem. Sprzeczne z ustawą byłoby uznanie za rażąco niską ceny i odrzucenie oferty, bez możliwości wykazania, że jest ona rzetelna. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych – jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna.

W ocenie Izby wyjaśnienia Odwołującego są mało wiarygodne, ogólnikowe, a przede wszystkim nie wskazują w jaki sposób okoliczności przywołane przez Odwołującego w jego wyjaśnieniach wpłynęły na zaoferowanie oferty na takim właśnie poziomie cenowym.

Jak słusznie stwierdziła Izba w wyroku z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 246/11 Zamawiający nie musi dysponować wiedzą znaną tylko wykonawcy, które elementy konstrukcyjne ceny oferty, w taki czy inny sposób skalkulowano, które z nich podlegały obniżeniu i jaka była ku temu przyczyna. To wykonawca posiada stosowną wiedzę w tym zakresie. Nadto wskazania w tym miejscu wymaga, że z momentem wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. (...) Odwołujący przywołał jedynie ogólnikowo takie okoliczności jak upusty cenowe, z których korzysta, ograniczenia kosztów stałych oraz minimalny poziom zysku. Nie podał jednakże, w jaki sposób każda z tych okoliczności zaważyła na kwocie jego oferty. Nie wskazał w najmniejszy nawet sposób, w jakim wymiarze okoliczności te rozpatrywane razem lub też osobno spowodowały, że jego oferta była tak niska cenowo. W ten sposób, poprzez swoje

zaniechanie, Odwołujący doprowadził do sytuacji, że jego wyjaśnienia stały się niewiarygodne.

W wyroku z dnia 15 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2619/10 i KIO/UZP 2624/10 Izba wskazała, iż oczekiwanie, aby zamawiający określał jakie elementy oferty ma wykonawca wyjaśnić w celu udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny jest nieuzasadnione, gdyż zamawiający nie dysponuje wiedzą na temat szczególnych warunków w jakich znajduje się wykonawca składający ofertę, stąd trudno oczekiwać od niego, aby wskazywał, jakie elementy oferty, w jego ocenie uzasadniają zaproponowaną cenę, nadto gdyby z oferty wynikały obiektywne czynniki uzasadniające wysokość ceny zamawiający nie miałby potrzeby wzywania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, gdyż nie miałby podstaw do powzięcia wątpliwości, czy oferta zawiera cenę rażąco niską. Prawidłowe skorzystanie przez zamawiającego z instytucji wyjaśnień uregulowanej w art. 90 ust. 1 ustawy stwarza domniemanie, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Jest to domniemanie obalane, ale ciężar dowodu spoczywa w tym przypadku na odwołującym, który udzielając wyjaśnień powinien przekonać, rozwiać wątpliwości, wreszcie udowodnić zamawiającemu, że jego cena jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia i ekonomicznie uzasadnioną, tj. taką, która pozwala na dalsze prowadzenie działalności gospodarczej przez wykonawcę i nie zagraża jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wykonawca nie może w takiej sytuacji poprzestawać na ogólnikowym przywoływaniu okoliczności faktycznych dotyczących go bez pokazania realnego wpływu tych okoliczności na wysokość zaoferowanej ceny. Wezwanie do udzielenia wyjaśnień oraz ocena udzielonych wyjaśnień są jednym z kluczowych elementów czynności badania o ceny ofert. Stąd też ustawodawca w żadne sposób nie ogranicza wykonawców w możliwościach i środkach przy pomocy, których udzielą oni wyjaśnień i pokażą wpływ okoliczności, na które się powołują na zaoferowaną cenę. Przeciwnie, ustawodawca wychodzi z założenia, że to właśnie na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania zamawiającemu, iż zaoferowana cena jest ceną realną.

Stwierdzić należy, że przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez zamawiającego "oceny" zaoferowanej ceny, zatem przesłanie jakiegokolwiek pisma o nazwie "wyjaśnienia" nie jest wystarczające (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2499/10).

Izba w wyroku z dnia 8 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1812/10 stwierdziła, że 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. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione.

W ocenie Izby Odwoławczy, pomimo wezwania Zamawiającego, nie pokazał wpływu okoliczności, na które się powołał, na kwotę zaoferowanej przez niego ceny. Z tego też powodu dokonane przez Zamawiającego odrzucenie oferty Odwoławczego było jedyną możliwą czynnością i zostało dokonane w całkowitej zgodności z ustawą Pzp.

Reasumując stwierdzić należy, że w stanie faktycznym niniejszego postępowania uznanie oferty Odwoławczego za ofertę z rażąco niską ceną było w pełni uzasadnione. Z 17 ofert jakie wpłynęły do Zamawiającego w terminie składania ofert, 16 opiewało na kwoty powyżej 32 mln zł. Oferta Odwoławczego natomiast jedynie na 24,5 mln zł. Nie sposób natomiast uznać, iż inni wykonawcy na rynku, będący *de facto* wykonawcami powszechnie znanymi i realizującymi szereg inwestycji także w ramach zamówień publicznych, nie dysponują rabatami i upustami od dostawców czy hurtowników materiałów niezbędnych przy realizacji zamówienia. W głównej mierze to właśnie na tą okoliczność posiadania korzystnych rabatów powołuje się Odwoławczy tłumacząc wysokość zaproponowanej przez siebie ceny za realizację zamówienia. Jednakże poza gołosłownymi i ogólnymi twierdzeniami nie wykazał on w sposób mogący dać Zamawiającemu uzasadnione przypuszczenie, iż faktycznie za zaoferowaną cenę wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, a w szczególności, iż posiadane korzystne powiązania z dostawcami materiałów zapewniają mu możliwość zaoferowania ceny, co najmniej o około 35 % do 45 % tańszej od oferty od pozostałych wykonawców.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu w wysokości 3 810,00 zł.

KIO 1109/11.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w § 1 pkt 5 nakazał wykonawcom przedstawienia w ofercie wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji robót w rozbiciu na okresy miesięczne, w którym wykonawcy ustalić mieli węzłowe terminy kontrolne dla całego zakresu robót: stan zerowy, stan surowy otwarty, stan surowy zamknięty. W harmonogramie należało uwzględnić wymóg dotrzymania terminów wykonania stanu zerowego w ciągu 5 miesięcy od daty przekazania placu budowy i termin osiągnięcia w ciągu 12 miesięcy od daty przekazania placu budowy stanu surowego otwartego. Należało również przewidzieć rozebranie budynku Nr 5 nie wcześniej niż po 31 marca 2012 r. W części finansowej harmonogram powinien zakładać fakturowanie nie częściej niż raz w miesiącu i na kwoty nie mniejsze niż 1 000 000 PLN.

Zamawiający podał również informację, iż wykonawca uzgodni z Zamawiającym wstępny harmonogram w ciągu 10 dni od daty zawarcia umowy, a wykonawca będzie obowiązany do uaktualniania szczegółowego harmonogramu w przypadku zmian w realizacji.

Ponadto w zakresie możliwości dalszej ingerencji w postanowienia wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowego traktują postanowienia projektu umowy, stanowiącej załącznik Nr 5 do s.i.w.z.

§ 8 pkt 2 stanowi, iż termin wykonania poszczególnych elementów określa harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy w układzie miesięcznym stanowiący integralną część umowy. Zmiany harmonogramu w zakresie terminów wykonania poszczególnych elementów i ich finansowania wymaga pisemnego uzgodnienia przez strony, nie wymaga natomiast zmiany niniejszej umowy.

Powyższe postanowienia zarówno specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i projektu umowy bezsprzecznie wskazują na rolę harmonogramu rzeczowo-finansowego,

składanego wraz ofertą, jako dokumentu pomocniczego, wstępnego, nie podlegającemu ocenie przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert. Tym bardziej postanowienia wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowego nie stanowią i stanowić nie mogą podstawy do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Rola jaką Zamawiający przypisał wstępnemu harmonogramowi rzeczowo-finansowemu ma charakter czysto poglądowy, bez jakichkolwiek skutków prawnych nawet, w ocenie Izby w przypadku nie załączenia takiego harmonogramu do oferty. Harmonogram nie zaliczał się do kręgu dokumentów i oświadczeń, które podlegały ocenie formalnej ani też merytorycznej złożonej oferty.

W związku z tym, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące zakresu informacji, jakie mają być zawarte we wstępnym harmonogramie rzeczowo-finansowym w połączeniu z informacją Zamawiającego, iż dopiero po zawarciu umowy będą w tym względzie czynione uzgodnienia pomiędzy stronami umowy oraz w związku z faktem, iż zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego nie stanowią zmiany umowy, Izba uznała, że zarzuty Odwołującego są bezzasadne.

W powyższym zakresie Izba podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 12 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 34/10, gdzie Izba orzekła: Skład orzekający powziął wątpliwość, na ile "treść" harmonogramu w formie graficznej - co do którego, z kontekstu postanowień SIWZ można wnosić, że faktycznie jest on projektem załącznika nr 6 do przyszłej umowy - może być oceniana pod kątem zgodności treści oferty z treścią SIWZ - skoro Zamawiający z góry zastrzega, że rzeczywisty harmonogram będzie ustalony dopiero po podpisaniu umowy, a harmonogram, który ma być dołączony do oferty wyraźnie nazywa w PFU "wstępnym". Zamawiający przewiduje ostateczne sformułowanie harmonogramu dopiero w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, co oznacza, że będzie on dostosowany do okoliczności znanych w momencie sporządzania harmonogramu i ustaleń poczynionych już w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ - w kontekście podnoszonego przez Odwołującego zarzutu, w związku z informacją zawartą na stronie 6 i 7 oferty Przystępującego, nie można uznać, że treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ.

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1349/09.

Harmonogram rzeczowo-finansowy ma na ogół charakter pomocniczy przy realizacji zadania. Możliwość zmiany harmonogramu po zawarciu umowy z danym wykonawcą oznacza, iż harmonogram ten nie stanowi w istocie treści oferty i nie może być podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (...). Możliwość zmiany

harmonogramu po zawarciu umowy z danym wykonawcą oznacza, iż harmonogram ten nie stanowi w istocie treści oferty (*vide*: KIO/UZP 434/10).

Przepis art. 144 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych zakazuje wprowadzania istotnych zmian w treści zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że Zamawiający przewidział możliwość takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Ustęp 2 w/w artykułu wprowadza rygor unieważnienia tejże zmiany, która została dokonana z naruszeniem ustępu 1.

Jak już wcześniej stwierdzono, wstępny harmonogram rzeczowo-finansowy pełni rolę czysto pomocniczą, w związku z czym brak jest przesłanek do wskazania, że ewentualne zmiany wprowadzane do tegoż harmonogramu po zawarciu umowy powodowałyby nieważność umowy. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1326/09, że: Za istotną treść oferty należy przyjąć te zobowiązania wykonawcy, przyjęte w ofercie, które są określone w sposób skonkretyzowany i niezmienny, takiego charakteru nie mają terminy wykonania poszczególnych etapów robót składających się na przedmiot zamówienia, gdy są one zależne od warunków pogodowych, współdziałania zamawiającego w udostępnieniu placu budowy i wywiązania się z realizacji prac przez innego wykonawcę części tej samej inwestycji, warunkujących prowadzenie robót, jeżeli zamawiający zamierzał nadać charakter wiążący terminom wykonania wyznaczonych etapów robót, winien to przewidzieć wprost w formularzu oferty oraz we wzorze umowy. Harmonogram robót ma charakter pomocniczy, służący kontrolowaniu postępu prac i rozliczeń, ewentualnie ich koordynacji, jak również umożliwiającą zabezpieczenie środków na płatności faktur wykonawcy, pozyskaniu środków zewnętrznych, co jakkolwiek ważne z punktu widzenia interesów zamawiającego, nie kwalifikuje oferty odwołującego do odrzucenia, z uzasadnieniem jej niezgodności z treścią SIWZ, ze względu na stwierdzone odstępstwa od przekazanego wzoru harmonogramu. Harmonogram nie stanowi treści oferty, jako stałego i niezmiennego zobowiązania. Poprawianie harmonogramu nie ingeruje w treść oferty, wobec czego jest dopuszczalne stosownie do postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu w wysokości 3 810,00 zł.

Przewodniczący: