

WYROK
z dnia 25 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 stycznia 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ERBUD S.A. (lider), ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 83-375 Bydgoszcz**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., ul. Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia:

- A. **konsorcjum: Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01- 040 Warszawa i Ferrovial Agroman S.A. Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madryt, Hiszpania**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego konsorcjum **ERBUD S.A. (lider), ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka Sp. z o.o., 83-375 Bydgoszcz**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego konsorcjum **ERBUD S.A. (lider), ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 83-375 Bydgoszcz**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od odwołującego konsorcjum: **ERBUD S.A. (lider), ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa i Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „EBUD” Przemysłówka Sp. z o.o. ul. Biskupińska 11, 83-375 Bydgoszcz** na rzecz zamawiającego **Kujawsko-Pomorskich Inwestycji Medycznych Sp. z o.o., ul. Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń**, kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., 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 Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na „Przebudowę i rozbudowę Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Rydygiera w Toruniu” (Dz. Urz. UE 2014/S 189-332994 z 2.10.2014 r.), zostało wniesione w formie pisemnej w dniu 8 stycznia 2016 r. odwołanie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej łącznie: zwanym „odwołującym”), w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało złożone skutkiem powiadomienia w dniu 30 grudnia 2015 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez konsorcjum: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie, dalej zwane „konsorcjum Budimex S.A.”

Odwołanie dotyczy niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), dalej „ustawy Pzp” - czynności zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu tj.:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum firm: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A., jako najkorzystniejszej,
- b) zaniechania czynności odrzucenia oferty konsorcjum Budimex.

Ww. czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący stawiał następujące zarzuty:

- 1) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej,
- 2) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Budimex jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 30.12.2015 r. polegającej na wyborze oferty konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej,
- b) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym odrzucenie oferty konsorcjum Budimex,
- c) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych i uzyskanie pozwoleń na użytkowanie obiektów budowlanych wraz z infrastrukturą podziemną i drogową określonych w Dokumentacji Projektowej łącznie jako „Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Rydygiera w Toruniu” zlokalizowanej w Toruniu przy ul. Św. Józefa.

Przedsięwzięcie zostało podzielone na 11 Odcinków:

Odcinek 1 - Budynek 510 - nowy budynek szpitalny nr 510 ze Szpitalnym Oddziałem Ratunkowym z lądowiskiem dla helikopterów ratunkowych na dachu, Oddziałem Anestezjologii i Intensywnej Terapii, Centralnym Blokiem Operacyjnym, Zakładem Diagnostyki Obrazowej oraz łóżkami zabiegowymi.

Odcinek 2 - Budynek 520 - nowy budynek administracyjny nr 520 zawierający pomieszczenia administracyjne oraz Aptekę Szpitalną, Magazyn Odpadów Medycznych i Prosektorium.

Odcinek 3 - Budynek 530 - nowy budynek nr 530 zawierający Oddział Chorób Zakaźnych i Zespół Poradni Przyszpitalnych.

Odcinek 4 - Budynek 540 - nowy budynek nr 540 Oddziały Psychiatryczne.

Odcinek 5 - Budynek 550 - przebudowa istniejącego budynku Szpitala na VI piętrze oraz modernizacja pięter II-V wraz z modernizacją infrastruktury w budynku.

Odcinek 6 - Budynek 560 - nowy budynek garażu nr 560 na 303 miejsca parkingowe.

Odcinek 7 - Budynek 570 A,B,B,C,D,E - nowe budynki techniczne 570A, 570B, 570B, 570C, 570D, 570E.

Odcinek 8 - Budynek 580 - przebudowa istniejącego budynku Szpitala: parter, część 1 piętra i piwnicy.

Odcinek 9 - nowy układ drogowy na działce wraz z parkingami naziemnymi, podziemną siecią infrastruktury oraz urządzeniem zieleni i małą architekturą- część I wyodrębniona z Projektu Zagospodarowania Terenu w północnej części opracowania- co najmniej w zakresie technologicznie uzasadnionym i niezbędnym dla uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie Odcinka 1 - Budynek 510.

Odcinek 10 - nowy układ drogowy na działce wraz z parkingami naziemnymi, podziemną siecią infrastruktury oraz urządzeniem zieleni i małą architekturą - część II pozostały zakres Projektu Zagospodarowania Terenu w kierunku południowym od Odcinka 9.

Odcinek 11 - przebudowa ul. Św. Józefa.

Odwołujący podnosił, że jest wykonawcą, który jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia i ma interes w jego uzyskaniu. W tym celu złożył ofertę i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę, bowiem oferta odwołującego została sklasyfikowana w rankingu oceny ofert na drugim miejscu, za ofertą konsorcjum Budimex.

Odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Budimex doprowadzi do sytuacji, w której to oferta odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. W wyniku czynności i zaniechań zamawiającego odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na zysk, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący uzasadniał, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanego powyżej zaniechania zamawiającego może być, bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, co w istotny sposób wpłynie na wynik postępowania.

Zarzut I. Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Budimex S.A., jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp 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. Zastosowanie powołanej procedury jest czynnością zamawiającego, od której w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną odstąpić nie może. W niniejszym postępowaniu zamawiający pismem z dnia 14 września 2015 r., a następnie pismem z dnia 4 listopada 2015 r. wezwał konsorcjum Budimex na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i ewentualnie przedstawienia odpowiednich dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w postępowaniu. Podkreślił, że w świetle okoliczności faktycznych sprawy powyższe wezwanie było w pełni uzasadnione, w szczególności ze względu na dysproporcję pomiędzy ceną zaoferowaną przez konsorcjum Budimex a cenami pozostałych ofert i kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Konsorcjum Budimex nie zakwestionowało poprzez wniesienie odwołania - dokonanego przez zamawiającego wezwania, potwierdzając tym samym, że ze względu na wskazane powyżej okoliczności - jego wystosowanie przez zamawiającego było prawidłowe i uzasadnione.

W opinii odwołującego, powyższe ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania i to z dwóch względów.

Po pierwsze, na co już wyżej wskazywał wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca, składając żądane przez zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest to domniemanie

obalić, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Na opisane powyżej skutki wezwania do wyjaśnień ceny Izba zwróciła uwagę w szeregu orzeczeniach, m.in. w:

- wyroku z dnia 28 października 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2242/10, zgodnie z którym: *„wystąpienie do wykonawcy (Odwołującego), w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne (praesumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, tak wyrok KIO z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1068/08 oraz wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1443/08. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05). Wykonawca powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i winien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę,”* tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2010, sygn. akt KIO/UZP 1701/10.

- wyroku z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 624/11, w którym: *„Izba podzieliła w tym zakresie pogląd wyrażony przez Zamawiającego, iż to na Wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. (...) W rozpatrywanym przypadku Odwołujący nie przedstawił wyczerpująco sposobu zgodnie, z którym dokonano kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”;*

- wyroku z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12, zgodnie z którym: *„Zamawiający ma obowiązek ocenić wyjaśnienia w kontekście całego przedmiotu zamówienia i tym samym przedmiotu oferty. Wykonawca ma natomiast obowiązek przedstawić wyjaśnienia przekonujące i rzeczowe co do pełnego zakresu wyceny oferty. Wykonawca powinien przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska.”*

Odwołujący ponownie podkreślił, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie prawne zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. Art. 90 ust. 3 ustawy wyraźnie nakazuje zamawiającemu

odrzućcenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją opisaną w powołanym przepisie art. 90 ust. 3 ustawy.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z Formularzem Oferty, stanowiącym Załącznik Nr 1 do IDW, każdy z wykonawców zobowiązany był do rozbicia ceny na poszczególne odcinki (1 - 11). Analiza cen wyszczególnionych w Formularzu oferty konsorcjum Budimex oraz analizy wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwania zamawiającego doprowadziła odwołującego do wniosków, iż:

1) cena za odcinek 5.2 (piętra II-V), wynosząca 13 364 755,91 zł brutto, jest ceną rażąco niską, co w konsekwencji oznacza, iż także całkowitą cenę oferty w kwocie 336 413 825,65 zł brutto - należy potraktować jako rażąco niską w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, iż odcinek 5.2 obejmuje zaprojektowanie i wykonanie przebudowy i remontów oddziałów szpitalnych kondygnacji II-V piętra budynku głównego Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego w Toruniu w zakresie odcinka 5, o którym mowa w SIWZ na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego, wizji lokalnej oraz inwentaryzacji stanu istniejącego.

Odcinek 5, budynek 550 obejmujący przebudowę i modernizację Budynku Głównego G, zamawiający podzielił na dwa odcinki:

5.1 - przebudowa VI Piętra zgodnie z dokumentacją przekazaną przez zamawiającego o pow. użytkowej 1321,15 m², pow. całkowitej 1760

5.2 - przebudowa czterech pięter (od II do V) zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym opracowanym przez zamawiającego o pow. użytkowej 4500 m². Jest to wymagana przez SIWZ powierzchnia użytkowa szpitalna, pow. całkowita zgodnie ze stanem istniejącym wyniesie ok. 6033 m². Odwołujący przyznał, że w tym przypadku dokumentację opracowuje wykonawca.

Ponadto, część modernizacji i przebudowy Budynku Głównego G, obejmująca piętra - 1,0, +1,+2 (tylko część komunikacji) - zawarta jest w projektach dostarczonych przez zamawiającego i nazwana jest jako odcinek - 8 budynek 580.

Dalej odwołujący wyjaśniał, że zamawiający określił w PFU standard, który muszą spełniać piętra z odcinka 5.2 jako analogiczny do projektu odcinka 5.1, oraz odcinka 8 budynek-580.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący założył, że cena jaką wykonawcy przyjęli za wykonanie zadania 5.2 powinna wynosić minimum proporcjonalną (do powierzchni) wielokrotność ceny, jaką przyjęli za realizację odcinka 5.1. i odcinka 8, budynek 580.

Odwołujący wyjaśniał, że ceny złożonych ofert za odcinki 5.1 wynosiły

BUDIMEX SA- Ferrovia Agroman S.A. - 4 236 047,01 zł

ERBUD S.A.- EBUD Przemysłówka - 5 633 349,68 zł

ASTALDI S.p.A- NBI S.p.A- 4 932 585,70 zł

WARBUD SA GTM Bâtiment SAS, SICRA ILE DE FRANCE- 4 645 996,04 zł

IDS-BUD SA- KORPORACJA "ALTIS- HOLDING"- 5 712 324,00 zł;

Średnia - 5 032 060,49 zł

Ceny złożonych ofert za odcinki 5.2 wynosiły

BUDIMEX SA- Ferrovia Agroman S.A. - 13 364 755,91 zł

ERBUD S.A.- EBUD Przemysłówka - 27 812 356,96 zł

ASTALDI S.p.A- NBI S.p.A- 19 730 342,84 zł

WARBUD SA GTM Bâtiment SAS, SICRA ILE DE FRANCE- 25 471 999,92 zł

IDS-BUD SA- KORPORACJA "ALTIS- HOLDING" - 31 791 442,00 zł

Średnia - 23 634 179,53 zł.

Z powyższego wynika, że cena dla odcinka 5.2 przyjęta przez konsorcjum Budimex jest ok. 43% niższa niż średnia cen wykonawców dla tego odcinka.

W dowodzeniu tezy o rażąco niskiej cenie za odcinek 5.2 w ofercie Budimex odwołujący posłużył się kalkulacją kosztów sporządzoną na podstawie czterech przykładów:

Przykład 1. Analizy porównawczej do wycenionego odcinka 5.1 -VI piętro istniejącego budynku, na podstawie projektu wykonawczego. Zaznaczał, że w PFU występują wielokrotnie zapisy o przyjęciu standardów i rozwiązań analogicznie jak na innych kondygnacjach, np.:

- pkt. 2 str. 3 PFU: „Program funkcjonalno-użytkowy (zwany PFU) dotyczy wykonania robót budowlanych na części odcinka 5 - w zakresie przebudowy i remontu kondygnacji II-V wraz z wymianą lub przebudową i remontem infrastruktury oraz dostosowaniem przebudowywanych pięter do projektów budynków 550 (VI piętro) i 580”.

- pkt. 3, str. 6 PFU : „Prace projektowe i budowlane powinny być wykonane zgodnie z niniejszym PFU w nawiązaniu do dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego, na którą się powołuje przedmiotowy program, oraz z wymogami obowiązujących przepisów, norm i instrukcji”,

- pkt 5.1, str. 68 PFU: „W zakresie wykończenia pomieszczeń należy zaprojektować i wykonać prace w standardzie nie gorszym niż przyjęto w projektach dla budynków 550 i 580, a dla sal endoskopowych, zabiegowych i operacyjnych w standardzie nie gorszym niż dla tych samych typów pomieszczeń w budynku 510, opracowanych przez Projektanta 4105.eu,

w tym w oparciu o Specyfikacje Techniczne. Należy zastosować materiały i rozwiązania instalacyjne w oparciu o dokumentację projektową udostępnioną przez Zamawiającego.”

- w toku postępowania o udzielenie zamówienia, np. na pytania dotyczące instalacji zamawiający udzielał odpowiedzi, że instalacje należy projektować analogicznie jak piętro VI-odcinek 5.1 (np. odpowiedzi na pytania z dnia 14.08.2015, pytania nr: 904, 905, 950, 956,957). Oznacza to, zdaniem odwołującego, że taka analiza porównawcza jest prawidłowa.

Przykład 2. Analizy porównawczej do odcinka 8, budynek 580.

Przykład 3. Analizy ceny na podstawie kosztów budowy odcinka 1 - budynek 510.

Przykład 4. Analizy realizacji rozbudowy i modernizacji szpitala powiatowego w Brzezinach wykonanego przez ERBUD S.A. o porównywalnym zakresie prac.

Przykład 5. Analizy złożonej oferty na Szpital Wojewódzki we Włocławku o porównywalnym zakresie prac, w postępowaniu wygranym przez firmę Budimex S.A.

Ad przykład 1. Wycena na podstawie analizy odcinka 5.1:

Szacunek kosztów odcinka 5.2 przyjęty na podstawie ceny 1 m2 powierzchni użytkowej dla odcinka 5.1. Wskaźnik kosztów 1m2 dla odcinka 5.1 o pow. =1321,15m2

BUDIMEX S.A.- Ferrovia Agroman S.A. - 3 206,33 zł

ERBUD S.A.- EBUD Przemysłówka - 4 263,97 zł

ASTALDI S.p.A- NBI S.p.A - 3 733,55 zł

WARBUD S.A. GTM Bâtiment SAS, SICRA ILE DE FRANCE- 3 516,63 zł

IDS-BUD SA- KORPORACJA "ALTIS- HOLDING" - 4 323,75 zł

Wartość odcinka 5.2 o pow. uż. 4500m2 wg wskaźnika z odcinka 5.1:

BUDIMEX S.A.- Ferrovia Agroman S.A. -14 428 499,07 zł

ERBUD S.A.- EBUD Przemysłówka -19 187 884,46 zł;

ASTALDI S.p.A- NBI S.p.A - 16 800 995,84 zł

WARBUD S.A. GTM Bâtiment SAS, SICRA ILE DE FRANCE- 15 824 836,07 zł

IDS-BUD S.A.- KORPORACJA "ALTIS- HOLDING"- 19 456 880,75 zł

Odwołujący uważał, że do powyższych wartości należy doliczyć koszty, które nie były ujęte w cenie odcinka 5.1, czyli dodatkowy koszt związany z wykonaniem sal operacyjnych oraz koszty opracowania dokumentacji projektowej. Dla celów porównawczych przyjął szacunek własny na sale operacyjne. Ponadto doliczył koszt prac projektowych. Dla celów porównawczych koszt prac projektowych przyjął wg rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. dla grupy funkcjonalnej 8 kategoria złożoności 5.

W poniższej tabeli przedstawił dodatkowe koszty potrzebne do prawidłowego wykonania pełnego zakresu prac zgodnie z PFU:

Dodatkowy koszt sal operacyjnych (szacunek ERBUD SA):

BUDIMEX S.A.- Ferrovia Agroman S.A. - 2 000 000,00 zł

ERBUD S.A.- EBUD Przemysłówka - 2 000 000,00 zł

ASTALDI S.p.A- NBI S.p.A - 2 000 000,00 zł

WARBUD S.A. GTM Bâtiment SAS, SICRA ILE DE FRANCE- 2 000 000,00 zł

IDS-BUD S.A.- KORPORACJA "ALTIS- HOLDING"- 2 000 000,00 zł

Dodatkowy koszt prac projektowych - 7,7% od wartości robót:

BUDIMEX S.A.- Ferrovia Agroman S.A. -1 264 994,43 zł

ERBUD S.A.- EBUD Przemysłówka - 1 631 467,10 zł

ASTALDI S.p.A- NBI S.p.A -1 447 676,68 zł

WARBUD S.A. GTM Bâtiment SAS, SICRA ILE DE FRANCE - 1 372 512,38 zł

IDS-BUD S.A.- KORPORACJA "ALTIS- HOLDING" - 1 652 179,82 zł

Łączna całkowita wartość szacunkowa prac uwzględniająca powyższe koszty, według założeń odwołującego, wynosi wartość odcinka 5.2:

BUDIMEX S.A.- Ferrovia Agroman S.A. -17 693 493,50 zł

ERBUDSA- EBUD Przemysłówka - 22 819 351,57 zł

ASTALDI S.p.A- NBI S.p.A - 20 248 672,52 zł

WARBUD S.A. GTM Bâtiment SAS, SICRA ILE DE FRANCE - 19 197 348,45 zł

IDS-BUD S.A.- KORPORACJA "ALTIS- HOLDING"- 23 109 060,57 zł

Powyższe dla odwołującego potwierdza, że większość z wykonawców założyła dużo wyższą cenę niż wynika to z powyższych szacunków. Wykonawcy liczyli się z utrudnionymi warunkami realizacji robót budowlanych (prowadzonych w czynnym szpitalu).

Podsumowując, odwołujący podtrzymał, że wartość oferty konsorcjum Budimex w tym zakresie nie pokrywa nawet kosztów prac budowlanych, nadto istnieje poważna obawa, czy uwzględni ona wszystkie prace i koszty (np. projekty) wynikające w PFU i warunków realizacji.

Ad przykład 2. Analiza porównawcza do odcinka 8, budynek 580.

Szacunek kosztów odcinka 5.2 przyjęty na podstawie ceny 1m² powierzchni użytkowej dla odcinka 8 - budynek 580. Do obliczenia wskaźnika odwołujący przyjął powierzchnię użytkową szpitalną (analogicznie jak przy odcinku 5.1) oraz powierzchnię usługową. Razem otrzymał 2767,6 m²+ 594,4 m² = 3 362,00. Wskaźnik kosztów 1m² dla budynku 580 o pow. uż.=3362,00m².

Według odwołującego w przeliczeniu proporcjonalnym do m² wartość odcinka 5.2 powinna być szacunkowo zgodnie z poniższą tabelą:

BUDIMEX S.A.- Ferrovia Agroman S.A. -4 256,31 zł

ERBUD S.A.- EBUD Przemysłówka - 4 939,21 zł

ASTALDI S.p.A- NBI S.p.A -7 479,67 zł

WARBUD S.A. GTM Bâtiment SAS, SICRA ILE DE FRANCE -5 498,69 zł

IDS-BUD S.A.- KORPORACJA "ALTIS- HOLDING"- 5 103,11 zł

wartość odcinka 5.2 o pow. uż. 4500m² wg wskaźnika z odcinka 5.1:

BUDIMEX S.A.- Ferrovia Agroman S.A. -19 153 399,30 zł

ERBUD S.A.- EBUD Przemysłówka -22 226 438,09 zł

ASTALDI S.p.A- NBI S.p.A - 33 658 534,61 zł

WARBUD S.A. GTM Bâtiment SAS, SICRA ILE DE FRANCE - 24 744 092,51 zł

IDS-BUD SA- KORPORACJA "ALTIS- HOLDING"-22 964 015,32 zł.

Odwołujący zaznaczył, że powyższe kwoty nie uwzględniają projektów wykonawczych (gdyż dla budynku 580 projekty dostarczył zamawiający), ponadto należy dodać dodatkowe koszty związane z wykonaniem sal operacyjnych.

Według odwołującego już tylko na podstawie wyceny firmy BUDIMEX S.A. z odcinka 8, kwota za odcinek 5.2 powinna być znacznie wyższa niż 13 364 755,91 zł brutto.

Ad przykład 3. Analiza na podstawie oferty odcinka 1 - budynek 510:

Odwołujący wyjaśniał, że odcinek 1 - jest to budynek główny wraz z salami operacyjnymi i oddziałami łóżkowymi o powierzchni użytkowej 15 372,7 i pow. usługowej 3 010,00 m². Razem daje to 18 382,7 m² pow. użytkowej. Na budynek jest opracowany projekt wykonawczy. Budynek 510 będzie wznoszony od podstaw. Ponieważ odcinek 5.2 stanowi remont i zgodnie z zapisami w PFU należy wykonać komplet prac instalacyjnych i architektonicznych, zaś konstrukcja pozostaje, dla porównania kosztów wykonania odcinka 5.2 przyjął z odcinka 1 tylko prace instalacyjne i prace budowlane wg projektu architektury. Wg oferty odwołującego odcinek 510 kosztuje 141 060 463,46 zł brutto. Od tej kwoty odliczył wartość konstrukcji, mebli i poczty pneumatycznej, ponieważ ten zakres nie będzie realizowany w odcinku 5.2. Po odjęciu tych prac otrzymał kwotę 114 243 750,98zł brutto. Przyznał, że cena oferty konsorcjum Budimex za odcinek 1 wynosiła 139 806 233,83 zł brutto, czyli ok. 1% mniej.

Zaznaczał, że analogicznie można przyjąć wartość prac budowlanych i instalacyjnych (poza meblami, pocztą pneumatyczną, konstrukcją i robotami ziemnymi) w ofercie konsorcjum Budimex na ok. 113 101 313,47 zł brutto, w wyniku czego otrzymał wskaźnik 6 152,60 zł/m². Dokonując obliczenia: 6 152,6 x pow. odcinka 5.2 (4500 m²) otrzymał szacowaną przez siebie wartość odcinka 5.2 - kwota ok. 27 686 700 zł brutto. Do tej kwoty odwołujący doliczył koszty opracowania projektów w kwocie ok 1,3 mln zł.

Ad przykład 4. Analiza realizacji rozbudowy i modernizacji szpitala powiatowego w Brzezinach wykonanego przez ERBUD S.A. o porównywalnym zakresie prac.

- a. Podstawa: Projekt wykonawczy dostarczony przez zamawiającego,
- b. Skrócony zakres prac: roboty rozbiórkowe, przebudowa części istniejącej (piwnica, parter, 1 piętro) w zakresie robót budowlanych i instalacyjnych, roboty wykończeniowe i instalacyjne 2 piętra, zerwanie starej elewacji i wykonanie nowej, wymiana okien. Na 2 piętrze wykonano 3 sale operacyjne. Przyłącza zewnętrzne, zagospodarowanie terenu wokół remontowanego bloku szpitala. Wyjaśniał, że konstrukcja 2 piętra została wykonana przez ERBUD S.A. w ramach oddzielnego kontraktu:
- c. parametry budynku: pow. = 4 132,89 m², 3 kondygnacje nadziemne, 1 kondygnacja podziemna
- d. wartość kontraktu z aneksami = 21 246 438,67 brutto.

W wyniku przeliczenia powyższych parametrów i przyjętych wartości odwołujący otrzymał wskaźnik 5 140,82 zł brutto/m². Następnie, dokonując obliczeń wg tego wskaźnika koszt odcinka 5.2 według odwołującego powinien wynieść: 5 140,82 zł/m² x 4 500 m² = 23 133 690,00 zł brutto. Do tej kwoty doliczył koszty opracowania projektów ok 1,3 mln zł.

Ad przykład 5. Analiza złożonej oferty na przebudowę Szpitala Wojewódzkiego we Włocławku o porównywalnym zakresie prac, w postępowaniu wygranym przez firmę Budimex S.A. (przetarg pn: „Remont, przebudowa i rozbudowa budynku nr 5 Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku w formule „zaprojektuj i wykonaj”).

- a. Program Funkcjonalno-użytkowy dostarczony przez zamawiającego,
- b. Skrócony zakres prac: częściowa rozbudowa, roboty rozbiórkowe, przebudowa wraz z robotami budowlanymi i instalacyjnymi, w tym 2 sale operacyjne, zagospodarowanie terenu. Wyposażenie w sprzęt medyczny. Zakres prac wg PFU przekazanego przez zamawiającego tzn. Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne.
- c. Parametry budynku: pow. ok 3 331 m², 3 kondygnacje nadziemne, 1 kondygnacja podziemna
- d. Wartość oferty = 16 204 198,82 brutto. W cenie ujęte było wyposażenie w sprzęt medyczny za ok 1 600 000 zł brutto.

Z uwagi na fakt, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętym tym sporem, w zakresie przetargu brak jest sprzętu medycznego, do wyliczenia wskaźnika cenowego koszt sprzętu odwołujący odjął od ceny oferty dotyczącej Szpitala Wojewódzkiego we Włocławku, w wyniku czego otrzymał kwotę 14 604 198,82 zł brutto. W wyniku przeliczenia powyższych parametrów i wartości otrzymał wskaźnik 4 384,33zł/m².

Odnosząc powyższe własne kalkulacje i założenia do stanu faktycznego niniejszej sprawy, dokonując przeliczenia wg tego wskaźnika, odwołujący otrzymał koszt odcinka 5.2, wynoszący: $4\,384,33/m^2 \times 4\,500\,m^2 = 19\,729,49\,zł$ brutto.

Odwołujący przypominał, że postępowanie przetargowe w zakresie Szpitala Wojewódzkiego we Włocławku firma BUDIMEX S.A. wygrała za cenę 16 217 414,33zł brutto, co daje na 1 m2 analogicznie j.w.: $(16\,217\,414,33 - 1\,600\,000) / 3\,331\,m^2 = 4\,388,30\,zł/m^2$

W przypadku odcinka 5.2, wykorzystując powyższy wskaźnik, cena oferty konsorcjum Budimex według odwołującego - powinna być na poziomie: $4500 \times 4\,388,30 = 19\,747\,350,00\,zł$ brutto

Jednocześnie odwołujący podnosił, że oferta z najniższą ceną (dotycząca Szpitala Wojewódzkiego we Włocławku), która w efekcie została odrzucona, opiewała na kwotę 14 279 537,78 zł brutto. Daje to na 1m2: $(14\,279\,537,78 - 1\,600\,000) / 3\,331,0 = 3\,806,53\,zł/m^2$. Przyjmując ten wskaźnik, wartość odcinka 5.2 wyniesie $3\,806,53 \times 4500 = 17\,129\,385,00\,zł$ brutto.

Z powyższej analizy, odwołujący wywiódł, że zaoferowana przez konsorcjum Budimex cena 13 364 755,91 zł brutto jest ok. 30% niższa niż ceny rynkowe za podobny obiekt, nawet w odniesieniu do przetargów wygranych przez samą firmę Budimex S.A.

Powyższe analizy opisane w punktach 1,2,3,4,5 potwierdzają, zdaniem odwołującego, zaniżoną przez konsorcjum Budimex wycenę odcinka 5.2, a co za tym idzie - ceny całkowitej oferty tego wykonawcy.

Wycena dokonana przez konsorcjum Budimex S.A. przekonaniu odwołującego może być obciążona dużym błędem lub powstała w wyniku posiadania przez tego wykonawcę innych informacji niż pozostali wykonawcy. Odwołujący podkreślał, że wartość odcinka 5.2 stanowi znaczną część niniejszego zamówienia, a sam odcinek jest według odwołującego istotnym i trudnym elementem realizacji całości zamówienia. Przestrzegał, że zaniżona, nierealna cena za ten zakres prac może narazić zamawiającego na problemy z realizacją całej inwestycji.

Reasumując, wskazał, że minimalne rynkowe koszty realizacji odcinka 5.2 wschodzącego w zakres zamówienia, przewyższają cenę zaoferowaną przez wykonawcę konsorcjum Budimex. Tym samym cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie wystarczy nawet na pokrycie kosztów realizacji tej części zamówienia, nie mówiąc już o jakimkolwiek zysku.

W ocenie odwołującego, opierając się na wykonanych wyżej analizach, cena zaoferowana przez konsorcjum Budimex jest przykładem ceny rażąco niskiej, czyli ceny niewiarygodnej, oderwanej całkowicie od realiów rynkowych, poniżej kosztów wytworzenia

oferowanych usług (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). Zatem oferta konsorcjum Budimex podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 tej ustawy.

W zakończeniu odwołujący, odnosząc się do twierdzeń konsorcjum Budimex zawartych w piśmie z 14 września 2015 r. w zakresie powoływania się na wygrany przetarg na „Budowę Mazowieckiego Szpitala Drewnica”, wskazywał, że porównywanie tej inwestycji do przedmiotu niniejszego zamówienia jest chybione, gdyż szpital w Drewnicy posiada odmienny charakter od szpitala w Toruniu. Szpital Drewnica jest szpitalem psychiatrycznym z typowo łóżkowymi oddziałami, tymczasem w zakresie prac dotyczących Szpitala w Toruniu do wykonania będą sale operacyjne (12 szt.), remonty, a zatem elementy w sposób znaczący podnoszące koszty budowy szpitala.

Ponadto, cena oferty BUDIMEX S.A. była ponad 30% niższa od budżetu zamawiającego, co dodatkowo poddaje pod wątpliwość realność wyceny przez tego wykonawcę realizacji obiektu Szpitala w Drewnicy.

Zarzut II. Naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 tej ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum Budimex S.A. jako najkorzystniejszej, wskazał, co następuje.

Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją uprzednio podniesionego i opisanego zarzutu odwołania. W przypadku potwierdzenia się zarzutu złożenia przez konsorcjum Budimex oferty z rażąco niską ceną, czynność zamawiającego z dnia 30 grudnia 2015 r. polegająca na wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej, zostanie uznana za dokonaną z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 8 stycznia 2016 r. pisemne zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w kopii przesłane stronom zgłosił dnia 11 stycznia 2016 r. wybrany wykonawca konsorcjum: Budimex S.A. i Ferrovia Agroman S.A., który wnosił o oddalenie odwołania, co będzie równoznaczne z utrzymaniem w mocy zaskarżonej czynności zamawiającego wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum: Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie i Ferrovia Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej w dniu rozprawy oraz do protokołu wnosił o oddalenie odwołania i podał, że odwołanie *de facto* nie dotyczy wyboru oferty

przystępującego, a jedynie rzekomej rażąco niskiej ceny składnika, którego wartość procentowa w tym zamówieniu wynosi około 4,9%. Przedmiotowe postępowanie należy traktować jako całość nawet jeżeli zamawiający w formularzu ofertowym wymagał podania cen za poszczególne odcinki, to nie stanowi o podziale zamówienia na części w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia stanowi jedną spójną całość i wykonanie pełnego zakresu robót opisanych w SIWZ stanowić będzie należyte wykonanie umowy. Zamawiający powoływał się na ryczałtowy charakter ustalonego wynagrodzenia. Bez znaczenia pozostawało w jaki sposób wykonawca odniósł cenę poszczególnych odcinków do ceny całości zamówienia, gdyż dla badania realności tej ceny miał obowiązek uwzględnić jedynie cenę całkowitą oferty. Zamawiający podnosił, iż odwołujący nie wskazał z jakich przyczyn należy całkowitą cenę oferty konkurenta uznać za rażąco niską, a kwestionował jedynie cenę odcinka 5.2. W ocenie zamawiającego, weryfikacja złożonych przez oferentów wyjaśnień nie dała podstaw do uznania, że ceny ofert są rażąco niskie (nierealistyczne) a realizacja przedmiotu zamówienia przez konsorcjum Budimex byłaby zagrożona. Wyjaśnienia są kompleksowe, obejmują cały przedmiot zamówienia. Dawały podstawy do przyjęcia, iż wycena przedmiotu zamówienia została dokonana rzetelnie. Zamawiający nie zgodził się z założeniami odwołującego wyceny projektu dla odcinka 5.2 na poziomie 7,7%, gdyż projekt dla przedmiotowej inwestycji kosztował 5 505 422 zł, co odnosząc do ceny oferty Budimex dawałoby wskaźnik 1,63% wartości inwestycji. Podnosił, iż wykonawcy kalkulując cenę ofertową bazują na własnych możliwościach, doświadczeniu i kontaktach handlowych. W przeciwnym razie ceny ofertowe musiałyby być identyczne, co stanowi oczywisty absurd. Nie można narzucać wykonawcom w jaki sposób mają kalkulować cenę ofertową. Kalkulacja własna ceny jest bowiem prawem wykonawcy. Zaznaczał, że różnica między ceną oferty konsorcjum Budimex a ceną oferty odwołującego wynosząca około 7,5% nie daje nawet ogólnych podstaw do wywodzenia „rażąco niskiego” charakteru ceny wybranego wykonawcy.

Zamawiający powoływał się na znane mu okoliczności, że wcześniej współpracował z firmą Budimex przy budowie Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego w Bydgoszczy oraz Parku Aktywnej Rehabilitacji i Sportu Centrum Onkologii w Bydgoszczy i przy porównywalnych zakresach tych inwestycji, zostały one wykonane należycie za najniższe ceny, które zaoferował Budimex S.A. Zamawiający był zobowiązany zgodnie z wyrokami KIO sygn. akt KIO 219/14 i KIO 221/14 uwzględnić wszystkie znane mu i dostępne okoliczności.

Zamawiający wyjaśniał, że obszarowo pietra od II do V są takie same, jeżeli chodzi o odcinek 5.2. Jednakże zakres robót, biorąc pod uwagę ofertę przystępującego to około 4% w stosunku do wartości całej oferty i zamawiający uznawał, że prace do wykonania na tym odcinku są proste. Jest to budynek istniejący z instalacjami, cała kubatura i infrastruktura jest

przygotowana, szpital na tych piętrach funkcjonuje, ale będzie miał zmienione powierzchnie pomieszczeń. Zamawiający podnosił, że w przypadku kiedy udostępnił wykonawcy PFU - to przedstawiony przez przystępującego kosztorys w zakresie odcinka 5.2 stanowi swoistą kalkulację a nie opiera się na przedmiarze. W ocenie zamawiającego należało dokonać wyceny na tej podstawie, każdy wykonawca składając ofertę musiał skalkulować i ten odcinek, tak samo postąpił odwołujący skoro ujął cenę tego odcinka w swojej kalkulacji. Przedmiot zamówienia jest kompleksowy, nie został podzielony na części w rozumieniu przepisów Pzp. Zamawiający odnosił się do ceny całkowitej oferty przystępującego i odwołującego, których wezwał do wyjaśnień ponieważ był do tego zobowiązany zgodnie z art. 90 Pzp, skoro zachodziła różnica pomiędzy wartością szacunkową a cenami ofert na poziomie określonym w tej normie. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że dokonywał oceny wyjaśnień jednego i drugiego wykonawcy w odniesieniu do ceny globalnej i nie uznaje za zasadne stanowiska odwołującego, które odnosi się do pojedynczego elementu tej wyceny. Zamawiający zaznaczał, że nie naruszył art. 7 ust 1 i 3 Pzp, gdyż z tych samych powodów wezwał obu wykonawców do wyjaśnień elementów ceny i przyjął taką samą metodologię do oceny tych wyjaśnień. Zaznaczał, że ujęcie tych wyjaśnień, ich konstrukcja przez odwołującego i przystępującego jest zbieżna. Badał czy wycena jest zrobiona kompleksowo, czy nie zawiera błędów, czy wykonawca przyjął ceny z ofert podwykonawców, dostawców, czy uwzględnił zysk, czy uwzględnił wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia. Zamawiający potwierdził, że podział zamówienia na odcinki ma charakter informacyjny dla niego - natomiast faktyczne rozliczenia będą dokonywane zgodnie z zasadami określonymi w klauzuli 14 szczegółowych warunków kontraktu w oparciu o harmonogram rzeczowo - finansowy złożony przez wykonawcę i zaakceptowany, i w oparciu o procentowy stan zaawansowania robót na podstawie świadectwa przekazania, co nie musi pokrywać się z podziałem na odcinki. Podział na odcinki i związany z tym układ kosztów ma dla zamawiającego charakter pomocniczy przy ustaleniu przebiegu tej inwestycji i kolejności realizacji i uruchamiania poszczególnych funkcjonalności w nowo powstałej infrastrukturze. W okolicznościach faktycznych tego postępowania odnośnienie kosztów odcinka 5.2 jako wyizolowanego z całości przedmiotu zamówienia do dowolnie wybranych odcinków w zakresie kosztu 1 m² nie ma uzasadnienia. Zamawiający stwierdził, iż biorąc pod uwagę całość złożonych przez przystępującego wyjaśnień nie miał podstaw aby je uznać za nieprzekonujące, gdyż cena oferty się bilansowała w oparciu o kosztorys i przedstawione dowody, które potwierdziły realność elementów wyceny. W pierwszym wezwaniu wyjaśnienia nie odnosiły się do cen odcinków, natomiast dalsze wezwanie do Budimexu dotyczyło przedstawienia tych wyjaśnień w odmiennym układzie. W pierwszych wyjaśnieniach Budimex odniósł je do złożonego jednocześnie kosztorysu.

Przystępujący konsorcjum Budimex S.A. w piśmie złożonym w dniu rozprawy oraz do protokołu podał, że ta część dowodów, jakie przedłożył na rozprawie w istocie potwierdza to samo co obrazowały wyjaśnienia i dowody złożone zamawiającemu w trakcie procedury przetargowej tj. 1, 2, 3 z dowodów jawnych, dowód nr 6, natomiast dowody nr 7 i 8 z jawnych pokazują założony przez przystępującego i zgodny z SIWZ sposób organizacji pracy przy realizacji inwestycji i pewne koszty związane z zamierzoną organizacją pracy ujął w takich a nie innych odcinkach. Pozostałe wnioskowane dowody nr 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, dot. kosztów opracowań projektowych, składanych jako dodatkowe dowody na potwierdzenie realności tego składnika cenowego wskazanych w wyjaśnieniach. Przystępujący podtrzymał, że z uwagi na średni poziom cen złożonych ofert jak i różnicę pomiędzy ceną oferty odwołującego i przystępującego nie można mówić o rażąco niskiej cenie oferty za przedmiot zamówienia. Powołał się na stanowisko odwołującego, że wartość szacunkowa jest zawyżona, a więc stanowiska obu wykonawców są w tek kwestii zbieżne. Skoro zachodziły takie okoliczności to najbardziej miarodajny poziom cen rynkowych obrazują złożone oferty za cały przedmiot zamówienia. Kolejnym argumentem jest kwestia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia ustalonego w SIWZ. Taka czy inna cena za dany element zamówienia nie wpływała na ocenę ceny w danym kryterium, gdzie liczyła się cena całkowita. Tak samo nie miało to przełożenia na działanie wykonawcy przystępującego, tj. Budimex S.A., które byłyby nakierowane na uzyskanie korzystnych terminów finansowania z uwagi na sposób rozliczeń, ponieważ rozliczenia będą dokonywane w oparciu o rzeczywisty postęp robót w oparciu o przejściowe świadectwa odbioru robót. Wskazał na zakładany przebieg robót w zakresie wymiany pionów instalacyjnych, które będą prowadzone w odniesieniu do wszystkich kondygnacji budynku, a nie z podziałem na piętra (odcinki). Wskazał, że podobny udział procentowy 4 - 5% odcinka 5.2 w stosunku do ceny całkowitej oferty wynika z porównania innych złożonych ofert. ERBUD wycenił drogo akurat ten zakres robót, oferta odwołującego w zakresie odcinka 5.2 jest jedną z 2 najdroższych. Przystępujący nie podzielał metodyki odwołującego żeby wywodzić skutki rażąco niskiej ceny oferty z porównania ceny 1 m2 realizacji przebudowy, czy remontu obiektów szpitalnych czy wyodrębnionych elementów tego zamówienia, czy na podstawie innych wskazywanych inwestycji gdyż każde zamówienie ma swoją specyfikę. Przystępujący podnosił, że odcinki 5.1 i 5.2 wykazują różnice wbrew stanowisku odwołującego, obejmują pewne elementy, które występują w odcinku 5.1, a nie występują w odcinku 5.2. Jest prawem każdego wykonawcy, aby oszacować cenę oferty prawidłowo i stosownie do możliwości, a jeżeli chodzi o poszczególne elementy kalkulacji to mógł przyjąć dostępne oferty podwykonawców, dostawców, własną organizację robót. Przystępujący podnosił, że ewentualne wskaźniki narzutów kosztów prac projektowych zawarte w przepisach czy wydawnictwach z zakresu stosowanych cen, a ceny rynkowe to dwie różne sprawy i na rynku w zakresie opracowań

projektowych realne jest uzyskanie ceny podwykonawcy w granicach 3-4% do wartości robót. Nawet biorąc pod uwagę odrębności obiektów służby zdrowia, jest możliwe zrealizowane poprawnie zamówień za cenę metra, które podał on we wnioskowanych przez siebie dowodach. Dlatego przedstawił te dowody, aby przeciwstawić je tezie o zarzucanej rażąco niskiej cenie, jako cenie nierealnej zupełnie odbiegającej od cen rynkowych. Zaznaczał, że jego wyjaśnienia wraz z przedłożonymi dowodami miały charakter kompleksowy. Pokazał sposób skosztorysowania ceny oferty i do tych cen i realności ich konstruowania, przedstawił dowody to potwierdzające. Powołał się na swoje szczegółowe wyjaśnienia w nawiązaniu do przedstawionego kosztorysu, iż stanowią one wraz z dowodami potwierdzenie realnego poziomu kalkulacji cenowej w tym odnoszącej się do odcinka 5.2, bez względu na dokonywane porównania z cenami 1 m² innych wskazywanych odcinków, gdyż cena całkowita oferty została wyliczona kompleksowo i obejmuje pełny zakres zamówienia wraz ze wszystkimi elementami kosztowymi wskazywanymi w SIWZ, których zamawiający wymagał ujęcia w cenie oferty. Przystępujący nie zgadzał się ze stanowiskiem odwołującego, że ceny za odcinki mają charakter cen jednostkowych, ceny jednostkowe dotyczą jednorodnego charakteru robót, a zamawiający nie przewiduje rozliczenia w oparciu o ceny jednostkowe. Ceny odcinków nie mają bezpośredniego przełożenia na sposób przyjęty przez zamawiającego w zakresie rozliczeń. Kolejność robót nie będzie wyznaczana poprzez poszczególne odcinki, a zgodnie z harmonogramem wykonawcy przyjętym przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień do SIWZ, oferty przystępującego, korespondencji między zamawiającym a przystępującym i odwołującym.

Inne wnioskowane dowody przez odwołującego:

1) kalkulacja własna na okoliczność wyceny odcinka 5.2

2) kalkulacja własna na okoliczność wyceny odcinka 5.2

- w odniesieniu do wyceny odcinka 5.1 w dwóch wersjach z uwagi na rozbieżności w dokumentacji - dowód nie stanowił podstawy oceny, odnoszonej do całości przedmiotu zamówienia,

3) dowód stanowiący rzut 4 piętra; dalsze dowody 4), 5) i 6) i 8) stanowiące też rzuty pozostałych pięter i zgłaszane na okoliczność wykazania, że powierzchnia na tych kondygnacjach jest analogiczna - potwierdzają, że powierzchnia ogólna bez uwzględnienia ścian działowych jest ta sama, natomiast funkcjonalnie i w rozmieszczeniu poszczególnych pomieszczeń będą różnice wynikające z projektu odcinka 5.2 wykonanego przez wykonawcę zamówienia,

7) dowód obrazuje elewację - pozostaje bez związku ze sprawą,

9) dowód stanowi wyciąg z dokumentacji PFU,

10) dowód stanowi wyciąg z dokumentacji technicznej zamawiającego dot. odcinka 8 budynku 580.

11) dowód stanowi przekrój budynku 580 odcinek 8 i 550 odcinek 5

- na okoliczność podobieństwa tych stref - potwierdzają odrębności funkcjonalne i w rozmieszczeniu poszczególnych pomieszczeń, wynikające z PFU i projektu odcinka 5.2 wykonanego przez wykonawcę zamówienia,

Inne wnioskowane dowody przez przystępującego, nr:

- 1) stanowiący opinię prywatną wystawioną na zlecenie przystępującego niezależnego inżyniera konsultanta D. K., że cena oferty przystępującego jest rzetelna, dowód taki traktowany jest jako stanowisko strony,
- 2) stanowiący tabelę, w której przystępujący porównał koszt 1 m² odcinka 5.2 do kosztów 1 m² innych porównywalnych inwestycji prowadzonych przez różnych wykonawców w tym przez ERBUD na porównywalnych inwestycjach - potwierdza dodatkowo złożone zamawiającemu wyjaśnienia i dowody,
- 3) tabela dot. łącznego kosztu 1 m. kw powierzchni użytkowej liczonej dla odcinka 5 i 8 - dowód nie stanowił podstawy oceny, odnoszonej do całości przedmiotu zamówienia,
- 4) dotyczący kosztów projektu dla odcinka 5.2, którego opracowanie leży po stronie wykonawcy, będący oświadczeniem oznaczonej Spółki Projektowania Architektonicznego
- 5) stanowiący oświadczenie L. Studio Projektowe, że koszty prac projektowych dla odcinka 5.2 jego firma szacuje na poziomie 3 - 3,5% wartości robót, wraz z referencjami wystawionymi temu projektantowi
 - dowody 4,5,6 potwierdziły dostępność rynkową opracowań projektowych poniżej wskaźników normatywnych, które do swoich wyliczeń przyjął odwołujący,
- 6) list referencyjny wystawiony przez tego samego zamawiającego, jak w niniejszej sprawie, na rzecz Budimex dla innych inwestycji, na których zrealizowanie powoływał się w swoich wyjaśnieniach na okoliczność, że w ramach oferowanych cen w poprzednich postępowaniach na rzecz tego samego zamawiającego wywiązał się należycie z kontraktu, był zbieżny z dowodami wskazywanymi przez zamawiającego i potwierdzał dane okoliczności,
- 7) dowód składany został informacyjnie w celu zobrazowania, że odwołanie dot. tylko odcinka tej inwestycji, a tym samym wycinka ceny - okoliczność ta pozostawała bezsporna,

- 8) dowód stanowiący rzut wszystkich obiektów danej inwestycji wraz z harmonogramem opartym na harmonogramie ramowym zamawiającego załączonym do SIWZ - potwierdza, że remont budynku 550 i 580 od II do V piętra - odcinek 5.2 będzie realizowany w ostatnim etapie realizacji umowy, roboty rozpoczynają się po 24 miesiącach od rozpoczęcia inwestycji, w oparciu o szczegółowy harmonogram prac, remont będzie prowadzony w funkcjonującym obiekcie i dlatego będzie realizowany w fazie końcowej, żeby niektóre jego funkcje mogły przejąć inne wcześniej wybudowane objekty.

Dalsze dowody wnioskowane przez przystępującego załączone do pisma złożonego na rozprawie:

- A) - F) składane na okoliczność wartości rynkowej wyceny prac projektowych, miały charakter wtórny, i potwierdzały okoliczności stwierdzone innymi dowodami,
- G) zbiór referencji wystawionych dla podwykonawców, którzy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, a byli to podwykonawcy wskazywani w wyjaśnieniach przystępującego i na podstawie ich ofert przystępujący składał wyjaśnienia odnośnie szczegółowego skalkulowania pozycji kosztorysów, które przedstawił - referencje dla podwykonawców nie były wymagane,
- H) oświadczenie podwykonawcy robot budowlanych, że oprócz kosztów robót budowlanych wykazał w wycenie koszty wykonania sal operacyjnych, oferta tego wykonawcy jest również w wyjaśnieniach 1 i 2 - miał charakter wtórny, i potwierdzały okoliczności stwierdzone dowodami wcześniej złożonymi zamawiającemu.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego przekazanych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby, które stanowią dowód w sprawie dopuszczany przez Izbę w oparciu o art. 190 ust. 2 Pzp, wynika następujący stan faktyczny.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przedmiot zamówienia określa jako „Przebudowę i rozbudowę Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. L. Rydygiera w Toruniu”.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych i uzyskanie pozwoleń na użytkowanie obiektów budowlanych wraz z infrastrukturą podziemną i drogową określonych w Dokumentacji Projektowej łącznie jako „Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala

Zespolonego im. L. Rydygiera w Toruniu" zlokalizowana w Toruniu przy ul. Św. Józefa. Przedsięwzięcie zostało podzielone na 11 Odcinków.

Strony zgodnie przyznały, że nie jest to podział na części zamówienia w rozumieniu ustawy Pzp.

Protokół postępowania wartość zamówienia wraz z zamówieniami uzupełniającymi [10%] ustala na kwotę netto 487 644 238,60 zł. W protokole postępowania zamawiający podał, że wartość zamówienia została ustalona w dniu 27 sierpnia 2014 r., a następnie ostatecznie ustalona 14 sierpnia 2015 r. po odpowiedziach na pytania do SIWZ. Zamawiający potwierdził, że dysponował kosztorysem inwestorskim z tym, że z wyłączeniem odcinka 5.2. Kosztorys oparty był o dokumentację techniczną, natomiast pododcinek 5.2, jego wycena oparta była na PFU.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia 545 274 921,29 zł brutto.

Rozdział III SIWZ pkt 9. Zakres prac do wykonania w formule zaprojektuj i wybuduj. Ppkt 2. Remont i przebudowa pięter II-V wraz z remontem i przebudową infrastruktury technicznej i energetycznej, o której mowa a pkt 1(część odcinka 5) opisany w Programie Funkcjonalno użytkowym (PFU Nr 2) w części III SIWZ

Pkt 10. Poza zakresem zamówienia znajduje się wyposażenie medyczne, niemedyczne, w tym meblowe, AGD RTV i komputerowe, sprzęt aktywny systemów teleinformatycznych. W zakres tego zamówienia wchodzi meble wbudowane, wyposażenie sanitarne i panele medyczne.

Rozdział III SIWZ pkt 13.

Zamawiający przewiduje rozliczenie według wynagrodzenia ryczałtowego robót wykazanych jako odcinki Nr 1-11 - w zakresie objętym przekazaną dokumentacją.

Zamawiający dopuszcza rozliczenie kosztorysowe jakie będzie możliwe po określeniu przez inżyniera zmienionego zakresu robót i wydaniu Polecenia Inżyniera. Roboty uzupełniające lub dodatkowe będą wyceniane na podstawie cen i wskaźników zawartych w biuletynie SEKOCENBUDU z kwartału poprzedzającego realizację prac dla województwa kujawsko - pomorskiego. Taka skosztorysowana forma rozliczeń będzie miała miejsce wyłącznie do robót dodatkowych i zamiennych o odrębnie ustalone podstawy wyceny.

Wykonawca jest zobowiązany wykonać pełny zakres robót przedstawionych w SIWZ (...).

Zamawiający przewidział zamówienia uzupełniające do 10% podstawowego.

Termin realizacji 36 m-cy od podpisania umowy.

Rozdział XVI Opis sposobu obliczania ceny.

1. Ceną oferty jest łączna kwota brutto wymieniona w Formularzu Oferty w punkcie 3, stanowiącym Załącznik nr 1 do IDW.

3. Cena oferty musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

4. Wykonawca otrzyma jako materiał pomocniczy wykaz elementów w formie Przedmiaru Robót z podziałem na Odcinki Robót i zobowiązany jest przedstawić jedną cenę ofertową jako sumę zbiorczego zestawienia cen za Odcinki Robót według wymaganego rozbicia na odcinki zawartego w rozdziale III niniejszej IDW. Wykaz Odcinków Robót zawiera wymóg przedstawienia cen ofertowych za Odcinki Robót w pozycjach od 1 do 11 jako podlegające rozliczeniu ryczałtowemu.

5. Wyceniając poszczególne pozycje należy odnosić się do Instrukcji dla Wykonawców, Warunków Ogólnych i Szczególnych Kontraktu, Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji Technicznych. Cena powinna obejmować także koszty robót przygotowawczych, które Wykonawca wykona własnym staraniem, w szczególności koszty zorganizowania zaplecza budowy wraz z salą konferencyjną, biura Inżyniera, pomieszczeń socjalnych i magazynowych oraz urządzenia Terenu Budowy łącznie z zasilaniem w energię, wodę i łączność (telefon + internet), odprowadzania ścieków, zabezpieczenia mienia przed kradzieżą, uporządkowania terenu po wykonaniu robót, unieszkodliwiania odpadów, transportu oraz wszelkie inne koszty potrzebne dla prawidłowego i zgodnego z prawem wykonania przedmiotu zamówienia, oraz zawierać wszelkie ogólne ryzyko, obciążenia i obowiązki wymienione w Kontrakcie lub z niego wynikające.

SIWZ rozdział III, punkt 7.5 Opis robót Odcinek 5

W istniejącym budynku głównym szpitalnym (Budynek nr 550) zostanie przeprowadzona przebudowa i dobudowa w następujących obszarach:

7.5.1. VI PIĘTRO

Przebudowa i adaptacja pomieszczeń istniejącego oddziału łóżkowego na oddział hepatologii (27 łóżek) i dermatologii (25 łóżek)

7.5.2. II-V PIĘTRA

Wykonanie w formule „zaprojektuj i wybuduj” remontu i przebudowy pięter II-V w celu dostosowania ich do nowych funkcji wraz z remontem i przebudową istniejącej infrastruktury technicznej i energetycznej:

1) instalacji gazów medycznych (sprężonego powietrza, próżni, tlenu, podtlenku azotu),

- 2) instalacji ciepłej i zimnej wody użytkowej wraz z wewnętrznymi instalacjami hydrantów,
- 3) wewnętrznych instalacji elektroenergetycznych znajdujących się w Budynku Głównym Szpitala wraz z wykonaniem elektrycznych przyłączy kablowych z nowych stacji transformatorowych wraz z przyłączami dedykowanymi dla aparatury medycznej, która wymagać będzie stabilnego źródła zasilania,
- 4) wewnętrznej instalacji centralnego ogrzewania w Budynku Głównym Szpitala,
- 5) instalacji kanalizacji sanitarnej,
- 6) systemu odprowadzania wody deszczowej z dachów Budynku Głównego Szpitala obejmującego wymianę rynien,
- 7) poprawa docieplenia Budynku Głównego Szpitala poprzez zwiększenie izolacji pod powierzchnią dachu,
- 8) instalacji wentylacji grawitacyjnej,
- 9) instalacji wentylacji i klimatyzacji,
- 10) szeroko rozumianej sieci komputerowej i światłowodowej i dostosowania jej do nowoprojektowanej,
- 11) wymiana pionów wszystkich instalacji.
- 12) wykonanie poczty pneumatycznej

Wymienione powyżej instalacje techniczne i energetyczne wymagają kompleksowej przebudowy w celu jej kompatybilności z nowoprojektowanymi instalacjami.

7.5.3. Kondygnacje istniejącego Budynku Głównego Szpitala wymagające przebudowy i przystosowania do nowych funkcji

- 1) piętro II: obecnie znajduje się Klinika Chirurgii Ogólnej, Gastroenterologicznej i Onkologicznej oraz Oddział Anestezjologii i Intensywnej Terapii, które po przebudowie zostaną przeniesione do nowej części, natomiast w ich miejsce zostanie przeniesiony Oddział Kliniczny Nefrologii, Diabetologii i Chorób Wewnętrznych z salą R. Konieczność remontu i przebudowy oraz przystosowania do nowych funkcji,
- 2) piętro II: obecna powierzchnia Bloku Operacyjnego po jego przeniesieniu zostanie zagospodarowana dla potrzeb: sal zabiegowych endoskopii (Sala nr 1-odc dolny pp.-kolonoskopie. Sala nr 2 odc. górny pp - GFS, ECPW) z możliwością przyjmowania pacjentów ambulatoryjnych (wejście od strony Patio) + Sala nr 3 - sala dializ ostrych. Konieczność remontu i przebudowy oraz przystosowania powierzchni do nowych funkcji,
- 3) piętro III: w miejscu obecnego Pododdziału Ginekologii zostanie przeniesiona Patologia Ciąży. II. W pozostałej części tego piętra pozostaje istniejący oddział. Konieczność remontu i przebudowy oraz przystosowania do nowych funkcji,

4) piętro IV: w miejscu obecnego Oddziału Ortopedyczno- Urazowego zostanie utworzony Oddział Udarowy wraz z łózkami wczesnej rehabilitacji neurologicznej. W pozostałej powierzchni pozostaje istniejący Oddział Neurologiczny. Konieczność remontu i przebudowy oraz przystosowania powierzchni do nowych funkcji,

5) piętro V: istniejące Oddziały: Oddział Kardiologii i Intensywnego Nadzoru Kardiologicznego i Oddział Intensywnej Terapii Kardiologicznej oraz Oddział Chorób Płuc pozostają w obecnym miejscu. Konieczność remontu i przebudowy.

Budynek 550 kwalifikuje się do kategorii złożoności 5 w grupie funkcjonalnej 8 pkt 4- Zdrowie i opieka społeczna- budynki centrów medycznych z zapleczem diagnostycznym, hospicja, budynki ośrodków rehabilitacyjnych, domy uzdrowiskowe z zapleczem rehabilitacyjnym (zgodnie z rozporządzeniem Ministra infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz.1389)

W wyjaśnieniach do SIWZ zamawiający wielokrotnie odpowiadał, że przedmiar ma charakter pomocniczy. Wykonawca ma dokonać wyliczenia ceny na podstawie przekazanej dokumentacji projektowej w tym PFU. Przy czym zamawiający dopuścił zmiany projektowe dokonane przez wykonawcę, za zgodą projektanta.

Szczegółowe warunki Kontraktu - Klauzula 14. Cena kontraktowa i zapłata.

Klauzula 14.1. Cena kontraktowa jest ceną ryczałtową za wykonanie całości przedmiotu kontraktu, zawiera wszystkie koszty wykonawcy związane z wykonaniem kontraktu.

Klauzula 14.4 szczegółowych warunków kontraktu. Wykonawca opracuje plan płatności, stanowiący część Szczegółowego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego i uzyska akceptację zamawiającego dla planu płatności w terminie 28 dni od daty powiadomienia o rozpoczęciu robót. Wykonawca co miesiąc wraz z raportem o postępie dostarczać będzie inżynierowi przewidywany szczegółowy plan płatności na kolejne miesiące dla wszystkich płatności, do których wykonawca jest uprawniony w ramach kontraktu. Przewidywane plany płatności będą składane w okresach miesięcznych do czasu wystawienia Świadectwa przejęcia całości robót.

Klauzula 14.7. Zapłata -płatności na podstawie przejściowego świadectwa płatności i końcowego świadectwa płatności.

Zamawiający potwierdził, że nie ma bezpośredniego powiązania pomiędzy wynagrodzeniem podanym przez wykonawcę za poszczególne odcinki a formą płatności. Zamawiający będzie regulował wykonawcy wynagrodzenie w miesięcznych okresach płatności na podstawie

stwierdzonego zaawansowania robot w oparciu o świadectwo płatności w okresach miesięcznych do czasu wystawienia świadectwa przejęcia całości robót.

Kryterium wyboru ofert - cena.

Termin składania ofert został wyznaczony do 7 września 2015 r.

Oferty złożyli:

- 1) konsorcjum ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy - cena 361 606 014,60 zł;
- 2) konsorcjum: Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie - cena 336 413 825,65 zł;
- 3) konsorcjum Warbud S.A., GTM Bâtiment SAS oraz SICRA ILE DE France - cena 413 413 413,00 zł;
- 4) konsorcjum IDS-BUD S.A.; Korporacja ALTIS HOLDING - cena 435 440 017,00 zł;
- 5) Astaldi S.p.A. NBI S.p.A - cena 336 413 825,65 zł;

Cena oferty odwołującego jest wyższa od ceny oferty konsorcjum Budimex o około 7%.

Cena łączna oferty za realizację całości (suma wszystkich odcinków wskazanych w punkcie 4 formularza oferty niniejszego zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ brutto, w rozbiciu dla poszczególnych odcinków, wynosi:

Odcinek 1 - Budynek 510 - nowy budynek szpitalny nr 510 ze Szpitalnym Oddziałem Ratunkowym z lądowiskiem dla helikopterów ratunkowych na dachu, Oddziałem Anestezjologii i Intensywnej Terapii, Centralnym Blokiem Operacyjnym, Zakładem Diagnostyki Obrazowej oraz łózkami zabiegowymi - odwołujący - 141 060 463,46; przystępujący - 139 806 233,83;

Odcinek 2 - Budynek 520 - nowy budynek administracyjny nr 520 zawierający pomieszczenia administracyjne oraz Aptekę Szpitalną, Magazyn Odpadów Medycznych i Prosektorium - odwołujący - 33 255 769,27; przystępujący - 30 499 485,80;.

Odcinek 3 - Budynek 530 - nowy budynek nr 530 zawierający Oddział Chorób Zakaźnych i Zespół Poradni Przyszpitalnych - odwołujący - 37 434 957,40; przystępujący - 36 423 217,06;

Odcinek 4 - Budynek 540 - nowy budynek nr 540 Oddziały Psychiatryczne - odwołujący - 48 597 218,43; przystępujący - 48 767 724,84;

Odcinek 5 -Budynek 550 - przebudowa istniejącego budynku Szpitala na VI piętrze oraz modernizacja pięter II-V wraz z modernizacją infrastruktury w budynku - odwołujący - 33 445 706,65; przystępujący - 17 600 802,92;.

Na który składają się:

- a) odcinek 5.1. - odwołujący - 5 633 349,68; przystępujący - 4 236 047,01;.
- b) odcinek 5.2. - odwołujący - 27 812 356,96 ;przystępujący - 13 364 755,91;.

Odcinek 6 - Budynek 560 - nowy budynek garażu nr 560 na 303 miejsca parkingowe - odwołujący - 13 256 210,46; przystępujący - 12 789 969,36;.

Odcinek 7 - Budynek 570A,B,B,C,D,E - nowe budynki techniczne 570A, 570B, 570B, 570C, 570D, 570E - odwołujący - 19 533 327,86; przystępujący - 16 395 333,67;

Odcinek 8 - Budynek 580 - przebudowa istniejącego budynku Szpitala: parter, część 1 piętra i piwnicy - odwołujący - 16 605 618,86; przystępujący - 14 309 717,43;

Odcinek 9 - nowy układ drogowy na działce wraz z parkingami naziemnymi, podziemną siecią infrastruktury oraz urządzeniem zieleni i małą architekturą- część I wyodrębniona z Projektu Zagospodarowania Terenu w północnej części opracowania- co najmniej w zakresie technologicznie uzasadnionym i niezbędnym dla uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie Odcinka 1 - Budynek 510 - odwołujący 14 841 001,73; przystępujący – 15 909 960,22;

Odcinek 10 - nowy układ drogowy na działce wraz z parkingami naziemnymi, podziemną siecią infrastruktury oraz urządzeniem zieleni i małą architekturą - część II pozostały zakres Projektu Zagospodarowania Terenu w kierunku południowym od Odcinka 9 – odwołujący - 3 448 309,34; przystępujący - 3 405 903,25;.

Odcinek 11 - przebudowa ul. Św. Józefa - odwołujący - 127 386,14; przystępujący - 505 477,27.

Porównanie cen wszystkich złożonych ofert na poszczególne odcinki przedstawia się następująco, jak wynika z informacji zamawiającego podanej na otwarciu ofert:

Nr odcinka		IDS-BUDS.A.	Erbud S.A.	Warbud S.A.	Astaldi S.p.A.	Budimex S.A.
1		177370 644,00	141060 463,46	158525 817,06	144490 431,21	139806 233,83
2		38 405 385,00	33 255 769,27	40 804 450,43	37 148 987,85	30 499 485,80
3		41 361 116,00	37 434 957,40	43 228 225,12	40 920 707,10	36 423 217,06
4		53 965 618,00	48 597 218,43	55 680 217,71	51 134 801,45	48 767 724,84
5		37 503 766,00	33 445 706,65	30 117 995,96	24 662 928,54	17 600 802,92
	5.1	5 712 324,00	5 633 349,68	4 645 996,04	4 932 585,70	4 236 047,01
	5.2	31 791 442,00	27 812 356,96	25 471 999,92	19 730 342,84	13 364 755,91

6		18 805 978,00	13 256 210,46	15 525 779,46	15077 152,84	12 789 969,36
7		26 895 541,00	19 533 372,86	20 309 070,74	25 371 521,58	16 395 333,67
8		17 156 671,00	16 605 618,86	18 486 586,45	25 146 665,19	14 309 717,43
9		19 665 648,00	14 841 001,73	23 086 593,31	22 360 169,31	15 909 960,22
10		4 178 700,00	3 448 309,34	7 264 854,34	5 013 554,02	3 405 903,25
11		130 950,00 zł	127 386,14 zł	383 822,42 zł	137 596,71 zł	505 477,27 zł
	cena	435440 017,00	361606 014,60	413413 413,00	391464 515,80	336413 825,65

Zarówno odwołujący, jak i przystępujący oznaczyli w ofercie zakres prac, które zmierzają powierzyć podwykonawcom bez podania nazw tych podwykonawców.

W zakresie odcinków 4,9 i 11 oferta odwołującego jest tańsza niż oferta przystępującego.

Zamawiający wzywał odwołującego konsorcjum ERBUD S.A. oraz przystępującego konsorcjum: Budimex S.A. i Ferroviał Agroman S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 14 września 2015 r. do konsorcjum: Budimex S.A. zamawiający podał: *„W związku z faktem, iż Państwa kwota w ofercie jest niższa o ponad 30% w stosunku do wartości zamówienia, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.*

Wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np.: oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2002 r. nr 200, poz. 1679 z późn. zm.), wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zadaniem wykonawcy jest udzielenie wyjaśnień i ewentualnie przedstawienie odpowiednich dowodów, które pozwolą rozwiązać wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...)

Udzielenie przez Wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust, 2 ustawy Pzp, prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone.”

W wyjaśnieniach z dnia 30 września 2015 r. konsorcjum Budimex S.A. w pierwszej kolejności zwróciło uwagę, że podstawą do wezwania stała się jedynie różnica zaoferowanej

ceny w stosunku do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia oraz podało: „Dostrzeżenia przy tym wymaga, że ceny wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu istotnie odbiegają od wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego (stanowią odpowiednio 66,96%, 72,49%, 76,56%, 80,64% budżetu Zamawiającego). Z porównania tego wprost wynika, iż wartość przedmiotu zamówienia, wyliczona przez Zamawiającego, została przeszacowana i nie oddaje rzeczywistych realiów rynku i cen robót objętych przedmiotem zamówienia, stosowanych aktualnie. Zatem wartość ta nie może być uznana za miarodajną i stanowić podstawy domniemania złożenia przez Konsorcjum oferty z rażąco niską ceną.

„O rynkowości i realności ceny oferty Konsorcjum świadczy już porównanie do pozostałych cen ofert złożonych w Postępowaniu. Oferta Konsorcjum jest niższa zaledwie o 13,22% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, co nie uzasadnia wezwania do złożenia wyjaśnień, biorąc pod uwagę drugą z przesłanek określonych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Różnice w cenach poszczególnych ofert złożonych w Postępowaniu, są w ocenie Konsorcjum efektem konkurencji na rynku i konsekwencją indywidualnych możliwości poszczególnych wykonawców w zakresie optymalizacji kosztowej wykonania określonych zamówień w określonym czasie. O zróżnicowaniu możliwości poszczególnych wykonawców w zakresie kalkulowania cen świadczą również różnice cen w zakresie poszczególnych odcinków składających się na całość przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum zwraca przy tym uwagę, iż różnica w cenach ofert poszczególnych wykonawców nie odbiega od różnic w cenach ofert składanych w innych postępowaniach na podobne roboty budowlane, zwłaszcza w przypadku obiektów szpitalnych oraz inwestycji o większym wolumenie i stopniu skomplikowania. Dla przykładu Konsorcjum wskazuje na ceny ofert składanych w postępowaniu na Mazowiecki Szpital Wojewódzki Drewnica Sp. z o.o. ul. Drewnicka 5, 05-091 Ząbki - Budowa Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego Drewnica

Dowód: Zestawienie cen ofert w postępowaniu na Budowę Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego Drewnica prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Wojewódzki Drewnica Sp. z o.o. ul. Drewnicka 5, 05-091 Ząbki

Podkreślić należy jednocześnie, iż cena ofertowa skalkulowana przez Konsorcjum obejmuje całkowity koszt realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z warunkami i wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w tym w Dokumentacji projektowej, STWiOR, Warunkach Ogólnych i Szczególnych Kontraktu, określających szczegółowo zakres obowiązków wykonawcy oraz oczekiwania Zamawiającego. Konsorcjum wykorzystało przy tym pomocniczo udostępniony przez Zamawiającego Przedmiar robót, a w przypadku rozbieżności pomiędzy Przedmiarem a

Dokumentacją projektową uwzględniono zakres robót wynikający z Dokumentacji projektowej. W wyliczeniach ujęto również wszystkie pozostałe koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, w szczególności powoływane w rozdziale XVI pkt 5 SIWZ, a także ryzyka związane z realizacją zamówienia. Wycena oferty dokonana została skrupulatnie w oparciu o możliwości organizacyjne Konsorcjum, w tym umiejętność pozyskania materiałów po korzystnych cenach, korzystnych warunków współpracy z podwykonawcami, posiadane zaplecze techniczne, a także wieloletnie doświadczenie każdego z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum w wykonaniu robót analogicznych do objętych przedmiotem zamówienia. Przygotowanie oferty poprzedzone zostało także uczestnictwem w wizji lokalnej. Dzięki wskazanym okolicznościom Wykonawca, posiadając szczegółową i kompleksową wiedzę dotyczącą warunków wykonania przedmiotowego zamówienia, dokonał kalkulacji ceny oferty w taki sposób, że - w każdym z wycenianych odcinków z osobna - jest ona realna, możliwe jest wykonanie za nią zamówienia z należytą starannością i w żaden sposób nie wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych Wykonawcy, a ponadto pozwala na osiągnięcie zysku.

Podsumowując powyższą część wyjaśnień, wskazać należy, iż wycena oferty dokonana przez Konsorcjum zapewnia realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny w każdym z odcinków, jak i łącznej ceny oferty, zaś Wykonawca nie przewiduje poniesienia żadnych strat finansowych przy wykonywaniu zamówienia. Zaplanowany został również zysk, a zamówienie nie będzie finansowane z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, iż z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz zobowiązanie do wskazania przez wykonawców w ofercie jedynie ceny poszczególnych odcinków, Konsorcjum trudno jest ustalić, które konkretnie elementy cenotwórcze zostały wycenione niżej niż u pozostałych wykonawców, a zatem trudno jest ustalić, które elementy cenotwórcze budzą wątpliwości Zamawiającego i wymagają wykazania, iż akurat w stosunku do Konsorcjum zachodziły szczególne okoliczności pozwalające na zaoferowanie szczególnie konkurencyjnej ceny. Zgodnie z Warunkami Kontraktu, „Wykonawca dostarczy Zamawiającemu i inżynierowi Szczegółowy Harmonogram Rzeczowo-Finansowy w formie uzgodnionej z Inżynierem najpóźniej 28 dni po Dacie Rozpoczęcia” (Klauzula 8.3 Program).

W konsekwencji ryczałtowego charakteru wynagrodzenia również wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ma charakter ogólny, co utrudnia zidentyfikowanie przez Konsorcjum obszarów, które mogą budzić wątpliwości Zamawiającego. Konsorcjum pozostaje bowiem w przekonaniu, iż cena oferty została oparta na normalnych rynkowych cenach, stosowanych przez Konsorcjum również w innych przypadkach, a pozwalających na należyte zrealizowanie zamówienia, w tym osiągnięcie zysku. Zatem w niniejszych wyjaśnieniach

Konsorcjum skupiło się na - w jego ocenie - najistotniejszych elementach wpływających na wysokość ceny poszczególnych odcinków i w konsekwencji ceny oferty. W przypadku, gdyby Zamawiający w dalszym ciągu miał wątpliwości co do konkretnych elementów cenotwórczych, gotowi jesteśmy do złożenia ewentualnych dalszych wyjaśnień lub dowodów.

Przystępujący przedstawił, jako dowody:

1. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty na Budowę Szpitala Wojewódzkiego Drewnica prowadzonym przez Szpital Wojewódzki Drewnica Sp. z o.o.
2. Zestawienie cen ofert w postępowaniu na Budowę Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego Drewnica prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Wojewódzki Drewnica Sp. z o.o.

W dalszej części wyjaśnień, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, przystępujący przedstawił:

I. Kosztorys wg przedmiaru, obejmujący około 100% ceny ofertowej brutto, oparty na cenach ofertowych podwykonawców, z wyjaśnieniem szczegółowej analizy kalkulacji podstawowych zakresów robót z poszczególnych odcinków, obejmujący roboty ziemne, roboty żelbetowe, konstrukcje stalowe, roboty suchej zabudowy, wykładziny, okładziny ceramiczne, sufity podwieszane, stolarkę, elewacje wentylowane, ładowisko, windy, meble wbudowane, pokrycia dachów instalacje i sieci sanitarne, instalacje i sieci elektryczne, a także skosztorysowanie remontu pięt od II do V bud. 550 - w formie projektu i buduj.

Przystępujący oparł przedstawioną kalkulację (kosztorys) na cenach ofert podwykonawców robót i ofert dostawców podstawowych materiałów, które załączył do wyjaśnień.

II. Analizę ceny oferty w zestawieniu z cenami oferowanymi przez konsorcjum Budimex S.A. w innych postępowaniach dotyczących obiektów szpitalnych;

- a) w województwie Kujawsko-Pomorskim, dla tego samego zamawiającego,
- b) w oparciu o ceny podane w wydawnictwie SEKOCENBUD (na przykładzie uzyskanych wskaźników ceny jednostkowej brutto za 1m² powierzchni netto obiektów szpitalnych).

Jako dostępne danemu wykonawcy czynniki, wpływające na wielkość zaoferowanej ceny przystępujący wymienił i szczegółowo omówił:

- 1) wieloletnie doświadczenie konsorcjum w realizacji oznaczonych obiektów szpitalnych,
- 2) możliwą alokację środków materialnych z prowadzonych równolegle budów,
- 3) efekt skali i stałą współpracę z wybranymi producentami i dostawcami (przedstawił umowy ramowe),

- 4) wykorzystywanie własnych zasobów sprzętowych (przedstawił wykaz sprzętu i środków transportowych),
- 5) powołał się na stałą i doświadczoną kadrę kierowniczą i inżynierską, którą dysponuje
- 6) płynność finansową,
- 7) rozwiązania organizacyjne cykli robót i je omówił.

W dniu 4 listopada 2015 r. zamawiający wezwał konsorcjum Budimex S.A. do dalszych wyjaśnień sprowadzających się do wykazania jak rozkłada się rozbieżność cenowa dla wymienionych uprzednio ogólnych elementów i wskazał, jakie szczegółowe aspekty wymagają dodatkowego wyjaśnienia.

W wyjaśnieniach z dnia 17 listopada 2015 r. konsorcjum Budimex S.A. podtrzymało swoje dotychczasowe stanowisko, że cena oferty została skalkulowana na realnym poziomie. Przystępujący udzielił odpowiedzi na szczegółowe zapytania zamawiającego oraz przedstawił rozbieżność cenową dla ogólnie opisanych elementów oraz przedstawił podział kosztów ogólnych, przedstawił założony według załącznika 1 zysk.

Wykonawca konsorcjum Budimex S.A. przedstawił koszty bezpośrednie na poszczególne odcinki, rozbieżność kosztów ogólnych (pośrednich) oraz określił zysk.

Odwołujący konsorcjum ERBUD S.A. w swoich wyjaśnieniach dla zamawiającego podał: *„Jak widać z powyższego zestawienia, cena oferty każdego z wykonawców była znacznie poniżej kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nawet najdroższa złożona oferta jest o 13% niższa niż „budżet” Zamawiającego, Oferta Wykonawcy jest tylko 7% niższa od średniej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, podczas gdy już średnia cena złożonych ofert wynosiła prawie 30% w stosunku do budżetu Zamawiającego. Powyższe poddaje pod wątpliwość, czy szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego, a następnie kwota jaką zamierza On przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest adekwatna do aktualnych warunków rynkowych, Innymi słowy, w ocenie Wykonawcy wartość niniejszego zamówienia ustalona przez Zamawiającego wydaje się być przeszacowana. Przy tego typu inwestycji proces projektowania trwa kilka lat. Obecne ceny na rynku robót budowlanych są zatem niższe niż w fazie projektowania tej inwestycji. W konsekwencji, nie znając szczegółowych kosztorysów inwestorskich Zamawiającego, Wykonawcy trudno jest odnieść się do kalkulacji „budżetu” Zamawiającego.”*

W dniu 30 grudnia 2015 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez konsorcjum: Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie i Ferrovia Agroman S.A.

Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji 93,03 pkt.

Zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum: IDS-BUD SA; Korporacja ALTIS HOLDING.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego, został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co prowadzi do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na zawarcie umowy o realizację inwestycji.

W pierwszej kolejności dało się zauważyć, że różnica pomiędzy ceną oferty konsorcjum Budimex S.A. [336 413 825,65 zł] wykazuje, iż jest ona niższa o 13,22% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, przy czym nieznacznie tylko niższa od ceny oferty odwołującego [361 606 014,60 zł.], tj. około 7%.

Zamawiający wzywając odwołującego oraz przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny powołał się na okoliczność, że ceny globalne w tych ofertach są niższe o ponad 30% w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Przesłanki wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, chociaż stanowią istotną wskazówkę interpretacyjną - nie mają charakteru wyczerpującego, a ponadto nie muszą występować łącznie. Sama zatem rozbieżność między wartością szacunkową zamówienia a ceną ofert stwarzała podstawy do żądania wyjaśnień, a wykonawcy nie kwestionowali zasadności wezwania i się do niego dostosowali.

Nie pozbawia to jednak wykonawców prawa do uznawania szacunków zamawiająco jako niezgodnych z aktualnym poziomem cen rynkowych, odnotowanych w danej branży.

Stanowiska odwołującego oraz przystępującego, były w powyższej kwestii wyjątkowo zgodne. Odwołujący uznał, że „wartość niniejszego zamówienia ustalona przez Zamawiającego wydaje się być przeszacowana”, co opierał na fakcie, że cena oferty każdego z wykonawców była znacznie poniżej kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. „Nawet najdroższa złożona oferta jest o 13% niższa niż „budżet” Zamawiającego.” Przystępujący konsorcjum Budimex S.A. z porównania cen złożonych ofert wnioskował, iż: „wartość przedmiotu zamówienia, wyliczona przez Zamawiającego, została przeszacowana i nie oddaje rzeczywistych realiów rynku i cen robót objętych przedmiotem zamówienia, stosowanych aktualnie. Zatem wartość ta nie może być uznana za miarodajną.”

Izba podzieliła poglądy wykonawców w tej kwestii. Zamawiający wartość zamówienia wraz z zamówieniami uzupełniającymi [10%] przyjął w kwocie netto 487 644 238,60 zł. W protokole postępowania podał, że została ustalona w dniu 27 sierpnia 2014 r., a następnie ostatecznie ustalona 14 sierpnia 2015 r. po odpowiedziach na pytania do SIWZ. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia 545 274 921,29 zł brutto.

Przepis art. 32 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Z kolei art. 33 ust. 1 Pzp stanowi, że wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie:

1) kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane;

2) planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane.

Przepis art. 35 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje ustalenie wartości zamówienia nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania, o ile przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

Zamawiający w tym postępowaniu przetargowym nie podał dokładnie w jaki sposób i według jakiego stanu oszacował wartość zamówienia. Wobec powyższego szacunki

zamawiającego nie mogły stanowić miarodajnej podstawy do porównania oferty konsorcjum Budimex S.A. i zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny za realizację zamówienia.

W zasadniczy sposób Izba nie zgodziła się z przedstawionym przez odwołującego zarzutem, którego przedmiotem uczynił on jeden z elementów ceny oferty konsorcjum Budimex, dotyczący mianowicie odcinka nr 5, gdzie różnica cenowa między ofertą odwołującego a przystępującego była największa.

Odcinek 5 -Budynek 550 - obejmujący przebudowę istniejącego budynku Szpitala na VI piętrze oraz modernizację pięter II-V wraz z modernizacją infrastruktury w budynku - odwołujący wycenił na kwotę 33 445 706,65 zł, a przystępujący na kwotę 17 600 802,92 zł.

Elementy składowe wycenione zostały następująco:

- a) odcinek 5.1. - odwołujący - 5 633 349,68 zł; przystępujący - 4 236 047,01 zł;
- b) odcinek 5.2. - odwołujący - 27 812 356,96 zł; przystępujący - 13 364 755,91 zł.

Z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Takie same wytyczne zawiera art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca w sposób jednoznaczny i wyraźny zaakcentował, iż ocena oferty wykonawcy pod względem przebadania, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny odnosi się każdorazowo do ceny całkowitej, obejmującej cały przedmiot zamówienia.

Odwołujący zdawał sobie z tego sprawę, skoro w swoich wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu przytoczył tezę z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2010r. wydanego w sprawie sygn. akt KIO/UZP 269/10, że: *„jednym z czynników istotnych dla usunięcia wątpliwości w zakresie tego, czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę, jest to aby cena całkowita oferty za przedmiot zamówienia pokrywała koszty realizacji robót oraz zapewniała wykonawcy nawet minimalny poziom zysku.”* Innymi słowy istotne jest, aby z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności wykonawca nie ponosił strat (tak też: wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1746/10. W uzasadnieniu odwołania został przytoczony kolejny wyrok z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12, zgodnie z którym: *„Zamawiający ma obowiązek ocenić wyjaśnienia w kontekście całego przedmiotu zamówienia i tym samym przedmiotu oferty. Wykonawca ma natomiast obowiązek przedstawić wyjaśnienia przekonujące i rzeczowe co do pełnego zakresu wyceny oferty. Wykonawca powinien przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena*

oferty nie jest rażąco niska." Orzecznictwo Izby odnoszące się do badania kwestii rażąco niskiej ceny oferty jest ugruntowane i niezmiennie, zgodnie z treścią przytaczanych wyżej przepisów stoi na stanowisku, że rażąco niską cenę oferty można jedynie ustalić w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Nie zmienia tego faktu okoliczność, że jeżeli cena całkowita oparta jest na jednostkowej cenie za jednorodny przedmiot zamówienia, sprowadzająca cenę całkowitą do porównywalnego zakresu wielkości świadczenia, to badanie składników takiej ceny może odbywać się w stosunku do ceny jednostkowej, gdyż i tak uzyska się porównywalny wynik. W przetargach budowlanych natomiast kosztorys ofertowy składa się z bardzo wielu pozycji cen jednostkowych, dodatkowo z podziałem na kosztorysy branżowe. W żadnym razie nie można było traktować ceny za odcinek - jako ceny jednostkowej, jak chciał odwołujący, gdyż niewątpliwie obejmuje ona wiele pozycji cen jednostkowych. Definicję legalną ceny jednostkowej w przetargach budowlanych zawiera § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzenia kosztorysu inwestorskiego (...) (Dz. U. Nr 130, poz. 1389), stanowiąc, że ilekroć jest mowa o cenie jednostkowej należy przez to rozumieć sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, wyliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych. Zbędne było tłumaczenie, zwłaszcza firmom budowlanym, że cena jednostkowa odnosi się do pojedynczej jednostki przedmiarowej. Wskazywane przez odwołującego ceny za 1m² np. odcinka 5.1, wynikające z podziału ceny odcinka przez jego powierzchnię, obejmują większą ilość różnorodnych cen jednostkowych.

Podobne zarzuty, oparte na cząstkowej cenie oferty można by postawić również odwołującemu, gdzie w odcinkach np. 4, 9 i 11 cena oferty odwołującego była niższa niż cena oferty przystępującego - konsorcjum Budimex S.A. Ponadto, średni udział ceny za odcinek 5.2, wbrew stanowisku odwołującego nie był przeważający w kosztach tego zamówienia, w zależności od oferty, wynosił od 4 do około 7%.

Postępowanie dowodowe potwierdziło, że zamawiający ustalił obowiązujące wynagrodzenie ryczałtowe, które zgodnie z art. 632 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, nie może być podwyższone na żądanie przyjmującego zamówienie, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym wszelkie kalkulacje i kosztorysy mają jedynie charakter pomocniczy, służą jako narzędzie skalkulowania ceny oferty i dają zamawiającemu możliwość zapoznania się ze sposobem tej kalkulacji.

Odcinek 5.1 -Budynek 550 - przebudowa istniejącego budynku Szpitala na VI piętrze wykonywana będzie na podstawie dokumentacji projektowej zamawiającego, natomiast pododcinek 5.2 modernizacja pięter II-V wraz z modernizacją infrastruktury w budynku

będzie realizowana w formule zaprojektuj i zbuduj, w oparciu o wytyczne programu funkcjonalno-użytkowego, co daje poszczególnym wykonawcom pewien zakres decyzyjności odnośnie sposobu wykonania zamówienia, która w ocenie Izby mogła mieć wpływ na wycenę przedmiotowego elementu robót. Zamawiający ogólnie dopuścił również zmiany projektowe po stronie wykonawcy, za zgodą projektanta. Sposób ujęcia wyceny robót związanych z remontem infrastruktury technicznej i energetycznej, wymianą instalacji w budynku, w danym lub innym odcinku robót, wiązał się z organizacją procesu budowlanego, przyjętego przez przystępującego, harmonogramem prac i zamierzonym planem wprowadzenia na plac budowy podwykonawców różnych branż.

Zupełnie gołosłowne były twierdzenia odwołującego, że sam fakt skalkulowania ceny oferty za odcinek 5.2 zamówienia na poziomie 17 600 802,92 zł, świadczy że przystępujący odstąpił od standardów robót wyznaczonych w przez zamawiającego w programie funkcjonalno-użytkowym. Przedmiot zamówienia poza meblami wbudowanymi, wyposażeniem sanitarnym i panelami medycznymi, nie przewiduje bowiem żadnego specjalistycznego szpitalnego wyposażenia obiektów, które byłoby obowiązkiem wykonawcy.

Wywodzenie przez odwołującego ceny za odcinek 5.2 ze średniej ceny za 1m² za odcinek 5.1 i odcinek 8, lub inny odcinek - w ofercie przystępującego i na tej podstawie wskazywanie, że cena oferty konsorcjum Budimex S.A. jest rażąco niska nie znajdowało żadnych usprawiedliwionych racji.

Zamawiający udostępnił wykonawcom przedmiar robót, ale nie wymagał złożenia kosztorysu ofertowego opartego na tym przedmiarze. Określenie wysokości wynagrodzenia za poszczególne odcinki, miało zdaniem Izby jedynie charakter informacyjny, nawet nie powiązany ze sposobem rozliczeń za realizację zamówienia, gdyż zgodnie ze szczegółowymi warunkami kontraktu, strony umowy będą obowiązywały rozliczenia okresowe w oparciu o przejściowe świadectwa płatności, i rozliczenie końcowe. Klauzula 14.4 szczegółowych warunków kontraktu przewiduje bowiem, że wykonawca opracuje plan płatności, stanowiący część Szczegółowego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego i uzyska akceptację zamawiającego dla planu płatności w terminie 28 dni od daty powiadomienia o rozpoczęciu robót. Nie istnieje więc nawet bezpośrednio powiązanie wynagrodzenia z oferty wykonawcy za poszczególne odcinki z przewidzianymi zasadami płatności, które będą się opierały na harmonogramie rzeczowo-finansowym i ustalonym stanem rzeczywistego zaawansowania robót w oznaczonym czasie.

Wykonawca był zobowiązany wszystkie koszty, które będą konieczne do pełnego zrealizowania robót zgodnie z wymaganiami zamawiającego uwzględnić i ująć w cenie całkowitej oferty wraz z przyjętym zyskiem, skalkulować ryzyko kontraktowe w przyjętej

rezerwie ceny. W warunkach tego zamówienia przystępujący konsorcjum Budimex S.A. nawet nie miał obowiązku, aby cenę za wszystkie odcinki bez wyjątku wyznaczać na rentownym poziomie. Wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie. Za niedopuszczalne uznaje się jedynie subsydiowanie skrośne, tzn. pokrywanie kosztów ceny oferty o nierynkowym charakterze (dumpingowej) z innej działalności danego przedsiębiorcy, a nie z ceny umownej za dany kontrakt. Skoro cena w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, to przedstawione elementy kalkulacyjne (za odcinki) nie mają charakteru wiążącego i w trakcie realizacji zamówienia wykonawca może je modyfikować w sposób przewidziany w harmonogramie rzeczowo-finansowym.

Poprawność dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień przez konsorcjum Budimex S.A. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie może budzić żadnych wątpliwości, jeżeli się zważy, że wyjaśnienia te miały charakter kompleksowy, bardzo szczegółowy, poparty odpowiednimi przekonującymi dowodami w postaci ofert dostawców materiałów i podwykonawców robót oraz projektantów. Wykonawca przedstawił całkowity kosztorys według przedmiarów zamawiającego (i planowane koszty wg PFU za odcinek 5.2), w którym ujął koszty bezpośrednie robót podstawowych, koszty ogólne, w tym koszty pośrednie budowy, rezerwy oraz zysk kalkulacyjny. Wyjaśnienia konsorcjum Budimex S.A. pozostają pełne, spójne, jednoznaczne i weryfikowalne. Wystarczające w tym względzie były dowody złożone w trakcie procedury przetargowej, w oparciu o które zamawiający pozytywnie zweryfikował cenę oferty konsorcjum Budimex, a do tej właśnie czynności może odnosić się postępowanie odwoławcze przed Izbą. Inne dowody złożone przez przystępującego na rozprawie, dodatkowo potwierdziły treść złożonych wyjaśnień.

Ponadto, inne dowody - ceny ofert za porównywalne inwestycje, zwłaszcza przywoływane przez zamawiającego obiekty służby zdrowia, zrealizowane na jego rzecz przez konsorcjum Budimex: budowa Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego w Bydgoszczy oraz Parku Aktywnej Rehabilitacji i Sportu Centrum Onkologii w Bydgoszczy, gdzie przy porównywalnych zakresach tych inwestycji, zostały one wykonane należycie za najniższe ceny, które zaoferował Budimex S.A., oraz realizowane dla innych odbiorców, w nawiązaniu z zanotowanymi cenami rynkowymi dla danego regionu Kujawsko-Pomorskiego, publikowanymi przez SEKOCENBUD w kategorii budynki obiektów szpitalnych, poświadczają realność, rzetelność ceny oferty konsorcjum Budimex S.A. i możliwość prawidłowego wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Przystępujący sprostał obowiązkowi nałożonemu art. 90 ust. 2. Pzp i wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowana

cena jest wyrazem indywidualnych możliwości wykonawcy, jego potencjału, doświadczenia, metod organizacyjnych i kontaktów handlowych.

Zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Budimex jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej,

- nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

W konsekwencji zamawiający nie naruszył zasad rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ustalonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż wybór oferty konsorcjum Budimex S.A. nastąpił zgodnie z przepisami tej ustawy, z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie złożonego rachunku.

Przewodniczący:

.....

