

Sygn. akt: KIO 2465/10

WYROK
z dnia 25 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 listopada 2010 r. przez **Budimex S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Fundację Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu, 61-612 Poznań, ul. Rubież 46**

przy udziale **MIRBUD S.A., 96-100 Skierniewice, ul. Unii Europejskiej 18** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje przeprowadzenie ponownej oceny i wybór oferty najkorzystniejszej.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Fundację Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu, 61-612 Poznań, ul. Rubież 46** i nakazuje
 - a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Budimex S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40;**
 - b) zasądza od **Fundacji Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu, 61-612 Poznań, ul. Rubież 46** na rzecz **Budimex S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** koszty w wysokości 23.600 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesione w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Fundację Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu w trybie przetargu ograniczonego na *budowę Zespołu Inkubatorów Wysokich Technologii – materiały i biomateriały oraz technologie informacyjne i komunikacyjne (nr postępowania 1/ZESP/INKUB/2010)*, wobec czynności oceny oferty Mirbud S.A., wykonawca Budimex S.A. (dalej odwołujący) wniósł w dniu 12 listopada 2010 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 listopada 2010r.

O wynikach oceny oferty Mirbud S.A. odwołujący został powiadomiony w dniu 5 listopada 2010 r. w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przekazanej faksem.

W odwołaniu odwołujący wskazał na naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1-3, art. 91 ust. 1, art. 8, art. 7 ust. 1 poprzez nieuprawnione przyjęcie, że oferta wybrana nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty oraz bezzasadne i bezprawne uznanie pisma zawierającego wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez Mirbud S.A., za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów odwołujący wskazał na znaczącą różnicę ceny oferty wybranej (24 400 880, 94 zł. brutto), a wartością szacowaną przez zamawiającego na kwotę brutto 35 244 154,22 zł, a także wartością pozostałych 10 ofert złożonych w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, oferta wybrana zawiera cenę niewiarygodną, odbiegającą od cen ofertowych innych wykonawców i stanowi podstawę do stwierdzenia, że realizacja przedmiotowego zamówienia będzie odbywała się poniżej kosztów wytworzenia roboty budowlanej i jest ceną nierzetelnie skalkulowaną, co nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na kilka pozycji kosztorysowych, które w rażącym stopniu odbiegają od wartości rzeczywistej i dotyczące instalacji klimatyzacji serwerowni i instalacji wentylacji i klimatyzacji i które nie są możliwe do wykonania za kwoty przyjęte w kosztorysie. Zdaniem odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Mirbud S.A. powinny być wyczerpujące i pozwalać zamawiającemu na ocenę, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Ponieważ wyjaśnienia te zostały utajnione, jako tajemnica przedsiębiorstwa, odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z ich treścią. Nie ujawnienie tych informacji, zdaniem odwołującego, stanowiło naruszenie zasady jawności, gdyż nie wypełniały one przesłanki dla uznania tych wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie odwołującego, informacje przedstawione w wyjaśnieniach

nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na jawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz brak spełnienia przesłanek.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty Mirbud S.A. i dokonanie wyboru oferty odwołującego.

W dniu 12 listopada 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Mirbud S.A.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szkada ta wyraża się w utracie korzyści, jakie odwołujący uzyskałby realizując przedmiotowe zamówienie na skutek decyzji zamawiającego o wyborze oferty innego wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę było ustalenie, czy oferta wybrana podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz, czy wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny mogły podlegać utajnieniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu dotyczącego ustalenia, czy oferta Mirbud S.A. zawiera rażąco niską cenę, Izba ustaliła, iż w postępowaniu oferty złożyło 11 wykonawców zaproszonych do złożenia ofert. Oferty opiewały na kwoty brutto wyrażone w złotych w wysokości: 24.400.880,94 (Mirbud S.A.), 34.603.011,45 (Skanska S.A.), 33.815.023,15 (Mostostal Warszawa S.A.), 34.859.880,12 (Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego

„BUDUS” S.A.), 38.220.955,43 (konsorcjum BERGER BAU), 34.367.852,34 (ALLCON Budownictwo Sp. z o.o. S.K.A.), 45.865.852,63 (PPHU AGROBEX Sp. z o.o.), 39.754.151,67 (Budopol-Poznań Sp. z o.o.), 42.183.966,43 (P.R.I. POL-AQUA S.A.), 31.988.400,00 (Budimex S.A.), 36.722.000,00 (Warbud S.A.). Zamawiający oszacował wartość zamówienia w dniu 1.06.2010 r. na kwotę netto 28.888.651,51 (z uwzględnieniem zamówień uzupełniających stanowiących 10% wskazanej wartości) na podstawie kosztorysów inwestorskich. Jak wynika z zestawienia podanych kwot, oferta Mirbud S.A. znacząco odbiegała od wysokości pozostałych ofert, w tym od kolejnej pod względem ceny oferty odwołującego o 24%. Zaoferowana cena w kwocie brutto była niższa od wartości szacowanej w kwocie netto o ponad 4 mln 400 tys. zł. i stanowiła ok. 70% wartości szacowanej w kwocie brutto na 35.244.154,84 zł.

W oparciu o powyższe zamawiający słusznie zwrócił się na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy do wykonawcy Mirbud S.A. o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (pismo z dnia 29.10.2010 r.). W odpowiedzi zamawiający otrzymał wyjaśnienia, do których załączone zostały kopie umów z kontrahentami, zastrzeżone w całości, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 90 ustawy, na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodu okoliczności, z których wywodzi, iż cena zaoferowana nie stanowi rażąco niskiej ceny. Potwierdzenie istnienia obowiązku udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę w celu udowodnienia, że zawarta w ofercie cena nie jest rażąco niska i jakie okoliczności wpływają na fakt, że oferowana przez niego cena w takim stopniu odbiega od cen oferowanych przez inne podmioty działające na rynku, dostarcza orzecznictwo sądów, przykładowo Sądu Okręgowego w Poznaniu w wyroku z dnia 04.06.2008 r. (sygn. akt X Ga 127/08). W ocenie Izby, w sytuacji kiedy złożone wyjaśnienia nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności ceny złożonej w ofercie, tj. nie zawierają informacji na temat rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny, wówczas wypełniona zostaje przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PrZamPubl. Celem, dla którego wykonawca wzywany jest do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowanie wysokości ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powinny one zatem osadzać się na konkretnych uwarunkowaniach, jakie towarzyszyć będą realizacji danego zamówienia i pozwalać na ocenę stopnia, w jakim wpływały na ustalenie poziomu kosztów. Jeżeli wykonawca powołuje się na pewne okoliczności, mające mieć wpływ na wysokość ceny, to powinien również wykazać w jaki sposób zostały one uwzględnione przy kalkulacji kosztów. Informacji takich nie zawierały wyjaśnienia złożone przez Mirbud S.A., przez co nie było możliwe stwierdzenie dopuszczalności ich uwzględnienia przez zamawiającego. Zakres wyjaśnień nie pozwalał na ustalenie występowania wyjątkowo korzystnych warunków umożliwiających ustalenie ceny

oferty za realizację całego przedmiotu zamówienia za kwotę brutto 24.400.880,94 zł. Izba uznała, iż wykazanie cen materiałów: betonu, stali oraz cegły, nie było wystarczające dla przyjęcia, że były one na tyle korzystne aby oszacować wartość realizacji całej inwestycji taniej od wartości szacowanej przez zamawiającego o 10.843.273,28 zł. brutto. (o 30,77%). Dalsza treść wyjaśnień nie stanowiła o żadnych wyjątkowo sprzyjających okolicznościach, mających wymierny wpływ na obniżenie kosztów, jakie wykonawca winien uwzględnić w odniesieniu do całości prac objętych zamówieniem, polegających nie tylko na budowie obiektu, ale również na jego wyposażeniu w liczne instalacje. Jak wynika z zestawienia kosztorysowego zamawiającego koszt samej budowy (bez instalacji) został określony przez zamawiającego na kwotę netto 14.357.616,48 zł., co stanowiło ok. połowy wartości całej inwestycji. Pozostała kwota stanowiła koszt instalacji i urządzeń, z których największą wartość przypisano dla „elektryki – 2.950.948,06 PLN netto”, „wentylacji mechanicznej i klimatyzacji – 2.500.661,04 PLN netto” oraz „klimatyzacji serwerowni – 1.585.032,59 PLN netto”. Informacje wskazane w wyjaśnieniach i dotyczące obniżenia kosztów można było odnieść jedynie do części zamówienia polegającego na budowie, chociaż nie pozwalały one na stwierdzenie w jakim stopniu wpłynęły na obniżenie ceny całej oferty. Dodatkowo, wskazywane przez odwołującego części kosztorysu ofertowego, podważały rzetelność kalkulacji ceny oferty. W szczególności, Izba przyznała rację odwołującemu, który kwestionował wartość wykonania instalacji klimatyzacji serwerowni, określoną na kwotę 263.373,09 zł., stanowiącą mniej niż 20 % wartości szacowanej przez zamawiającego. Za wiarygodne Izba przyznała ustalenie, iż w pozycjach 73, 76, 79, 82 kosztorysu, wykonawca nie uwzględnił kosztu zakupu urządzeń, a jedynie koszt ich montażu. Przystępujący w postępowaniu odwoławczym Mirbud nie wskazał, w jakich innych pozycjach kosztorysu uwzględniono koszt związany z zakupem urządzeń do klimatyzacji serwerowni, projektowanych przez zamawiającego produkcji Emerson. Jak wynika z opisu pozycji takie same urządzenia w swojej ofercie uwzględnił odwołujący, szacując koszt ich dostawy wraz z montażem na kwoty: poz. 73 - 69.542,42 zł. (Mirbud – 3.349,82), poz. 76 – 52.208,62 zł. (Mirbud – 3.115,31), poz. 79 – 275.724,22 zł. (Mirbud – 51.932,81), poz. 82 – 256.284,93 zł. (Mirbud – 27.524,27). W ocenie Izby, okoliczność, iż przedmiary miały jedynie charakter pomocniczy, nie wyklucza możliwości ustalenia w oparciu o sporządzone kosztorysy ofertowe, czy obliczona cena uwzględnia wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Zamawiający, ustalając ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie jest zwolniony z obowiązku sprawdzenia, czy w oferta obejmuje całość prac objętych przedmiotem zamówienia, jeżeli pozwalają na to dokumenty składane w ofercie (np. kosztorysy). Zamawiający przyznał, iż nie weryfikował kosztorysów pod względem ich merytorycznej zawartości, a jedynie sprawdzał, czy wszystkie pozycje kosztorysowe zostały wycenione. Z zestawienia kosztorysów (str. 5 Oferty Mirbud) wynika, iż ceny dotyczące wszystkich prac

instalacyjnych znacząco odbiegają od wartości szacowanej przez zamawiającego. Na podstawie wyjaśnień nie można ustalić wystąpienia okoliczności, które pozwalały wykonawcy na tak znaczące obniżenie ceny oferty w tym zakresie. Wykonawca w ogóle nie odnosił się do tych elementów zamówienia, których wartość decydowała o znaczącym obniżeniu ceny oferty. W oparciu o przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia, Izba uznała, iż nie były one wystarczające dla potwierdzenia rzetelności kalkulacji ceny oferty, a tym samym nie spełniały wymogu przepisu art. 90 ust. 2 ustawy. Na tej podstawie, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w wyniku ponownej oceny, jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, iż w części dotyczącej umów (załączniki do wyjaśnień) oraz cen materiałów (tabele), stanowiły one informacje gospodarcze, ważne z punktu widzenia pozycji tego wykonawcy na rynku, a zatem mogły zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W pozostałym zakresie, informacje nie miały takiego charakteru i powinny być udostępnione innym wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie.

W związku z powyższym odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis, na podstawie § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 3544), mającego zastosowanie do przedmiotowego odwołania, jako wniesionego w dniu wejścia w życie rozporządzenia i dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. (zgodnie z § 7 rozporządzenia). Na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, Izba zasądziła na rzecz odwołującego koszty poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:

.....