

Sygn. akt: KIO/UZP 1049/09,
KIO/UZP 1050/09,
KIO/UZP 1051/09,
KIO/UZP 1052/09.

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **14 sierpnia 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stanisław Flis, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano - Montażowe FLISBUD oraz Witold Zgubiński, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYCHOWO Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe siedziba dla lidera konsorcjum: ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów Lubelski,**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmańłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona**

Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmajłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmajłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Częstochowa, ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa** protestów:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stanisław Flis, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano - Montażowe FLISBUD oraz Witold Zgubiński, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYCHOWO Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe siedziba dla lidera konsorcjum: ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów Lubelski z dnia 2 lipca 2009 r.

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmajłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa z dnia 2 lipca 2009 r.,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmajłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa z dnia 2 lipca 2009 r.,

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmajłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa z dnia 2 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **CZ.P.B.P. Przemysłówka S.A., ul. Pułaskiego 25, 42-200 Częstochowa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO/UZP 1049/09, 1050/09, 1051/09 i 1052/09 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1A. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stanisław Flis, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano - Montażowe FLISBUD oraz Witold Zgubiński, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYCHOWO Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów Lubelski i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 1B oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmańłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,**
- 1C oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmańłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,**
- 1D oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmańłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Częstochowa, ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa** oraz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmajłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
- A** koszty w wysokości **1 143 zł 50 gr** (słownie: tysiąc sto czterdzieści trzy złote pięćdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stanisław Flis, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano - Montażowe FLISBUD oraz Witold Zgubiński, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYCHOWO Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów Lubelski,**
- B.** koszty w wysokości **1 143 zł 50 gr** (słownie: tysiąc sto czterdzieści trzy złote pięćdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmajłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,**
- C.** koszty w wysokości **1 143 zł 50 gr** (słownie: tysiąc sto czterdzieści trzy złote pięćdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmajłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,**
- D** koszty w wysokości **1 143 zł 50 gr** (słownie: tysiąc sto czterdzieści trzy złote pięćdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek**

Izmajłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 743 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset czterdzieści trzy złote pięćdziesiąt groszy) przez **Gminę Miasto Częstochowa, ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stanisław Flis, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano - Montażowe FLISBUD oraz Witold Zgubiński, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYCHOWO Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe** siedzibą dla lidera konsorcjum: **ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów Lubelski**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **75 426 zł 00 gr** (słownie: siedemdziesiąt pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty **18 856 zł 50 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Stanisław Flis, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano - Montażowe FLISBUD oraz Witold Zgubiński, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYCHOWO Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe** z siedzibą dla lidera konsorcjum: **ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25, 23-300 Janów Lubelski,**

 - B** kwoty **56 569 zł 50 gr** (słownie: pięćdziesiąt sześć tysięcy pięćset sześćdziesiąt dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Marek Izmajłowicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA oraz Acciona Infraestructuras S.A.** z siedzibą dla lidera konsorcjum: **ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa.**

Uzasadnienie

KIOUZP 1049/09

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Gminę Miasto Częstochowa na "rozbudowę i remont budynku Filharmonii Częstochowskiej" wykonawca - konsorcjum firm w składzie Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD Stanisław Flis oraz Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe BYCHOWO Witold Zgubiński (dalej konsorcjum Flisbud) złożył protest na czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty konsorcjum Flisbud, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3, 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej zwanej ustawą Pzp oraz żądając:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty konsorcjum Flisbud,

dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego protestu, gdyż po jego uwzględnieniu, to jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu protestu podał, że zamawiający jako przyczynę odrzucenia jego oferty wskazał zawarcie w ofercie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnił, że taki wniosek zamawiający wyciągnął z wyjaśnień konsorcjum Flisbud udzielonych w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, które to wyjaśnienia zamawiający uznał za ogólne i nie wystarczające do przyjęcia, że cena oferty jest skalkulowana poprawnie i zarzucił, że konsorcjum Flisbud nie przedstawił kosztów wykonania poszczególnych elementów robót, dostaw oraz usług, które zostały określone w piśmie zamawiającego z dnia 09.06.2009 r.

W ocenie konsorcjum Flisbud zamawiający błędnie uznał, że konsorcjum powinno przedstawić koszty wykonania poszczególnych elementów robót określonych w piśmie z dnia 09.06.2009 r., ponieważ w piśmie tym nie było żądania przedstawienia cen żadnych konkretnych części zamówienia. Konsorcjum Flisbud potwierdziło, że zamawiający napisał co prawda, że prosi o "przedstawienie kosztów wykonania następujących elementów", niemniej po tym zwrocie nie wymienił tychże elementów, natomiast w punkcie a) zamawiający zażądał potwierdzenia, że cena ofertowa obejmuje cały zakres robót, dostaw i usług określony w projektach budowlanych, wykonawczych oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a także wymienił planowane prace, które nie znalazły się w zestawieniu sporządzonym przez konsorcjum Flisbud oraz przypomniał, że w takim przypadku, po zawarciu umowy wykonawca nie otrzyma dodatkowego wynagrodzenia.

Konsorcjum Flisbud stwierdziło, że wobec tak sformułowanego pisma, w punkcie b) swoich wyjaśnień z dnia 15.06.2009 r. złożyło jednoznaczne oświadczenie, że złożona cena ofertowa obejmuje cały zakres robót, dostaw i usług określony w projektach budowlanych, wykonawczych oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Konsorcjum Flisbud wyjaśniło, że kwestia rażąco niskiej ceny była wyartykułowana w punkcie b) pisma zamawiającego, gdzie zamawiający stwierdził, że wycena tego konsorcjum odbiega średnio o około 30% od kosztorysu inwestorskiego i w związku z tym zażądał wyjaśnień dotyczących przyjętych założeń do wyceny robót.

W ocenie konsorcjum Flisbud, jego wyjaśnienia w tym zakresie były wystarczające.

Konsorcjum Flisbud podniosło, że niemal takie same wyjaśnienia złożyło konsorcjum Mostostal - konsorcjum to potwierdziło w pierwszej kolejności, podobnie jak konsorcjum Flisbud, że cena ryczałtowa zawarta w ofercie zawiera wszystkie elementy robót, a następnie z nazwy wymieniło niektóre elementy, opatrując je każdorazowo dopiskiem, że "zostało ujęte w cenie ryczałtowej" oraz wskazaniem ceny. W żadnym z tych punktów nie było wyjaśnienia skąd się ta cena wzięła i jakie okoliczności miały wpływ na jej wysokość. Wykonawca podał jedynie konkretną wartość.

Konsorcjum Flisbud wskazało, odnośnie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, że konsorcjum Mostostal podniosło, że w cenach uwzględniono rabaty udzielane przez dostawców i podwykonawców oraz wskazało na sytuację na rynku budowlanym, sprzyjającą uzyskiwaniu atrakcyjnych cen na materiały i urządzenia.

Dokonując porównania wyjaśnień obu konsorcjum, konsorcjum Flisbud stwierdziło, że w zakresie rażąco niskiej ceny wyjaśnienia te są analogiczne, ponieważ wskazały na niewielkie różnice w cenach de facto pierwszych czterech ofert, powołały się na obecny stan koniunktury gospodarczej oraz na upusty otrzymane od dostawców materiałów. Jediną różnicą jest to, że konsorcjum Mostostal do oświadczenia o kompletności oferty dodało kilka zdań, iż niektóre elementy są również "ujęte w cenie ryczałtowej".

Konsorcjum Flisbud oceniło, że składanie oddzielnych oświadczeń, co do zakresu podanego w punkcie a) pisma zamawiającego z dnia 09.06.2009 r. było całkowicie zbędne w sytuacji gdy konsorcjum Flisbud stwierdziło, że cena ryczałtowa zawiera cały zakres zamówienia (wnioskowanie oparte na zasadzie logicznej dictum de omni (tzw. formuła Arystotelesa - to co można powiedzieć o wszystkich przedmiotach danego rodzaju, można też orzec o każdym poszczególnym przedmiocie tego rodzaju).

Konsorcjum Flisbud podkreśliło, że ceny jednostkowe niektórych materiałów nie mogą decydować o rażąco niskiej cenie całej oferty, którą należy rozpatrywać globalnie.

Powołał się na wyrok KIO /UZP 126/09, zgodnie z którym ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny nie może odbywać się jedynie przez porównanie wartości zamówienia oszacowanej

przez zamawiającego, ale powinno mieć również na względzie ceny zaproponowane w innych ofertach oraz zmiany sytuacji na rynku.

Konsorcjum Flisbud załączyło do protestu oferty dostawców materiałów.

Zamawiający protest oddalił, ograniczając się do stwierdzenia, że podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 23.06.2009 r.

W odwołaniu konsorcjum Flisbud podtrzymało zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

KIO/UZP 1050/09

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Gminę Miasto Częstochowa na "rozbudowę i remont budynku Filharmonii Częstochowskiej" wykonawca – Budimex Dromex S.A. (dalej Budimex Dromex) złożył protest na czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 6, 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej zwanej ustawą Pzp oraz żądając:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe IWA Marek Izłamowicz, Aeciona Infraestructuras S.A.,
2. dokonania ponownej oceny i badania ofert,
3. wyboru oferty złożonej przez Budimex Dromex S.A. jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu

Budimex Dromex wskazał, że jego oferta (wobec odrzucenia oferty konsorcjum Flisbud) jest drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertą.

W uzasadnieniu protestu Budimex Dromex podał, że zamawiający po analizie uzyskanych wyjaśnień odrzucił ofertę konsorcjum Flisbud, uznając za wiarygodne wyjaśnienia konsorcjum Mostostal i wybierając jego ofertę jako najkorzystniejszą, w sytuacji gdy wyjaśnienia złożone przez konsorcjum Mostostal są równie enigmatyczne co wyjaśnienia konsorcjum Flisbud. Podniósł, że wyjaśnienia obu wykonawców wskazują jedynie na duże rabaty na materiały budowlane jakie uzyskują ci wykonawcy.

Ocecił, że stanowisko zamawiającego dotyczące odrzucenia tylko oferty konsorcjum Flis jest całkowicie nieuzasadnione oraz niezgodnie z obowiązującymi przepisami; również oferta konsorcjum Mostostal winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt.4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem wykonawcy Budimex Dromex S.A. przystąpiło konsorcjum Mostostal, wskazując, że żądania protestującego w sposób oczywisty naruszają jego interes prawny, ponieważ to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający protest uwzględnił, nie podając uzasadnienia swojej decyzji.

Konsorcjum Mostostal wniosło odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz żądając unieważnienia czynności uwzględnienia protestu wniesionego przez Budimex Dromex, a w konsekwencji utrzymania w mocy czynności wyboru oferty konsorcjum Mostostal jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania konsorcjum Mostostal podkreśliło, że brak uzasadnienia przez zamawiającego jego stanowiska utrudniło mu sporządzenie odwołania i stanowi naruszenie zasady: jawności postępowania (art. 8 ustawy Pzp), zasady pisemności postępowania (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp) oraz równości stron postępowania o zamówienia publiczne i pozbawia stronę możliwości czynnego udziału w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Konsorcjum wskazało na ceny poszczególnych ofert w przedmiotowym postępowaniu (od około 32, 5 mln do 43 mln zł) oraz wartość szacunkową ustaloną przez zamawiającego (34.522.455,50 zł) i podniosło, że różnica pomiędzy ofertą odwołującego a ofertą Budimex Dromex S.A. wyniosła wyłącznie ok. 11,5%, i w ocenie konsorcjum Mostostal nie odbiega ona na tyle, aby można było podnosić zarzut zastosowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny.

Konsorcjum Mostostal wyjaśniło, że jego cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia nie jest ceną rażąco niską, nierealistyczną, czy niewiarygodną. Kalkulacja oferty, jak i poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego została wykonana rzetelnie z uwzględnieniem wszystkich wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, uwzględniono w cenie oferty wszystkie pozycje przedmiarowe opisane przez zamawiającego w SIWZ, w tym przedmiarach, projekcie budowlanym i wykonawczym oraz modyfikacjach SIWZ i jej wyjaśnieniach.

Konsorcjum podniosło także, że oferowana cena ryczałtowa obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia oraz wyjaśniło, że ceny poszczególnych pozycji jego kosztorysu wynikają ze sposobu i standardów przygotowywania budżetu stosowanego w organizacji

konsorcjum i są cenami, za które konsorcjum jest w stanie zrealizować określony w nich zakres.

Konsorcjum odwołało się do opinii UZP dot. rażąco niskiej ceny, zamieszczonej na stronie internetowej UZP (punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie co do zasady wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT; wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością; wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy Pzp, a więc żądania wyjaśnień. Nie może jednak decydować jeszcze o tym, że cena jest ceną rażąco niską. W tym przypadku, odniesienie ceny do wartości zamówienia powiększonej o VAT ma charakter jedynie pomocniczy i służyć powinien jedynie podjęciu decyzji o tym, czy na zamawiającym ciąży obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy.)

Konsorcjum odwołało się także do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo) (niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna).

Wyjaśniło, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający, działając w trybie dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do niego, pismem z dnia 9 czerwca 2009 r. z wnioskiem o wyjaśnienie ceny i w odpowiedzi konsorcjum przedstawiło szczegółową wycenę dotyczącą pozycji, o których wyjaśnienie poprosił zamawiający wraz z jednoznacznym potwierdzeniem, że cena ofertowa obejmuje cały zakres robót, dostaw i usług określony w projektach budowlanych, wykonawczych oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, a nadto wskazało składniki cenotwórcze oraz powody i przesłanki zaoferowania ceny korzystniejszej od innych wykonawców.

Podał, że oferta konsorcjum Mostostal zawiera cenę, która jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT o ok. 9 mln zł i jest niższa wyłącznie o ok. 3,8 mln zł od następujących w kolejności dwóch ofert złożonych przez Budimex Dromex S.A. i CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA S.A., co stawia pozostałe oferty na podobnym

poziomie cenowym i świadczy o ich porównywalności, a wobec czego całkowicie chybiony pozostaje zarzut Budimex Dromex S.A.,

Konsorcjum powołało się na wyrok KIO/UZP 195/08.

Zwróciło uwagę na okoliczności przedstawione w wyjaśnieniach z dnia 15.06.2009 r. tj. że na oferowane ceny duży wpływ ma sytuacja na rynku budowlanym, która powoduje coraz większą konkurencję wśród dostawców i podwykonawców, a przez to coraz niższe ceny oraz na olbrzymie doświadczeniem partnerów konsorcjum Mostostal w realizacji obiektów budowlanych, m.in. obiektów scenicznych, jak i wielkość, zakres działania i ranga firm tworzących przedmiotowe konsorcjum, które dzięki pozycji na rynku usług budowlanych i renomie, jaka jej towarzyszy mogą uzyskać znacznie większe rabaty w porównaniu z wieloma innymi, mniejszymi podmiotami.

Konsorcjum podniosło, że w proteście Budimex Dromex nie wskazał żadnych konkretnych zarzutów co do wysokości zaoferowanej przez konsorcjum Mostostal ceny i oceniło, że w takiej sytuacji zamawiający nie miał podstaw do zmiany swojej pierwotnej decyzji co do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konsorcjum wskazało, że protokole postępowania Druk ZP-1/PN Część szczegółowa pkt 10.111. znajduje się informacja: "W dniu 15.06.2009 r. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia, które komisja przetargowa uznała za wystarczające".

KIO/UZP 1051/09

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Gminę Miasto Częstochowa na "rozbudowę i remont budynku Filharmonii Częstochowskiej" wykonawca – CZ.P.B.P. Przemysłówka S.A. (dalej Przemysłówka S.A.), w zakresie, którego dotyczy złożone następnie przez konsorcjum Mostostal odwołanie, złożył protest na:

1. czynność badania i oceny ofert oraz w konsekwencji wybór oferty złożonej przez konsorcjum Mostostal, mimo zaistnienia przesłanej jej odrzucenia,
2. zaniechanie odrzucenia oferty tego konsorcjum,

zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej zwanej ustawą Pzp oraz żądając:

1. unieważnienia czynności wyboru konsorcjum Mostostal,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA S.A.,

odrzucenia oferty konsorcjum Mostostal.

W uzasadnieniu protestu Przemysłówka S.A. stwierdziła, że oferta konsorcjum Mostostal zawiera rażąco niską cenę i podała, że ceny czterech najkorzystniejszych ofert wynosiły: 32 578 317,65 zł, 32 735 071,40 zł, 36 563 282,89 zł i 36 599 764,69 zł, natomiast

wartość szacunkowa obliczona przez zamawiającego, powiększona o podatek VAT stanowi kwotę 42 117 395,71 zł, a kwota, jaka zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację wynosi kwotę 43 mln zł.

Odwołał się do treści pism zamawiającego, w których ten wskazał relacje cen dwóch wykonawców, którzy zaoferowali najniższe ceny w stosunku do kosztorysu inwestorskiego.

Odwołał się do orzecznictwa i doktryny, zgodnie z którymi:

- za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną nierealistyczną, niewiarygodną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia,
- punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest przede wszystkim ustalona przez zamawiającego, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, czyli w sposób należyty, wartość zamówienia powiększona o podatek VAT; drugim przyjętym punktem odniesienia są ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu,
- istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10 % średniej grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej.

W ocenie Przemysłówka S.A., cena zaoferowane przez w/w konsorcjum jest nierealna, nie pozwala na realizację zamówienia z należytą starannością, jest nieadekwatna do klasy i funkcji jaką ma spełniać obiekt będący przedmiotem zamówienia.

Przemysłówka S.A. stwierdziła, że podstawowym celem art. 90 ustawy Pzp jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, ponadto wspieranie zasady rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych oraz, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie (powołała się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie o sygn. akt V Ca459/06).

Przemysłówka S.A. stwierdziła, że zamawiający słusznie odrzucił ofertę złożoną przez konsorcjum Flisbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z względu na to, że wyjaśnienia tego konsorcjum mają charakter ogólny i nie mogą być przyjęte jako wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny.

Przemysłówka S.A. zwróciła uwagę, że w przypadku wszczęcia procedury ustalania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska, a w przypadku, gdy wyjaśnienia nie spełniają tych przesłanek, zachodzą podstawy do odrzucenia oferty.

Przemysłówka S.A. podniosła, że sprzecznym z prawem (w szczególności z zasadą wymienioną w art. 7 ustawy Pzp) jest fakt nieodrzuconia także oferty konsorcjum Mostostal, która zaproponowała wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę jedynie o ok. 156 tys. zł wyższą od odrzuconej oferty, ponieważ wyjaśnienia konsorcjum Mostostal są równie ogólne jak te złożone przez konsorcjum Flisbud.

Zdaniem Przemysłówki przyczyną tak niskiej ceny konsorcjum Mostostal jest fakt nieuwzględnienia w kosztorysie ofertowym odpowiedzi zamawiającego na pytania oferentów i wycena robót w oparciu o przedmiar robót stanowiący element dodatkowy dokumentacji przetargowej, który wykonawcy byli zobowiązani we własnym zakresie zweryfikować.

Przemysłówka S.A. stwierdziła, że wyjaśnienia konsorcjum Mostostal są nieprawdziwe, dla przykładu wskazała:

1. Poz. 77 przedmiaru, Budynek B -Izolacja z papy asfaltowej - cena jednostkowa 5,39 zł/m², w przypadku której konsorcjum Mostostal potwierdza, że w tej pozycji ujęto izolację z wełny mineralnej gr. 20 cm, w sytuacji gdy koszt wykonania takiej izolacji to 85 zł/m² a nie 5, 39 zł/m.
2. Pozycję dot. armatury wod. kan., dla której konsorcjum Mostostal potwierdziło, że ujęto poręczę dla niepełnosprawnych, dostawę i montaż wyposażenia łazienek WC ze stali nierdzewnej satynowanej, blaty umywalkowe granitowe WC , podczas gdy podana w kosztorysie ofertowym podstawa wyceny robót w tej pozycji wyraźnie wskazuje zakres robót do wykonania, tj. tylko montaż armatury.
3. Budynek A - ilość parkietu do ułożenia ok. 1800 m², dla której konsorcjum Mostostal przyjmuje do wyceny 565,73 m². Przyjęta przez konsorcjum Mostostal cena 1m² parkietu w kwocie 121,13 zł/m² nie uwzględnia wymogów postawionych w dokumentacji /odtworzenie parkietu istniejącego tj. o nietypowych wymiarach klepki, w tym gr. 32 mm, odpowiednio zabezpieczonego - cena rynkowa takiego parkietu to nie mniej niż 400 zł/m².
4. cenę foteli na widowni w kwocie 524,95 zł, która nie uwzględnia parametrów foteli wymaganych dokumentacją projektową, gdyż takie fotele są w cenie co najmniej 1300 zł/szt.

Przemysłówka S.A. oceniła, że Na podstawie szczegółowej analizy wyceny robót Konsorcjum Mostostal i Przemysłówka S.A. wynika, że wartość robót brutto konsorcjum jest o 1,5 mln zł niższa niż wartość kosztów bezpośrednich tj. robocizny, materiałów i sprzętu, co wskazuje, że cena konsorcjum Mostostal jest poniżej kosztów wytwarzania przedmiotu zamówienia i jest ceną rażąco niską.

Przemysłówka S.A. powołała się na wyrok o sygn. akt KIO/UZP 1429/08) .

Przemysłówka S.A. wyjaśnienia konsorcjum Mostostal, że ze względu na obecną sytuację na rynku budowlanym, zaoferowane przez nich ceny są wiarygodne oraz podniosła,

ze zamawiający ustalenia szacunkowej wartości zamówienia dokonał w grudniu 2008 roku, a więc w momencie, kiedy był w stanie oszacować wartość przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem kryzysu gospodarczego.

Do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem wykonawcy CZ.P.B.P. Przemysłówka S.A. przystąpiło konsorcjum Mostostal, wskazując, że żądania protestującego w sposób oczywisty naruszają jego interes prawny, ponieważ to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający protest uwzględnił, nie podając uzasadnienia swojej decyzji.

Konsorcjum Mostostal wniosło odwołanie, w którym zawarło zarzuty, żądania i argumentację tożsamą z tymi zawartymi w odwołaniu wniesionym w następstwie protestu Budimex Dromex S.A.

KIO/UZP 1052/09

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Gminę Miasto Częstochowa na "rozbudowę i remont budynku Filharmonii Częstochowskiej" wykonawca – konsorcjum firm w składzie: Hochtief Polska Sp. z o.o., LTT Sp. z o.o., M. Ostrowski Sp. j. (dalej konsorcjum Hochtief), w zakresie, którego dotyczy złożone następnie przez konsorcjum Mostostal odwołanie, złożył protest na:

1. wybór oferty złożonej przez konsorcjum Mostostal,
2. zaniechanie odrzucenia oferty tego konsorcjum,
3. zaniechanie wyboru oferty konsorcjum Hochtief jako najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej zwanej ustawą oraz wnosząc o:
 1. unieważnienie decyzji w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 2. ponowną ocenę ofert,
 3. odrzucenie oferty konsorcjum Mostostal,
 4. uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez konsorcjum Hochtief.

W uzasadnieniu protestu konsorcjum Hochtief stwierdziło, że o rażąco niskiej wysokości ceny zaoferowanej przez konsorcjum Mostostal świadczy przede wszystkim jej stosunek do szacunkowej wartości zamówienia – różnica pomiędzy zaoferowaną ceną nie mieści się w zwykłych granicach, lecz odbiega od szacunkowej wartości zamówienia o około 25% oraz wycena poszczególnych robót, których wartość wskazana została na nierealnym i nierynkowym poziomie, jak również zaniżenie przedmiarów, czy brak wyceny części robót.

Konsorcjum Hochtief powołało się na wyrok KIO/UZP 790/08.

W ocenie konsorcjum Hochtief, elementami powodującymi, iż cena konsorcjum Mostostal ma charakter ceny rażąco niskiej jest m.in. dokonanie wyceny kurtyny p.poż. na kwotę 636,30 zł, gdy jej cena rynkowa oraz wskazana przez innych wykonawców wynosi kilkaset tysięcy złotych.

Do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem konsorcjum Hochtief przystąpiło konsorcjum Mostostal, wskazując, że żądania protestującego w sposób oczywisty naruszają jego interes prawny, ponieważ to jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający protest uwzględnił, nie podając uzasadnienia swojej decyzji.

Konsorcjum Mostostal wniosło odwołanie, w którym zawarło zarzuty, żądania i argumentację tożsamą z tymi zawartymi w odwołaniu wniesionym w następstwie protestu Budimex Dromex S.A., stwierdzając, w odniesieniu do oferty konsorcjum Hochtief, że oferta ta została przeszacowana i jest nastawiona na zbyt wygórowany zysk - biorąc pod uwagę różnicę w cenach pomiędzy konsorcjum Hochtief, a pozostałymi wykonawcami.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. ogłoszenia o zamówieniu (Dz. U. UE 2009/S 56-080632 z dnia 21.03.2009 r.), Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (druk ZP - 1 wraz z załącznikami), SIWZ, pism zamawiającego z dnia 09.06.2009 r., wzywających konsorcjum Flisbud i konsorcjum Mostostal do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień tych wykonawców zawartych w pismach z dnia 15.06.2009 r., pisma informującego wykonawców o wynikach postępowania z dnia 23.06.2009 r., a także stanowisk i oświadczeń zaprezentowanych w protestach, rozstrzygnięciach protestów, odwołaniach, przystąpieniach do postępowania odwoławczego, a także w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnosnie interesu prawnego odwołującego się konsorcjum Flisbud skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny tak na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego w sytuacji, gdy oferta odwołującego zawiera najniższą cenę, a w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest właśnie cena, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia

publicznego. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie interesu prawnego odwołującego się konsorcjum Mostostal skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny na etapie wnoszenia odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów nieprawidłowego uznania przez zamawiającego, w wyniku złożonych w przedmiotowym postępowaniu protestów przez trzech innych wykonawców, że oferta odwołującego winna zostać odrzucona, w sytuacji gdyby podtrzymana została decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez konsorcjum Flisbud, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, skoro konsorcjum Mostostal zaoferowało drugą w kolejności po ofercie konsorcjum Flisbud cenę. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołań, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił następujące fakty:

1. przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 21.03.2009 r. (Dz. U. UE 2009/S 56-080632 z dnia 21.03.2009 r.),
2. wartość szacunkowa zamówienia, ustalona przez zamawiającego w grudniu 2008 roku na podstawie „kosztorysów inwestorskich opracowanych przez Biuro Projektów Wielobranżowych Robiprojekt z Gliwic”, wynosi 34 522 455,50 zł (druk ZP-1 pkt 2),
3. stawka podatku od towarów i usług VAT właściwa dla przedmiotu zamówienia wynosi 22%,
4. wartość szacunkowa zamówienia, powiększona o podatek od towarów i usług VAT, wynosi 42 117 395,71 zł,
5. wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego nie została zakwestionowana w toku postępowania przez żadnego z wykonawców,
6. jedynym kryterium oceny ofert jest cena (pkt 13 SIWZ),
7. termin składania ofert upłynął 25.05.2009 r.,
8. w przedmiotowym postępowaniu złożono osiem ofert z cenami (brutto):
 - konsorcjum Hochtief - 42 998 641,06 zł,
 - Condite Sp. z o.o. - 40 006 374,14 zł,
 - Eiffage Budownictwo Mitex S.A. - 38 096 589,97 zł,
 - Budimex Dromex S.A. - 36 563 282,89 zł,
 - PBOiUT Śląski Sp. z o.o. - 38 139 965,36 zł,
 - konsorcjum Mostostal - 32 735 071,40 zł,
 - Cz.P.B.P. Przemysłówka - 36 599 764,69 zł,

- konsorcjum Flisbud - 32 578 317,65 zł.

Pismem z dnia 09.06.2009 r. zamawiający wezwał konsorcjum Mostostal oraz konsorcjum Flisbud do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W pismach tych zamawiający:

1. podał powód, dla którego zwraca się o złożenie wyjaśnień, tj. podał, że cena wykonawcy jest ceną niską w porównaniu do: cen pozostałych wykonawców, wartości szacunkowej określonej przez zamawiającego oraz kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć sfinansowanie zamówienia,
2. wezwał do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w szczególności kosztów wykonania elementów, których wskazanie sugerowało użycie sformułowania: „następujących elementów”; jednak których to elementów po tym zwrocie zamawiający nie wymienił,
3. w punkcie, oznaczonym jako „1” / „a” (odpowiednio w piśmie skierowanym do konsorcjum Flisbud i konsorcjum Mostostal), następującym bezpośrednio po sformułowaniu: „następujących elementów”, zamawiający zażądał potwierdzenia, że cena ofertowa obejmuje cały zakres robót, dostaw i usług określony w projektach budowlanych, wykonawczych oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót,
4. w dalszej części pkt „1” / „a” zamawiający wskazał przykładowe pozycje, które nie zostały ujęte przez wykonawcę w przygotowanym przez niego zestawieniu planowanych prac i robót, a wynikających, jak ujął to zamawiający „choćby z odpowiedzi na zadawana przez wykonawców pytania”, a nadto wskazał, że wykonawca nie dokonał weryfikacji ilości robót budowlanych w oparciu o dokumentację projektową (kosztorys ofertowy – zestawienie planowanych prac robót - jest tożsame z poglądowym przedmiarem robót dołączonym do SIWZ),
5. w ostatnim zdaniu pkt. „1” / „a” zamawiający poinformował, że nie ujęcie w zestawieniu wszystkich robót i prac spowoduje, że wykonawca nie otrzyma dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu i będzie zobowiązany do wykonania całego zakresu inwestycji objętego dokumentacją projektową za oferowaną cenę,
6. w punkcie, oznaczonym jak „2” / „b” (odpowiednio w piśmie skierowanym do konsorcjum Flisbud i konsorcjum Mostostal), zamawiający stwierdził, że wycena planowanych prac i robót wykonawcy została zaniżona w stosunku do kosztorysu inwestorskiego, w szczególności w zakresie robót budowlanych o około 31% - dla budynku A i 30% - dla budynku B w przypadku konsorcjum Mostostal i odpowiednio 33 i 28% w przypadku konsorcjum Flisbud; zamawiający wskazał, iż oczekuje szczegółowych wyjaśnień co do przyjętych założeń do wyceny robót,

potwierdzających możliwość wykonania zamówienia wszystkich wymagań zawartych w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w tym w szczególności wymagań jakościowych dla materiałów i dostarczonych elementów wbudowywanych,

7. w ostatniej części pisma zamawiający wyznaczył termin i miejsce złożenia wyjaśnień, tj. 15.06.2009 r. , kancelaria Urzędu Miasta Częstochowy.

W wyznaczonym terminie obaj wykonawcy odpowiedzieli na wezwanie zamawiającego.

Konsorcjum Mostostal:

1. potwierdziło, że podana przez nie cena ryczałtowa obejmuje cały zakres robót, dostaw i usług,
2. wskazało konkretne wartości niektórych pozycji przedmiarowych,
3. wymieniło składniki cenotwórcze (roboczo-godzina – 12 zł, koszty pośrednie – 65%, zysk – 12%),
4. wyjaśniło, że :
 - w cenach uwzględniło rabaty udzielone przez dostawców i podwykonawców,
 - uzyskało duże rabaty na dostarczane materiały i urządzenia wynikające z faktu zawiązania konsorcjum (firma mająca duże doświadczenie w realizacjach obiektów scenicznych oraz jedna z największych grup budowlanych w Polsce),
 - duży wpływ na oferowane ceny ma sytuacja na rynku budowlanym (coraz niższe ceny).

Konsorcjum Flisbud:

1. potwierdziło, że cena ofertowa obejmuje cały zakres robót, dostaw i usług,
2. podniosło, że kosztorys inwestorski został przeszacowany – nie uwzględniono dekonunktury na rynku budowlanym,
3. podało, że wycena została dokonana w oparciu o oferty otrzymane od dostawców specjalistycznych materiałów oraz, że posiada dostęp do tanich materiałów ogólnobudowlanych i sanitarnych, a nadto, że na wartość końcową oferty wpływ miał fakt posiadania własnej hurtowni materiałów elektrycznych przez partnera konsorcjum (P.H.U. Bychowo).

Pismem z dnia 23.06.2009 r. zamawiający poinformował wszystkich wykonawców o wynikach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podając, że oferta konsorcjum Flisbud została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku

z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zaś oferta konsorcjum Mostostal została uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty konsorcjum Flisbud zamawiający podał, że złożone przez to konsorcjum wyjaśnienia mają charakter ogólny i nie mogą być przyjęte jako wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, ponieważ konsorcjum nie podało szczegółowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, tzn. nie przedstawiło kosztów wykonania poszczególnych elementów robót, dostaw oraz usług, które zostały określone w piśmie z dnia 09.06.2009 r.

Porównanie ceny ofertowej konsorcjum Flisbud do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku od towarów i usług VAT (22%) prowadzi do stwierdzenia, że cena ta stanowi 77 % tej wartości, zaś cena ofertowa konsorcjum Mostostal 78% tej wartości.

Porównanie ceny ofertowej konsorcjum Flisbud do średniej ceny wszystkich 8 ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu (w tym oferty konsorcjum Flisbud) prowadzi do stwierdzenia, że cena ta stanowi 88% tej średniej ceny.

Porównanie ceny ofertowej konsorcjum Mostostal do średniej ceny wszystkich 8 ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu (w tym oferty konsorcjum Mostostal) prowadzi do stwierdzenia, że cena ta stanowi 88% tej średniej ceny.

Porównanie ceny ofertowej konsorcjum Flisbud do średniej ceny 6 ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu (bez uwzględnienia oferty najwyższej i najniższej cenowo) prowadzi do stwierdzenia, że cena ta stanowi 88% tej średniej ceny.

Porównanie ceny ofertowej konsorcjum Mostostal do średniej ceny 6 ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu (bez uwzględnienia oferty najwyższej i najniższej cenowo) prowadzi do stwierdzenia, że cena ta stanowi 89% tej średniej ceny.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje: odwołanie konsorcjum Flisbud zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko co do istnienia ustawowego obowiązku wyjaśnienia przez zamawiającego cen ofert, wobec których zachodzi podejrzenie, że są to ceny rażąco niskie.

Skład orzekający Izby nie podziela jednak stanowiska zamawiającego i przystępującego, że w przedmiotowym postępowaniu zaistniały podstawy podjęcia podejrzenia zaoferowania przez konsorcjum Flisbud ceny rażąco niskiej.

Skład orzekający Izby stwierdza także, że podziela ugruntowane stanowisko wyrażane przez doktrynę i orzecznictwo, zgodnie z którym miernikiem porównania cen

ofertowych winna być, w zależności od konkretnych, indywidualnych okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o podatek od towarów i usług VAT,
2. ceny innych ofert złożonych w danym postępowaniu,
3. ceny rynkowe przedmiotu objętego zamówieniem.

Miernikiem tym nie może być kwota, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, ujawniona bezpośrednio przed otwarciem ofert.

Okoliczności danego postępowania mogą wskazywać, że:

1. wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego z należytą starannością, zgodnie z regułami wskazanymi w ustawie Pzp, w tym w szczególności co do terminu dokonywania szacunku,
2. wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego niezgodnie z regułami wskazanymi w ustawie Pzp, w tym w szczególności co do terminu dokonywania szacunku,
3. wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego z należytą starannością, zgodnie z regułami wskazanymi w ustawie Pzp, jednak po wszczęciu postępowania szacunek zamawiającego zdezaktualizował się i nie odzwierciedla już rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, powiększona o stawkę podatku od towarów i usług VAT wynosi 42 117 395,71 zł i brak jest podstaw do uznania, że zamawiający nie dochował należytej staranności przy jej ustaleniu.

Jednak w ocenie składu orzekającego Izby, wartość ta nie powinna stanowić miernika porównawczego dla ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ pomiędzy ustaleniem wartości szacunkowej zamówienia, tj. końcem grudnia 2008 roku (kosztorysy Biura Projektów Wielobranżowych Robiprojekt z Gliwic opatrzone są datami 30.12.2009 r. oraz 31.12.2008 r.), a terminem składania ofert, tj. 25.05.2009 r. upłynęło niemal 5 miesięcy, w ciągu których utrzymywała się, występująca również w grudniu 2008 roku, tendencja spadku cen w branży budowlanej. Fakt ten skład orzekający Izby uznał za powszechnie znany, a zatem taki, który nie wymaga dowodzenia.

Potwierdzeniem utrzymywania się, co najmniej w dacie składania ofert, tego spadkowego trendu są także ceny ofertowe zaproponowane w przedmiotowym postępowaniu, skoro na 8 ofert niemal wszystkie (wyjątkiem jest oferta konsorcjum Hochtief) odbiegają od wartości ustalonej przez zamawiającego, w tym 6 cen ofertowych odbiega o więcej niż 3,98 mln zł (tj. około 9,45 %), 4 o więcej niż 5,51 mln zł (tj. około 13,01 %).

W ocenie składu orzekającego Izby, taki poziom cen zaoferowanych na ten konkretny

przedmiot zamówienia, tj. rozbudowę i remont budynku Filharmonii Częstochowskiej daje wystarczające podstawy do stwierdzenia, że poprzez ceny zaoferowane przez wykonawców w tym postępowaniu dokonane przez zamawiającego ustalenia w zakresie wartości przedmiotu zamówienia zostały zweryfikowane, czyniąc je nieaktualnymi.

Niezależnie od tego, czy wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego zgodnie, czy też niezgodnie z regułami wskazanymi w ustawie Pzp, to w sytuacji, gdy po wszczęciu postępowania nastąpiły zmiany w poziomie oferowanych cen, ustalona pierwotnie wartość szacunkowa powiększona o podatek od towarów i usług VAT nie może stanowić podstawy porównania do niej cen ofertowych.

Biorąc bowiem pod uwagę cel ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający, w sytuacjach nasuwających uzasadnione przypuszczenie o dezaktualizacji lub wadliwości ustalonego uprzednio szacunku, winien na etapie badania i oceny ofert zweryfikować ten szacunek, po to, aby nie porównywać cen ofertowych do wartości, które nie są aktualne, ponieważ nie uwzględniają zmian cen, które nastąpiły po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji, aby nie narazić się na wyeliminowanie z postępowania ofert z niższymi, choć realnymi cenami, a zatem, aby wydatek był dokonany w sposób oszczędny, jak wymaga tego przepis art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.).

Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym postępowaniu wystąpiły okoliczności, które winny doprowadzić zamawiającego do odstąpienia od weryfikacji ofert w stosunku do uprzednio ustalonej wartości przedmiotu zamówienia.

Wobec braku możliwości odniesienia cen ofertowych do szacunku zamawiającego, w ocenie składu orzekającego Izby, koniecznym było porównanie ceny ofertowej konsorcjum Flisbud do innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu zaoferowano ceny na poziomie od 32 do 42 mln zł. Z porównania kwestionowanej ceny ofertowej konsorcjum Flisbud z wszystkimi cenami ofertowymi, jak wskazano wyżej, wynika, że oferta konsorcjum Flisbud stanowi około 88% średniej ceny tych ofert.

Zauważalny i istotny jest także rozkład tych cen w trzech bardzo zbliżonych do siebie grupach, tj. na poziomie 32, 36 i 38 mln zł. Każdy z tych poziomów cenowych został przyjęty przez 2 wykonawców, co w ocenie składu orzekającego Izby daje z jednej strony podstawy do stwierdzenia, że poziomy te zostały uwiarygodnione, poprzez ich powtarzalność przez taką samą liczbę wykonawców, tj. 2, z drugiej strony do stwierdzenia, że brak

w przedmiotowym postępowaniu jednej – wiodącej grupy ofert o najbardziej zbliżonych do siebie cenach.

Zwraca uwagę fakt, że działania samego zamawiającego nie były konsekwentne, co dodatkowo świadczy o trafności stanowiska Izby; skoro bowiem w swoim podejrzeniu ceny rażąco niskiej zamawiający oparł się na wartości wynikającej z kosztorysu inwestorskiego z grudnia 2008 r., to powinien wezwać do wyjaśnień nie tylko wykonawców, którzy zaoferowali ceny na poziomie 32 mln zł.

Zasadnym jest pytanie, jaki zakres konkurencji należy uznać za dopuszczalny w sytuacji, w jakiej obecnie znajduje się w szczególności rynek robót budowlanych, tj. czy zaoferowanie ceny odbiegającej od średniej innych cen o około 12 % daje podstawy do podjęcia podejrzenia, że taka cena jest ceną rażąco niską.

W ocenie składu orzekającego Izby, odpowiedź jest przecząca.

Wskazana 12% różnica dawałaby podstawy do rozważenia potrzeby podjęcia procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej w sytuacji normalnej, nie zaś sytuacji kryzysowej, w której priorytetem wielu firm, w tym oferujących materiały budowlane i usługi budowlane, jest utrzymanie się na rynku, a nie osiągnięcie zysku i rozwój. Procedury sprawdzone, typowe i adekwatne dla sytuacji normalnych nie mogą być automatycznie przenoszone i powielane w sytuacji kryzysowej, z którą obecnie boryka się również branża budowlana.

W ocenie składu orzekającego Izby, wiedza ta winna doprowadzić zamawiającego do wniosku, że nie istnieją podstawy do żądania w stosunku do konsorcjum Flisbud złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny.

Fakt, że zamawiający wezwał to konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy faktycznie brak było podstaw do takiego wezwania, oznacza, że w stosunku do ceny ofertowej tegoż konsorcjum nie powstało domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Wobec uznania, że w niniejszym stanie faktycznym, zamawiający w ogóle nie miał podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej, skład orzekający Izby stwierdza, że błędne wezwanie zamawiającego nie spowodowało powstania w stosunku do ceny ofertowej konsorcjum Flisbud domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Prawo zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie może być stosowane w oderwaniu od realiów rynku.

Skład orzekający Izby stwierdza także, iż w pełni podziela dotychczasowe stanowisko wypracowane w doktrynie i orzecznictwie, iż za cenę rażąco niską może być uznana całkowita cena ofertowa, nie zaś jej poszczególne elementy - składniki.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający z jednej strony wskazał, że:

- „załączone do niniejszej SIWZ przedmiary robót należy traktować jako element dodatkowy, a nie służący do obliczenia ceny oferty” (pkt 12. lit. b ppkt 1) SIWZ),
- zobligował wykonawców do sporządzenia we własnym zakresie zestawienia planowanych prac (przedmiarów robót) na podstawie projektów budowlanych, wykonawczych oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (pkt 12. lit. b ppkt 3) SIWZ),
- wskazał na wyłącznie poglądowy cel złożenia kosztorysów ofertowych (pkt 6 d SIWZ) oraz, co zamawiający potwierdził także na rozprawie,
- dopuścił możliwość niezamieszczania w kosztorysach ofertowych pozycji objętych modyfikacjami i to niezależnie od liczby tych modyfikacji w toku postępowania (zmiany wprowadzone do dokumentacji projektowej wynikające z udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień oraz odpowiedzi nie musiały - jak stwierdził zamawiający w rozstrzygnięciu protestu konsorcjum Hochtief - mieć odzwierciedlenia w kosztorysach ofertowych),

z drugiej strony, pomimo tych jednoznacznych postanowień, na etapie oceny ofert pod kątem zaferowania ceny rażąco niskiej zamawiający wprost opierał się na swoich pozycjach przedmiarowych (z uwzględnieniem modyfikacji), pomijając zupełnie ustanowione przez siebie reguły prowadzonego postępowania.

W ocenie składu orzekającego Izby, wynagrodzenie przewidziane przez zamawiającego w tym postępowaniu – nazwane przez samego zamawiającego jako „ryczałt na dokumentację projektową”, jest wynagrodzeniem ryczałtowym (fakt opracowania obowiązującego przy realizacji zamówienia zestawienia planowanych prac przez samego wykonawcę, nie zaś zamawiającego pozbawia wykonawcę, poza sytuacjami niemożliwymi do przewidzenia przy zachowaniu należytej staranności, prawa żądania wynagrodzenia dodatkowego, przewyższającego cenę ofertową; brak możliwości otrzymania przez wykonawcę wynagrodzenia dodatkowego w przypadku nie ujęcia w zestawieniu wykonawcy robót - prac wynikających z projektów budowlanych, wykonawczych i STWiOR zamawiający podkreślał w wezwaniu z dnia 09.06.2009 r., a także w rozstrzygnięciu protestu konsorcjum Hochtief), tj. wynagrodzeniem dotyczącym pełnego zakresu zamówienia. Zamawiający w odniesieniu do oferty konsorcjum Flisbud, nie może kwestionować zaferowania pełnego zakresu usług - wobec braku zastrzeżeń zamawiającego co do zgodności treści oferty tego konsorcjum z treścią SIWZ. Zwraca przy tym uwagę znaczna rozbieżność wyliczeń zamawiającego (1,7 mln zł) i przystępującego (3 mln zł) do pozycji rzekomo pominiętych i pozycji zaniżonych w ofercie konsorcjum Flisbud, zważywszy na fakt, że punktem odniesienia zamawiającego był kosztorys inwestorski (około 42 mln zł), a przystępującego jego oferta (około 36,5 mln zł).

Wynagrodzenie to stanowi cenę ofertową, wobec której musi istnieć pewność, że jest ceną nierealną. Zaniżenie niektórych pozycji kosztorysowych (fotele) samo w sobie nie przesądza o tym, że cała cena ofertowa jest nierealna.

Zgromadzona w toku postępowania odwoławczego dokumentacja, ani przebieg rozprawy w żadnym razie nie dały składowi orzekającemu Izby podstaw do uznania, że całkowita cena oferty konsorcjum Flisbud jest ceną nierealną, nie pozwalającą na rozbudowę i remont budynku Filharmonii Częstochowskiej za cenę 32 578 317,65 zł.

Poczynione powyżej rozważania odnieść należy również do ceny ofertowej konsorcjum Mostostal.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, skład orzekający Izby stwierdza, że charakter wyjaśnień konsorcjum Flisbud i konsorcjum Mostostal jest porównywalny, tak zbliżony, że brak było podstaw – w przypadku pierwotnej decyzji zamawiającego - do odrzucenia oferty Flisbud przy jednoczesnym uznaniu za wystarczające wyjaśnień konsorcjum Mostostal.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył, odrzucając ofertę konsorcjum Flisbud, przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, wobec czego na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze orzekł jak w sentencji.

Wobec brzmienia przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp skład orzekający Izby nie uwzględnił odwołania wniesionego przez konsorcjum Mostostal, ponieważ naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp przy ocenie oferty tego konsorcjum nie może mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania w sytuacji, gdy jednocześnie skład orzekający Izby uznał brak podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Flisbud, który zaoferował najniższą cenę, będącą jedynym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty odwołującego się konsorcjum Flisbud poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....