

Sygn. akt: KIO 810/13

WYROK

z dnia 22 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 kwietnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2013 r. przez **wykonawcę SKANSKA Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wyższą Szkołę Oficerską Sił Powietrznych w Dęblinie; ul. Dywizjonu 303 nr 12**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie ROSA BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu, ul. Gazowa 5/7 i Spółdzielnia Rzemieślnicza „Budowlana” z siedzibą w Radomiu, ul. Kilińskiego 15/17** zgłaszających swój udział w sprawie sygn. akt KIO 810/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego - SKANSKA Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9, powtórzyć czynność badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Wyższą Szkołę Oficerską Sił Powietrznych w Dęblinie; ul. Dywizjonu 303 nr 12 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę SKANSKA Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Wyższej Szkoły Oficerskiej Sił Powietrznych w Dęblinie; ul. Dywizjonu 303 nr 12** na rzecz **SKANSKA Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9** kwotę 10 000 zł. 00 gr. (słownie : dziesięć

tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 810/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn "Modernizacja budynków Wyższej Szkoły Oficerskiej Sił Powietrznych" zostało wszczęte przez zamawiającego Wyższą Szkołę Oficerską Sił Powietrznych w Dęblinie; ul. Dywizjonu 303 nr 12 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2013-2911 z dnia 4 stycznia 2013r.

W dniu 2 kwietnia 2013r. zamawiający faksem poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy Skanska Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, ul. Gen J. Zajączka 9 – dalej odwołującego i o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Lider Rosa Bud Spółki Akcyjnej z siedzibą w Radomiu i Spółdzielni Rzemieślniczej Budowlana z siedzibą w Radomiu.

W dniu 8 kwietnia 2013r. odwołujący wniósł odwołanie drogą elektroniczną. Odwołanie zostało podpisane podpisem cyfrowym weryfikowalnym za pomocą ważnego certyfikatu w dniu złożenia złożonym przez pełnomocnika, działając ego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 stycznia 2012r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS odwołującego i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 kwietnia 2013r. faksem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy):

1. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez niewłaściwą ocenę ofert, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego, mimo że oferta nie podlega odrzuceniu, gdyż zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest ceną zaniżoną oraz jest uzasadniona przedmiotem zamówienia i planowanym nakładem prac.
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, mimo braku przesłanek do dokonania takiej oceny i pomimo udzielonych przez odwołującego wyjaśnień
3. art. 90 ust. 2 ustawy, poprzez błędną ocenę złożonych przez odwołującego wyjaśnień mimo faktu iż odwołujący wykazał że zaoferował ceny rynkowe oraz iż jego oferta jest prawidłowa i nie stanowi rażąco niskiej ceny

4. art. 7 ust. 3 ustawy, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, którego oferta powinna być sklasyfikowana w kryteriach oceny ofert na kolejnym miejscu - po ofercie odwołującego,
5. art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez uznanie że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania
2. uznanie czynności oceny wyjaśnień odwołującego za nieprawidłowe
3. uznanie za nieważną czynności odrzucenia oferty odwołującego
4. uznanie za nieważną czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
5. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego
6. w przypadku gdyby do czasu rozpoznania niniejszego odwołania zamawiający zawarł umowę z wybranym wykonawcą, odwołujący wniósł na podstawie art. 192 ust. 3 pkt. 2) lit. a) ustawy o unieważnienie tej umowy.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia wyczerpujący materialno -prawną przesłankę z art. 179 ust. 1 ustawy. W wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia poniósł szkodę, gdyby bowiem zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, dokonałby wyboru oferty odwołującego który złożył poprawną, niepodlegającą odrzuceniu ofertę, a która to oferta gdyby była dopuszczona do oceny ofert wg kryteriów oceny, zyskałaby najwyższą punktację. Odwołujący niniejszym odwołaniem kieruje swoje zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty (który w rankingu oceny ofert plasowałby się na pierwszym miejscu), a to powoduje że przy potwierdzeniu przez Izbę zasadności zarzutów, oferta odwołującego będzie najkorzystniejszą, a to będzie dla odwołującego oznaczało uzyskanie zamówienia. Tym samym odwołujący w przypadku utrzymania rozstrzygnięcia zamawiającego poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w petitum przepisów poprzez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia, rozumianą jako uszczerbek majątkowy będący konsekwencją naruszenia i zaniechania zamawiającego, także ten polegający na utracie zysku na skutek nierealizowania zamówienia.

Poniżej odwołujący przedstawił wynik oceny jego oferty, gdyby została utrzymana w postępowaniu i dopuszczona do oceny wg kryteriów oceny ofert, oraz wynik oceny oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, w kryteriach oceny opisanych Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (- dalej siwz Dział I pkt. 13 oraz pkt.15 siwz):

Ocena oferty odwołującego w kryterium oceny ofert dla zadania 1:

Liczba punktów= $9\ 186\ 071,24\ \text{zł} / 9\ 216\ 644,33\ \text{zł} \times 90\ \text{pkt.} + 15\ \text{m-cy} / 15\ \text{m-cy} \times 10\ \text{pkt.} = 99,7\ \text{pkt.}$

Ocena oferty Odwołującego w kryterium oceny ofert dla Zadania 2:

Liczba punktów = $478\ 347,00\ \text{zł} / 478\ 347,00\ \text{zł} \times 90\ \text{pkt.} + 6\ \text{m-cy} / 6\ \text{m-cy} \times 10\ \text{pkt.} = 100\ \text{pkt.}$

Razem zadanie 1 i 2 -199,7 pkt.

Ocena oferty Warbud S.A.

Ocena oferty w kryterium oceny ofert dla Zadania 1

Liczba punktów= $9\ 186\ 071,24\ \text{zł} / 13\ 064\ 957,91\ \text{zł} \times 90\ \text{pkt.} + 15\ \text{m-cy} / 17\ \text{m-cy} \times 10\ \text{pkt.} = 72,10\ \text{pkt.}$

Ocena oferty w kryterium oceny ofert dla Zadania 2

Liczba punktów = $478\ 347,00\ \text{zł} / 1528\ 992,09\ \text{zł} \times 90\ \text{pkt.} + 6\ \text{m-cy} / 9\ \text{m-cy} \times 10\ \text{pkt.} = 34,82\ \text{pkt.}$

Razem zadanie 1 i 2 -106,92 pkt.

Ocena oferty Rosa Bud S.A. i Spółdzielni Rzemieślniczej Budowlana

Ocena oferty w kryterium oceny ofert dla Zadania 1

Liczba punktów= $9\ 186\ 071,24\ \text{zł} / 9\ 186\ 071,24\ \text{zł} \times 90\ \text{pkt.} + 15\ \text{m-cy} / 15\ \text{m-cy} \times 10\ \text{pkt.} = 100\ \text{pkt.}$

Ocena oferty w kryterium oceny ofert dla Zadania 2

Liczba punktów = $478\ 347,00\ \text{zł} / 1070100,00\ \text{zł} \times 90\ \text{pkt.} + 6\ \text{m-cy} / 6\ \text{m-cy} \times 10\ \text{pkt.} = 50,23\ \text{pkt.}$

Razem zadanie 1 i 2 -150,23 pkt.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 15 marca br. pismo zn. 109/ZP/2013 został wezwany w powołaniu na art. 90 ust.1 ustawy do wyjaśnienia niskiej ceny oferty, na które to wezwanie odpowiedział w dniu 19.03.2013r. przedstawiając wyczerpujące okoliczności, które wziął pod uwagę przy sporządzeniu oferty oraz szczegółową wycenę rozbitego zakresu rzeczowego dla zaprojektowania i termomodernizacji przegród w budynku Biblioteki. Odwołujący podał, że w jego ocenie przedmiotem zamówienia jest kompleksowy zakres obu zadań i choć zamawiający zetapował go w podziale na dwa zadania tj. na Zadanie nr 1 - przebudowie i nadbudowie kompleksu budynków oraz Zadanie nr 2 - zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji przegród zewnętrznych budynku Biblioteki, to jednocześnie nie dopuścił w postępowaniu składania ofert częściowych.

Za dyspozycją art. art. 89 ust. 1 i pkt. 4 ustawy, ustalenia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zawsze należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Zatem wykonawcy zobowiązani byli do złożenia jednej oferty na całość przedmiotu zamówienia, a nie takiej która

by przewidywała (w powołaniu na konkretna treść siwz) wykonanie części zamówienia publicznego (art. 2 pkt. 6 ustawy). Znakiem tego wyróżnienie zadań poza wskazaniem dla każdego z nich odrębnych terminów zakończenia realizacji tych zadań, nie miało dla zamawiającego znaczenia, gdyż i tak podlegały one zleceniu jako całość zamówienia jednemu wyłonionemu w postępowaniu wykonawcy. Według odwołującego nie ma wątpliwości co do tego, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem, na które zamawiający oszacował jedną wartość, także z powodu tożsamości czasowej dzielenia zamówienia i tożsamości podmiotowej tj. możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Zatem cena za Zadanie 2 jest elementem ceny ofertowej i to stanowiącej niecałe 5 % ceny oferty złożonej przez odwołującego, tymczasem istotna jest cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008r., sygn. akt XIX Ga 128/08). Oceniając tylko jeden element oferty, Zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy nie stanowi o rażąco niskiej cenie części oferty (tak m.in. wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009r. sygn. akt KIO/UZP/ 109/09). Wskazał także na postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006r., sygn. akt: II Ca 2194/2005), wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie w dniu 24 marca 2005r.

Odwołujący podkreślił, iż art. 90 ust. 1 ustawy nakazuje porównanie zaoferowanej ceny do przedmiotu zamówienia, a zatem punktem odniesienia może być w tym kontekście jedynie szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług, ustalona przez zamawiającego z należytą starannością. Zamawiający nie odwołał się do tej wartości w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty, czyniąc punktem odniesienia budżet czyli wielkość środków jakie „zamierza przeznaczyć” na realizację, z których (bez podstawy prawnej) wydzielił dwie sumy, do odrębnego zagospodarowania na zadanie nr 1 i odrębnego na zadanie nr 2. W ocenie odwołującego jest to nieprawidłowe, choćby z tego względu, że przyjmując tok rozumowania zamawiającego w sytuacji w której wszystkie oferty w zakresie ceny na zadanie nr 2 przekraczają kwotę którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na zadanie 2, wykonawcy musieliby pogodzić się z czynnością unieważnienia postępowania przez zamawiającego, gdyż założony przez niego „budżet” dla tego zadania byłby przekroczony (a zamawiający nie miałby środków na zwiększenie tej kwoty) i wówczas jako bez znaczenia należałoby traktować fakt, iż cena oferty (łącznie na zadania 1 i 2) nie przekraczałaby zabezpieczonych przez zamawiającego środków. Zamawiający myli pojęcia wartości szacunkowej zamówienia oraz zabezpieczonych środków (które co do zasady odbiegają od szacunku opracowanego przez niego przy wszczęciu postępowania i obrazują zdolności finansowania inwestycji przez zamawiającego, a te dwie wielkości są różne) a dodatkowym argumentem na „sztuczne” poszukiwanie dysproporcji pomiędzy ceną oferty odwołującego a

wycinkowym „budżetem” zabezpieczonym na zadanie nr 2, niech pozostanie fakt, iż na sesji otwarcia (co zostało zapisane w protokole z otwarcia stanowiącym załącznik do protokołu postępowania (druk ZP-PN)) zamawiający podał całościową wysokość środków jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia tj. wartość 14.349.153,68 zł, a dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał ile środków zadysponował na zadanie nr 1 - 13.085.245,08 zł i ile na zadanie nr 2 -1.263.908,59 zł.

Podniósł, że punktem wyjścia dla oceny tak konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 jak i oceny złożonych wyjaśnień jest okoliczność, iż szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług, przygotowana przez Zamawiającego, jest znacznie wyższa niż cena zaoferowana przez wykonawcę. Tak wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 794/08, czy też wyrok z dnia 4 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 117/10, wyrok KIO z dnia 16 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 671/08. Tymczasem z udostępnionego przez zamawiającego w dniu 5 kwietnia br. protokołu postępowania (druk ZP-PN) z części pt. „Przedmiot zamówienia” i jego treści pkt. 2 jednoznacznie wynika, iż wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została ustalona na kwotę 11.665.978.60 zł, a w tym mieści się wartość przewidywanych zamówień uzupełniających w kwocie 5.832.989.30 zł. która zgodnie z dyspozycją przepisu art. 32 ust. 3 ustawy pzp ma być uwzględniona w ustaleniu wartości zamówienia. Dodatkowo z informacji w tym zapisie zawartych wynika że wartość ta opracowana jest na podstawie programu funkcjonalno - użytkowego - o czym adnotacja w ppkt. 3 pkt. 2 protokołu postępowania. Skoro zatem wartość zamówienia podstawowego to kwota równa działaniu matematycznemu polegającemu na odjęciu od wartości szacunkowej zamówienia, wartości zamówienia uzupełniającego a więc kwota 5.832.989,30 zł, to punktem wyjścia dla oceny przesłanek rażąco niskiej ceny jest właśnie ten pułap wartościowy, a więc pozbawiony wartości robót uzupełniających które nie stanowią przedmiotu niniejszego zamówienia i będą ewentualnie zlecone w drodze odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A skoro tak, to cena odwołującego w żaden sposób nie odbiega od założeń przyświecających zamawiającemu w momencie decydowania o wszczęciu postępowania.

Co, zdaniem odwołującego, kluczowe dla przedmiotu tego odwołania, zamawiający przemilcza fakt, iż w zakresie rzeczowym opisanym jako zadanie 2 jest zaprojektowanie i wykonanie robót oraz iż dokumentami opisującymi przedmiot zamówienia - za lit b) pkt. 4 Dział I siwz - są wyłącznie program funkcjonalno - użytkowy z 15 punktami opisującymi „przewidywane roboty modernizacyjne” będące zobowiązaniem wykonawcy oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót precyzująca że zakres robót objętych specyfikacją, to wszystkie czynności umożliwiające i mające na celu wykonanie tzw. „budowy pod klucz” -

zaprojektuj i wykonaj. Jak z powyższego wynika zakres był wskazany na najwyższym stopniu ogólności, nie był sprzedmiarowany przez zamawiającego, Wykonawca w ofercie miał wskazać preliminarz kosztów na poziomie tabeli elementów scalonych z następującym zestawieniem kosztów: projekt techniczny, termomodernizacja, instalacja odgromowa, branża budowlana, branża sanitarna, branża elektryczna. Kluczowym jest iż wszelkie ryzyko związane z brakiem uwzględnienia w cenie oferty jakichkolwiek robót lub kosztów określonych lub zasygnalizowanych w dokumentacji przetargowej wyczerpuje się w charakterze wynagrodzenia zaoferowanego przez wykonawcę czyli w ryczałcie - tak za ust. 4 § 14 wzoru umowy -Załącznik nr 6. Bezsprzecznie zatem zamawiający przyjął iż określenie szczegółowego zakresu rzeczowego dla tego elementu oferty jest po stronie wykonawcy, a potwierdzeniem tego faktu jest treść dokumentów opisujących przedmiot zamówienia, np. na to wskazuje m.in. zapis w ppkt. I pkt. I Część Opisowa Programu Funkcjonalno - Użytkowego w następującej treści: „W momencie inwentaryzacji i ustalania z Inwestorem zakresu robót, należy ująć roboty niezbędne do wykonania zgodne z warunkami technicznymi, a których Inwestor nie przewidział oraz zostaną ustalone szczegóły dotyczące kolorystyki elewacji.”

Posłużenie się przez zamawiającego uzasadnieniu odrzucenia stwierdzeniem, iż odwołujący w złożonych wyjaśnieniach zaprezentował ogólnikowe stwierdzenia nie poparte żadnymi dowodami, a jedynie ogólne zestawienie kosztów należy ocenić jako pozbawione podstaw i bezzasadne. Mając za punkt odniesienia stopień ogólności zakresu rzeczowego wskazany przez zamawiającego do wyceny, odwołujący podkreślił, iż na etapie postępowania sam zamawiający nie był zainteresowany precyzyjnym, miarodajnym dla każdego z uczestników postępowania wskazaniem ilości robót, pozostawił wykonawcom swobodę w określeniu szczegółowego rozmiaru robót będących do wykonania w ramach zadania nr 2. Dopiero etap zaprojektowania poprzedzony inwentaryzacją (wyraźne wskazanie do jej sporządzenia i włączenia jej w zakres robót do wykonania na zadaniu, wynika z pkt. I.3.a lit a) Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót) umożliwi wykonanie kosztorysu z przedmiarem, który wymagany jest za zapisem pkt. 4 lit b) Dział I siwz. Zatem zarzut braku takiego szczegółowego kosztorysu na etapie wyjaśniania oferty jest o tyle chybiony, iż dokument ten to etap realizacji i element zobowiązania umownego wykonawcy, który możliwy jest do opracowania dopiero po podjęciu czynności zmierzających do zinwentaryzowania zakresu prac, co się urzeczywistni dopiero po zinwentaryzowaniu fundamentów, wykonaniu audytu energetycznego, opracowaniu projektu termomodernizacji, wówczas możliwe będzie wyliczenie dokładnych ilości i przyjęcie np. właściwej grubości ocieplenia budynku (w tym zakresie odwołujący przyjął założenia, z uwagi na grube mury budynku, o konieczności docieplenia na poziomie gr 10-max 12 cm).

Odwołujący dokonał kalkulacji kosztów z uwzględnieniem własnego potencjału i możliwości realizacji zamówienia, przyjmując też własną strategię budowy ceny w elemencie, jakim jest zaprojektowanie i wykonanie przegród zewnętrznych budynku Biblioteki. Wskazał na to co było podstawą wykreowania zaoferowanej ceny oraz odwołał się do czynników które miały wpływ na kalkulację. Jest to uprawnieniem wykonawcy, w które nie można wkraczać o ile - jak wykazał odwołujący w wyjaśnieniach - nie prowadzi ono do naruszenia przepisów prawa. Wyjaśnienia odwołującego, jego zdaniem, miały charakter materialny, bo pokazywały wartości za jakie zrealizuje zadanie we wszystkich rzeczowych zakresach wykazanych przez zamawiającego w dokumentach opisujących zadanie nr 2. Wskazał, że ma prawo a nie obowiązek załączać dowody, a procedura z art. 90 ust. 1 ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy - wyrok z 2 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1515/10, wyrok KIO z 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1157/10, wyrok KIO z dnia 16 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 246/11.

Zatem, zdaniem odwołującego, wykorzystywany przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia argument przedstawienia przez odwołującego jedynie ogólnego zestawienia kosztów, nie może być wykorzystywany do określania złożonych wyjaśnień jako niewystarczających, jako że otwierałoby to możliwość oparcia argumentacji w zakresie rażąco niskiej ceny wyłącznie na takim stwierdzeniu że brak szczegółowego kosztorysu fakt ten uzasadnia, a zatem bez konieczności powołania w którym dokładnie aspekcie oferta złożona w postępowaniu wskazuje na cenę nierealną, spekulacyjną czy oderwaną od realiów rynkowych a w konsekwencji że jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem za wystarczającą należy uznać kalkulację sumaryczną przedstawioną przez odwołującego w wyjaśnieniach. Powołał wyrok z dnia 16 kwietnia 2012r. sygn. akt KIO 654/12.

Odnosząc się do czynności zamawiającego polegającej na sporządzeniu przedmiaru inwestorskiego i uzupełnienia go rzekomymi cenami jednostkowymi wykonawcy wykazanymi w kosztorysie ofertowym dla zadania nr 1, jako działania uzasadniającego nieuwzględnienie przez odwołującego wszystkich aspektów ceny oferty, to odwołujący podważył zasadność takiego opracowania i nie zgodził się a priori z bezpodstawnym bo mechanicznym przyjmowaniem wycieńczeń wykonawcy z zadania 1, jako adekwatnych dla innego charakteru prac przypisanego zadaniu nr 2. Błędem zamawiającego, w ocenie odwołującego, jest użycie cen jednostkowych z zadania nr 1, gdyż założeniem odwołującego jest obniżenie cen jednostkowych o całość kosztów ogólnych związanych z przygotowaniem zaplecza budowy, narzędzi, maszyn, elektronarzędzi, rusztowań, co istotne odwołujący dla wykonania prac z zadania nr 2 nie musi dodatkowo mobilizować podwykonawców, którzy będą już zaangażowani na zadaniu nr 1 i dzięki temu oferuje niższe ceny. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż zgodnie z odpowiedziami udzielonymi przez zamawiającego dnia 14. 01.2013r. dotyczącymi różnic pomiędzy ilościami w przedmiarach a wielkościami z dokumentacji w

zakresie zadania nr 1, zamawiający wszelkie rozbieżności z tych porównań wynikające, nakazał - bez dopuszczalności samodzielnego dokonywania zmian w kosztorysie - uwzględnić w wycenie kosztów pośrednich i zysku mieszczących się w cenach jednostkowych dla poszczególnych pozycji kosztorysu dla zadania nr 1. A że w związku z tym ceny te mieszczą ryzyko związane z ewentualnymi brakami w przedmiarach dla zadania nr 1, oczywistym jest że nie mogą być wprost miarodajne dla wyceny prac z zakresu zadania nr 2.

Powołanie się zamawiającego na „wyceniony” przez siebie przedmiar inwestorski jest o tyle, w ocenie odwołującego, bezprzedmiotowe, iż dokument ten nie był na etapie przygotowania oferty udostępniony wykonawcom, stąd odwołujący na podstawie dostępnych informacji szacował zakres prac do wykonania dla zadania 2 i przyjął na podstawie własnej analizy ilości szacunkowe które odbiegają od wykazanych przez zamawiającego na etapie oceny oferty odwołującego i tak np. montaż zwodów poziomych na dachu został podany przez zamawiającego w ilości 2,4 km podczas gdy wg szacunku

odwołującego jest to wielkość ok. 420 m, podobnie powierzchnie okien których rzeczywista powierzchnia wg szacunku odwołującego wynosi 377,37 m kw (co za tym idzie zawyżona została ilość ościeży, parapetów, kątowników wzmacniających i wszystkich pozostałych pozycji z tym związanych). I dalej, podobnych niewłaściwych założeń poczynionych przez zamawiającego, które odwołujący wskazuje jedynie przykładowo, jest znacznie więcej, jak choćby ilość związana z przebudową i obłożeniem granitem schodów wejścia głównego - zamawiający uwzględnił oba wejścia do budynku, tymczasem w PFU jest mowa tylko o wejściu głównym. Czy też kwestia oddzielnych pozycji na odbicie zniszczonych tynków z elewacji podczas gdy odwołujący zakłada wykonanie tych robót w ramach czyszczenia i mycia istniejącej elewacji. Nie bez znaczenia jest fakt iż zamawiający w kilku wypadkach przyjął odmienną od założonej do oferty przez odwołującego technologię wykonania robót, nie mając jeszcze projektu, np. przyjął zupełnie nowe daszki nad wejściami od strony frontowej, a odwołujący założył modernizację i odwodnienie istniejących daszków żelbetowych (ściśle połączonych z konstrukcją budynku), podobnie wykonanie pochylni dla niepełnosprawnych odwołujący wykona z estetycznej odpornej na warunki atmosferyczne platformy z kostki brukowej, podczas gdy w dokumencie opracowanym przez zamawiającego pojawia się wykonanie w technologii płyty żelbetowej. Zamawiający przyjął opaskę wokół budynku z kostki brukowej, odwołujący tymczasem proponuje opaskę z kruszywa pozwalającą na szybkie wchłanianie wody opadowej. Zawyżona jest także ilość podbicia fundamentów przez przyjęcie w przedmiarze inwestorskim podbicia na całości fundamentów, podczas gdy w protokole kontrolnym stanu technicznego obiektu (nieudostępnionym wszystkim wykonawcom na stronie internetowej a jedynie dopuszczonym do wglądu na mocy odpowiedzi na pytanie z dnia 14.01.2013r.w siedzibie zamawiającego) jest mowa o zużyciu fundamentów w 15%, co

potwierdziła także wizja lokalna odwołującego wskazująca na brak konieczności aż tak rozległej naprawy fundamentów. Zatem, zdaniem odwołującego, rozumowanie zamawiającego jedynie dowodzi, iż opiera się on wyłącznie na nieracjonalnych założeniach, które w normalnych warunkach konkurencji stają się oderwane od realiów oferty odwołującego i jednocześnie od realiów rynku, stąd działanie zamawiającego traktować należy jako zbyt daleko idące.

Przyjętym przez zamawiającego punktem odniesienia jest także wykazywana w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego „dysproporcja” w cenach zaoferowanych za zadanie nr 2 przez innych wykonawców, podczas gdy wiadomym jest, zdaniem odwołującego, że okoliczność ta nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest rażąco niska, gdyż zależne jest od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Samo stwierdzenie przez zamawiającego różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny. W tym miejscu odwołujący podniósł, że jego oferta jest ok. 2 % tańsza od oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Konserwacji Zabytków Arcus, natomiast od kolejnej w rantingu z otwarcia ofert tj. oferty Eda Serwis Sp. z o. o. jest już droższa o ok. 7,15%.

Reasumując, z uwagi na fakt, iż interes odwołującego, polegający na możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia został naruszony, a oferta odwołującego z ceną ofertowa nieniosącą znamion rażąco niskiej ceny, powinna być sklasyfikowana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu.

W dniu 9 kwietnia 2013r. zamawiający powiadomił pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 kwietnia 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ROSA BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Radomiu, ul. Gazowa 5/7 i Spółdzielnia Rzemieślnicza „Budowlana” z siedzibą w Radomiu, ul. Kilińskiego 15/17. Zgłaszający wskazali, że ich interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego przejawia się w tym, że gdyby odwołanie zostało uwzględnione ich oferta przestałaby być ofertą najkorzystniejszą i utraciłaby zamówienie. Wnieśli o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez obu członków konsorcjum tj. za ROSA BUD przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia i za Spółdzielnię „Budowlana” przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 11 kwietnia 2013r. na dowód czego załączono wydruku raportów z faksu.

W uzasadnieniu zgłaszający wskazali, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego. Cena za wykonanie zadania II zaoferowana przez odwołującego znacznie odbiega nie tylko od środków jakie zamawiający przeznaczył na realizację zadania, ale również od cen zaoferowanych przez pozostałych uczestników postępowania. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwa zadania, odrębne i niezależne, dla których uzasadnione jest badanie z osobną ceną pod kątem ceny rażąco niskiej. O odrębności świadczy nie tylko fakt rozgraniczenia przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, ale także w postanowieniach siwz tj. ;

- pkt. 4 – przedmiot zamówienia określony został jako Zadanie I (ppkt 1a) oraz Zadanie II (ppkt 1b)

- pkt. 5 – odrębne terminy realizacji Zadania I i Zadania II

- pkt. 15 – punkty składające się na ocenę ofert liczone były dla danego zadania.

Analogiczne postanowienia znajdują się w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 6 do oferty. Również zabezpieczenie należytego wykonania umowy będzie trzeba wnieść dla każdego zadania odrębnie. Zgłaszający wskazali, że odwołującego obciąża ciężar wykazania, że jego cena nie jest ceną rażąco niską, zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 18 grudnia 2012r. sygn. akt KIO 2659/12 i wyrokiem KIO 2202/12 z dnia 22 października 2012r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, 3 modyfikacji treści siwz, oferty odwołującego,

W rozdziale 4 siwz zamawiający zawał opis przedmiotu zamówienia wskazując, że:

1) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane:

a) Zadanie I - Przebudowa i nadbudowa kompleksu budynków nr 13, 502, 601 na budynek dydaktyczny – Dęblin WSOSP Obręb 1, powiat Ryki, woj. Lubelskie, dz. Nr.ewid. 4080/ 101 Zespół trzech budynków stanowi jedną bryłę architektoniczno-funkcjonalną.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na przebudowie, nadbudowie i modernizacji kompleksu budynków nr 13,502,601, a w szczególności polegające na wykonaniu m.in.:

- robót ogólnobudowlanych: rozbiórkowe, ziemne, żelbetowe, konstrukcje, murowe, dachowe, elewacyjne, fundamentowe, docieplenie ścian zewnętrznych, izolacyjne przeciwwilgociowe, tynkarskie, malarskie, posadzkowe, stolarskie, ślusarskie, wykonanie

nadbudowy dwóch pięter z szybem windowym i montażem windy dla niepełnosprawnych w budynku nr 13;

- robót sanitarnych: demontażowe. Wykonanie: instalacji wodociągowo – kanalizacyjnej z armaturą i wymianą przyłączy; instalacji centralnego ogrzewania z grzejnikami wymianą przyłącza, instalacji wody lodowej, wentylacji mechanicznej, klimatyzacji oraz zewnętrznych instalacji: wodociągowej, kanalizacji sanitarnej i deszczowej;

- robót elektrycznych: demontaż instalacji elektrycznej. Wykonanie: instalacji elektrycznej z montażem osprzętu i urządzeń, zasilenia instalacji wentylacji, klimatyzacji, ogrzewania, instalacji odgromowej i przepięciowej;

- robót teleinformatycznych: wykonanie instalacji okablowania strukturalnego, instalacji komputerowej, telefonicznej;

- zagospodarowanie terenu: roboty rozbiórkowe, wymiana nawierzchni drogowej, chodnikowej i placów o nawierzchni kostki brukowej;

- robót geodezyjnych: wykonania m.in. wytyczenia tras linii i przyłączy, wykonania inwentaryzacji powykonawczej.

Wykonawca dokona dostosowania budynku dla osób niepełnosprawnych oraz do obowiązujących przepisów ppoż., opomiarowania wszystkich mediów, wykonana świadectwa charakterystyki energetycznej budynków.

Szczegółowy zakres robót określają: projekt budowlano - wykonawczy, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, program funkcjonalno-użytkowy, przedmiar robót (Nr 1/bud./13/2012; Nr 2/ zagosp. terenu/13/2012; Nr 3/elektr./13/2012; Nr 4/ sanit./13/2012; Nr 5/kwat./13/2012; 6/przyłącza/13/2012; Nr 7/drogi i place/13/2012) który jest materiałem pomocniczym do wyceny. W wersji elektronicznej zawierają się w plikach pod nazwą „Budynek nr 13, 502, 601” – dostępne na stronie internetowej oraz w siedzibie Zamawiającego (załączniki do SIWZ).

Inwestor posiada Pozwolenie na budowę. Dokumentacja projektowa przedmiotowej inwestycji jest dostępna w siedzibie Zamawiającego.

Na roboty wykazane w przedmiarze Nr 6/przyłącza/13/2012 i Nr 7/drogi i place/13/2012 Inwestor nie posiada Projektu Technicznego. Realizacja tych robót wg tzw. „budowa pod klucz” tj. zaprojektuj i wykonaj.

b) Zadanie II - Zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji przegród zewnętrznych budynku nr 4 Biblioteka

Zakres robót: Wykonanie dokumentacji technicznej budowlano - wykonawczej, specyfikacji technicznej; kosztorysu z przedmiarem; uzyskanie pozwolenia na roboty budowlane (lub zgłoszenie do Urzędu Wojewódzkiego w Lublinie).

Realizacja zadania w zakresie: termomodernizacji przegród zewnętrznych z kolorystyką, instalacji odgromowej, wymiany parapetów zewnętrznych, drzwi zewnętrznych.

Przebudowy schodów zewnętrznych z podjazdem dla osób niepełnosprawnych.

Wykonanie opaski odwadniającej z kostki brukowej wokół budynku.

Szczegółowy zakres robót określają: program funkcjonalno-użytkowy, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, które w wersji elektronicznej zawierają się w plikach pod nazwą „Budynek nr 4” – dostępne na stronie internetowej oraz w siedzibie Zamawiającego (załączniki do SIWZ).

Wykonanie świadectwa charakterystyki energetycznej budynku.

2) zaleca się, aby oferent dokonał wizji lokalnej terenu budowy i jego otoczenia, a także zdobył, na swoją własną odpowiedzialność i ryzyko, wszelkie dodatkowe informacje, które mogą być konieczne do przygotowania oferty oraz zawarcia umowy i wykonania zamówienia. Koszty dokonania wizji lokalnej terenu budowy poniesie oferent;

3) Wykonawca jest zobowiązany do ubezpieczenia terenu budowy w zakresie niezbędnym dla zabezpieczenia finansowego przed skutkami powstania szkody w mieniu zamawiającego na skutek następstw okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Potwierdzenie ubezpieczenia budowy wykonawca przekaże Zamawiającemu w terminie 30 dni od dnia wprowadzenia na budowę;

4) umowa będzie zawarta na całość robót - cena ryczałtowa na podstawie oferty przedłożonej przez Wykonawcę na zadanie nr I oraz na zadanie nr II;

5) Wykonawca wypełni wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót.

Pozycje, przy których żadne ceny nie są wpisane przez oferenta, nie zostaną zapłacone po wykonaniu prac i będzie uznane, że zostały pokryte przez inne ceny w przedmiarze robót (dotyczy zadania nr I).

6) cena całkowita podana przez Wykonawcę nie będzie podczas wykonywania umowy podlegała aktualizacji, stosownie do postanowień zawartych w treści projektu umowy;

7) w kosztach ogólnych budowy należy przewidzieć usługi geodezyjne;

8) Zamawiający wymaga minimalnego okresu gwarancji 60 miesięcy na wykonane roboty budowlane;

9) rozpoczęcie robót (przekazanie terenu budowy) przewidziane jest w ciągu miesiąca od daty podpisania umowy;

10) rodzaj zamówienia: roboty budowlane;

11) kod numeryczny CPV:

45000000-7 – roboty budowlane;

45300000-0 – roboty instalacyjne;

45400000-1 – roboty wykończeniowe w zakresie obiektów budowlanych;

45442120-4 – elewacja;

71320000-7 – usługi inżynierskie w zakresie projektowania.

W rozdziale 5 określił termin realizacji przedmiotu umowy

Termin realizacji przedmiotu umowy:

- Zadanie I do dnia 31.12.2014r.;
- Zadanie II do dnia 15.12.2013r.

W rozdziale 8 opisał sposób przygotowania oferty stanowiąc:

- 1) Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę;
- 2) Zamawiający nie dopuszcza składanie ofert częściowych;
- 13) do oferty muszą być dołączone:
 - wypełniony Formularz ofertowy z załącznikami;
 - wszystkie dokumenty i oświadczenia wymienione w punkcie 7 SIWZ;
 - wykaz czynności, których wykonanie Wykonawca powierzy podwykonawcom
 - zał. Nr 3 do oferty - (załącznik nie jest wymagany w przypadku wykonywania przez Wykonawcę całości zamówienia bez udziału podwykonawców);
 - pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ewentualnie umowę o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo.

Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy;

- pełnomocnictwo do podpisania oferty (oryginał lub kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez notariusza) względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z ofertą, o ile prawo do ich podpisania nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą;
- Wykonawca dołączy do oferty wypełnione harmonogramy rzeczowo – finansowe robót dot. Zadań I i II (dostępne na stronie internetowej Zamawiającego) – Zał. nr 7 do oferty;
- Wykonawca dołączy do oferty wyceniony przedmiar robót (kosztorys ofertowy) - dot. Zadania I;
- Wykonawca dołączy do oferty kosztorysy skrócone łącznie z wypełnionym zestawieniem - dotyczy Zadania I

W rozdziale 13 zamawiający zawarł opis kryterium oceny ofert:

Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się następującym kryterium i jego znaczeniem:

- a) C - cena brutto zamówienia - waga 70 %
- b) G - gwarancja (nie mniej niż 60 m-cy) - waga 20 %
- c) T - najkrótszy termin wyk. zamówienia w miesiącach - waga 10 %
(nie krótszy niż 18 miesięcy dot. Zadania I) Razem: 100%

W rozdziale 15 wskazał, że - za najkorzystniejszą ofertę uznana zostanie oferta, która nie podlega odrzuceniu oraz uzyska największą ilość punktów po zsumowaniu punktów przyznanych za poszczególne kryteria czyli C + G + T w Zadaniach I i II (Zadanie I + Zadanie

II). Jeśli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów ofert, Zamawiający spośród tych ofert wybierze ofertę z najniższą ceną.

Oferta spełniająca w najwyższym stopniu wymagania kryterium otrzyma maksymalną ilość punktów. Pozostałym ofertom zostanie przypisana odpowiednio mniejsza ilość punktów.

W rozdziale 14 wskazał sposób obliczenia ceny

1) za wykonanie przedmiotu zamówienia Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe;

2) zaoferowana cena musi uwzględniać wszelkie koszty związane z prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia;

3) w cenie oferty należy uwzględnić: ewentualną wizję lokalną terenu budowy i jego otoczenia, a także zdobyte, na swoją własną odpowiedzialność i ryzyko, wszelkie dodatkowe informacje, które mogą być konieczne do przygotowania oferty oraz zawarcia umowy i wykonania zamówienia;

4) cena zgodnie z art. 3 pkt 1 pkt. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.) oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą Zamawiający jest obowiązany zapłacić Wykonawcy za robotę budowlaną; w cenie tej uwzględnia się podatek od towarów i usług (podatek VAT będzie doliczony do całkowitej ceny kosztorysu ofertowego) oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru podlega obciążeniu podatkiem akcyzowym.

5) w cenach jednostkowych i całkowitej cenie ofertowej przedkładanych przez wykonawcę będą zawarte wszelkie cła, i inne należności płatne przez wykonawcę, według stanu prawnego na dzień wszczęcia postępowania;

6) w kosztach ogólnych budowy należy przewidzieć usługi geodezyjne;

7) Wykonawca poniesie wszystkie koszty związane z przygotowaniem i przedłożeniem oferty.

Cena całkowita i ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę nie będą podczas wykonywania umowy podlegały aktualizacji, stosownie do postanowień zawartych w treści umowy.

Przy wyliczaniu poszczególnych wartości należy ograniczyć się do dwóch miejsc po przecinku na każdym etapie wyliczenia ceny.

W przypadku, gdy parametr miejsca tysięcznego jest poniżej 5, to parametr setny pozostaje bez zmian, zaś w przypadku, gdy parametr miejsca tysięcznego wynosi 5 i powyżej, to parametr setny zaokrągla się w górę.

- za najkorzystniejszą ofertę uznana zostanie oferta, która nie podlega odrzuceniu oraz uzyska największą ilość punktów po zsumowaniu punktów przyznanych za poszczególne kryteria czyli C + G + T w Zadaniach I i II (Zadanie I + Zadanie II).

Jeśli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów ofert, Zamawiający spośród tych ofert wybierze ofertę z najniższą ceną.

W modyfikacji z dnia 7 stycznia 2013r. zamawiający dokonał zmiany rozdziału 13 i 15 przez wskazanie najkrótszego terminu realizacji zadania II

W modyfikacji z dnia 11 stycznia 2013r. zamawiający zmodyfikował formularz ofertowy przez wskazanie najkrótszego terminu realizacji zadania II.

We wzorze umowy zamawiający zawarł następujące postanowienia związane z przedmiotem sporu tj. w § 1 wskazał, że zgodnie z rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (nr)

Zamawiający powierza, a Wykonawca zobowiązuje się do realizacji roboty budowlanej w ramach inwestycji:

Zadanie Nr I. „Przebudowa i nadbudowa kompleksu budynków nr 13, nr 502 i nr 601 na budynek dydaktyczny”

Zadanie Nr II. „Zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji przegród zewnętrznych budynku nr 4 – biblioteka”

W pkt IV. § 7 zamawiający określił terminy umowne realizacji robót budowlanych wskazując, że zamawiający przekaze protokolarnie, a wykonawca przyjmie teren budowy określony w dokumentacji i specyfikacji technicznej w następujących terminach:

Zadanie Nr I. „Przebudowa i nadbudowa kompleksu budynków nr 13, nr 502 i nr 601 na budynek dydaktyczny”

- w terminie do dni od daty zawarcia umowy, tj. do dnia r.

Zadanie Nr II. „Zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji przegród zewnętrznych budynku nr 4 – biblioteka”

- w terminie do dni od daty zawarcia umowy, tj. do dnia r.

A w § 8, że termin realizacji robót wynosi:

Zadanie Nr I. „Przebudowa i nadbudowa kompleksu budynków nr 13, nr 502 i nr 601 na budynek dydaktyczny” - miesięcy licząc od daty przekazania terenu budowy do dnia zakończenia realizacji przedmiotu umowy i przekazania kluczy, tj. od dnia r. do dnia r.

Zadanie Nr II. „Zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji przegród zewnętrznych budynku nr 4 – biblioteka”

Zamawiający w pkt. V. § 13 określił wynagrodzenie wskazując, że na dzień podpisania umowy wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy zgodnie ze złożoną ofertą wynosi:

Zadanie Nr I. „Przebudowa i nadbudowa kompleksu budynków nr 13, nr 502 i nr 601 na budynek dydaktyczny” zł netto (słownie:), do którego zostanie doliczony podatek VAT według

obowiązującej stawki. Wynagrodzenie należne wykonawcy wraz z podatkiem VAT wynosi zł (słownie:).

Zadanie Nr II. „Zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji przegród zewnętrznych budynku nr 4 – biblioteka” zł netto (słownie:), do którego zostanie doliczony podatek VAT według obowiązującej stawki. Wynagrodzenie należne wykonawcy wraz z podatkiem VAT wynosi zł (słownie:).

W pkt. IX. § 20 zamawiający wskazał wymagania dotyczące zabezpieczenie należytego wykonania umowy określając, że do pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, będącego przedmiotem niniejszej umowy strony ustanawiają zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10 % ceny umownej brutto, tj.

Zadanie Nr I. „Przebudowa i nadbudowa kompleksu budynków nr 13, nr 502 i nr 601 na budynek dydaktyczny” w kwocie zł. (słownie.....), które do dnia zawarcia umowy wykonawca wniósł w formie

Zadanie Nr II. „Zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji przegród zewnętrznych budynku nr 4 – biblioteka” w kwocie zł. (słownie.....), które do dnia zawarcia umowy wykonawca wniósł w formie

Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający wyszacował wartość zamówienia na kwotę 11 665 978,60zł. w tym 5 832 989,30zł. zamówienia uzupełniające.

W dniu otwarcia ofert zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 14 349 153,68zł. brutto.

W dniu składania ofert oferty złożyli :

1. WARBUD SA z ceną za zadanie I – 13 064 957,91zł., za zadanie II – 1 528 992,09zł.
2. Konsorcjum ROSA-BUD i SR „Budowlana” z ceną za zadanie I 9 186 071,24zł., za zadanie II – 1 070 100zł.
3. Konsorcjum Mostostal Puławy SA i Termochem sp. z o.o. z ceną za zadanie I 9 748 015,51zł., za zadanie II 948 330,00zł.,
4. Skanska SA z ceną za zadanie I – 9 216 644,33zł., za zadanie II – 478 347,00zł.
5. EDA-Serwis sp. z o.o. z ceną za zadanie I – 8 326 502,48zł., za zadanie II 674 733,94zł.
6. Arcus sp. z o.o. z ceną za zadanie I – 9 279 983,95zł., za zadanie II 621 765,00zł.

W dniu 15 marca 2013r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny oferty. W uzasadnieniu wezwania wskazał, że wątpliwości zamawiającego wzbudziła cena za realizację zamówienia, która odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień i wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego. Wątpliwość zamawiającego wzbudziła cena za wykonanie zadania II. Zamawiający wskazał, że wykonawca składając wyjaśnienia winien wykazać, że zaoferowana przez niego cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówienia. Winien przedstawić szacunkowo szczegółowy kosztorys na wykonanie ww. zadania, wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przy tym wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień i udokumentowania powodu zaproponowania tak niskiej ceny. Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.

W dniu 20 marca 2013r. odwołujący złożył wyjaśnienia. Wskazał, że na zaoferowaną cenę mają wpływ następujące czynniki:

1. Forma prowadzonej przez odwołującego działalności – duża organizacja, wykorzystująca synergię co obniża koszty, ponadto wynegocjowane bardzo korzystne oferty z podwykonawcami,
2. Brak znaczących kosztów pośrednich związanych z zarządzaniem nadzorem, kosztami dowozu pracowników, delegacji, zakwaterowania z uwagi na realizację dwóch projektów na terenie lotniska w Dęblinie, zmobilizowane brygady do wykonywania robót, wieloletnie doświadczenie pozwalające na zoptymalizowanie kosztów,
3. Własne zaplecze techniczne w postaci bazy sprzętowej, kontenerów biurowo – socjalnych, magazynowych,
4. Odbyta wizja lokalna wykazała, że konstrukcja budynku jest w dobrym stanie, wymienione zostały wszystkie okna zewnętrzne, orynnowanie, pokrycie dachowe, występujące pęknięcia są wynikiem złego odprowadzenia wód opadowych, a nie podbicia fundamentów, na tynkach wewnętrznych brak jest widocznych zawilgoceń, grzybów, spękań, co świadczy o dobrym stanie izolacji.
5. Odwołujący przedstawił także szacunkowy kosztorys zadania II.
6. Odwołujący wskazał także, że prowadzi centralną politykę zakupową, co pozwala obniżyć ceny dostaw materiałów, urządzeń i wykonywania usług i wiąże się z uzyskiwaniem specjalnych rabatów i upustów niedostępnych dla innych podmiotów.

7. Oświadczył, że jego oferta obejmuje pełen zakres robót opisany w PFU, siwz, STWiORB oraz opiera się na protokole nr 085/09/2008 i na wizji lokalnej,
8. Wskazał, że stan fundamentów jest zadowalający, co zostało uwzględnione w ofercie, gdzie założono tylko miejscowe podbicie fundamentów.

Ponadto odwołujący wskazał, że o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego powinien decydować wynik analizy złożonych ofert w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, innych złożonych oferty i cen rynkowych. Podniósł, że zamawiający podając podczas sesji otwarcia ofert kwotę którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie dokonał rozbicia jej na zadanie I i II. Wskazał, że zamawiający szacował wartość zamówienia za całość inwestycji, w tym uwzględniając 50% zamówień uzupełniających. Oferta odwołującego za oba zadania jest jedynie o 32,4 % niższa od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ale jest droższa od oferty EDA-Serwis o około 7,15%, a od trzeciej pod względem ceny za całe zadanie tj. oferty Arcus oferta odwołującego jest niższa jedynie o 1,8%. Z tego względu w ocenie odwołującego nie ma podstaw do twierdzenia, że cena zaoferowana przez niego odbiega od cen rynkowych. Przedstawił zestawienie tabelaryczne wszystkich złożonych w postępowaniu ofert za zadanie II z rozbiem na poszczególne zakresy i wywiódł, że zadanie II jest zamawiane w formule zaprojektuj i wybuduj, stąd założenia kalkulacyjne w poszczególnych ofertach mogą być odmienne. Ponadto 5 na 6 oferentów zaoferowało w tym zadaniu ceny w wysokości od 25 – 37% niżej niż szacunkowy budżet zamawiającego.

Wskazał także, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie zysku – wyrok Izby z dnia 5 kwietnia 2012r. sygn. akt KIO 560/12.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż miał interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący wykazał, że gdyby jego oferta została poddana ocenie w przyjętych kryteriach oceny ofert, to uzyskałaby najwyższą ilość punktów, a tym samym to oferta odwołującego byłaby uznana za

najkorzystniejszą. Odrzucenie zatem jego oferty pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący może także ponieść szkodę w postaci utraty korzyści jakie zakładał z tytułu realizacji zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 2 ustawy, poprzez błędną ocenę złożonych przez odwołującego wyjaśnień mimo faktu iż odwołujący wykazał że zaoferował ceny rynkowe oraz iż jego oferta jest prawidłowa i nie stanowi rażąco niskiej ceny i zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy, poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę, mimo braku przesłanek do dokonania takiej oceny i pomimo udzielonych przez odwołującego wyjaśnień

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zamawiający przy dokonywaniu oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nie wykazał, że dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień odwołującego z dnia 19 marca 2013r. złożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Istota problemu w przedmiotowym postępowaniu sprowadza się do odpowiedzi czy zamawiający wykazał, że złożone wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że złożona oferta zawiera cenę rażąco niską, lub że ocena złożonych wyjaśnień z uwagi na ich ogólnikowy charakter prowadzi do wniosku, że wykonawca nie obalił domniemania, że złożona przez niego oferta jest ofertą z rażąco niską ceną. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym podstaw odrzucenia wskazuje jedynie, że dokonywał oceny złożonych wyjaśnień i uznał je za ogólnikowe oraz, że odwołujący nie złożył szacunkowego szczegółowego kosztorysu, co daje zamawiającemu podstawę do przypuszczeń, że zaoferował cenę spekulacyjną, natomiast w odpowiedzi na odwołanie zamawiający w ogóle nie odnosi się do złożonych wyjaśnień.

Izba podziela wprawdzie stanowisko odwołującego, że cena za zadanie 2 jest elementem składowym całkowitej ceny ofertowej. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w opisie przedmiotu zamówienia, gdzie zamawiający wyraźnie wskazuje, że umowa będzie zawarta na całość robót - cena ryczałtowa na podstawie oferty przedłożonej przez wykonawcę na zadanie nr I oraz na zadanie nr II. Tym samym zamawiający uznawał, że zamówienie publiczne to wykonanie zarówno zadania nr 1 jak i zadania nr 2. To, że zamawiający na potrzeby oceny ofert osobno oceniał ceny za zadanie 1 i za zadanie 2 nie zmienia zakresu przedmiotowego zamówienia. Niemniej jednak w ocenie Izby zamawiającemu wolno jest badać pod kątem ceny rażąco niskiej elementy kalkulacyjne oferty, o ile ich zniżenie może przekładać się na rażące zniżenie ceny zaoferowanej za przedmiot zamówienia. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie cena ofertowa za oba zadania nie odbiega znacznie od

pozostałych cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, jednak ustalenie, czy jest to cena rzeczywista pozwalająca na pokrycie kosztów realizacji całego zadania przy widocznym, odbiegającym od pozostałych ofert obniżeniu ceny za zadanie drugie, nie było w ocenie Izby błędem zamawiającego.

Jak słusznie zauważa zamawiający to nie określone procentowe odstępstwo od wartości szacunkowej zamówienia brutto, czy od średniej cen złożonych ofert decyduje o zaferowaniu ceny rażąco niskiej, ale to, czy zaferowana cena nie jest ceną nierealistyczną ceną, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalającą na wygenerowanie przez niego zysku. Tym samym może się okazać, że cena nie odbiegająca znacznie np. więcej niż 30% - 40% od innych cen zaoferowanych jest jednak ceną nie pozwalającą na zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Skoro zatem zamawiający porównując własną wyszacowaną wartość za zadanie 2, ceny za to zadanie zaferowane przez innych wykonawców i ceny jednostkowe zaferowane przez samego odwołującego za zadanie 1 za roboty analogiczne jak w zadaniu 2 mógł powziąć wątpliwość, czy cena za zadanie 2 nie jest tak niska, że może prowadzić do niemożliwości zrealizowania całego przedmiotu zamówienia.

Tym samym rozstrzygnięcie o charakterze ceny zaferowanej przez odwołującego sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo dokonał badania oferty odwołującego w odniesieniu do zaferowanej przez odwołującego ceny. Izba uznała, że zamawiający badanie to przeprowadził nieprawidłowo. Zamawiający bowiem dokonując czynności odrzucenia oferty odwołującego oparł się wyłącznie na przesłankach uzasadniających zwrócenie się do odwołującego z wezwaniem o wyjaśnienie elementów oferty, które miały wpływ na cenę. Zamawiający bowiem zarówno w informacji o wynikach postępowania jak i w odpowiedzi na odwołanie przedstawił szczegółowe badanie ceny oferty odwołującego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Analizował ofertę odnosząc zaferowaną cenę do własnego kosztorysu inwestorskiego, do średniej złożonych ofert, do kwoty jaką ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy nawet do cen jednostkowych zaferowanych przez odwołującego za podobne roboty w zadaniu 1. Jednak taka analiza prowadzi jedynie do odpowiedzi na pytanie czy zaferowana cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odpowiedź twierdząca na to pytanie powoduje powstanie po stronie zamawiającego obowiązku wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy, a nie daje zamawiającemu prawa do odrzucenia oferty z pominięciem tej procedury.

Zamawiający procedurę z art. 90 ust. 1 ustawy wykonał wzywając odwołującego do wyjaśnień w dniu 15 marca 2013r. Jednak zamawiający nie wykonał w ocenie Izby dalszej części procedury wynikającej z art. 90 ustawy tj. nie dokonał oceny złożonych wyjaśnień. Z

informacji o wyniku bowiem można dowiedzieć się jedynie, że zamawiający uznał te wyjaśnienia za ogólnikowe i niepoparte dowodami. Jednak zamawiający z żaden sposób w informacji o wyniku, ani podczas rozprawy nie wykazał, że okoliczności podane przez odwołującego w wyjaśnieniach albo potwierdzają, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, albo, że nie obalają przyjętego przez zamawiającego domniemania. Odwołujący przedstawił swoją kalkulację ceny za zadanie drugie dokonując wyodrębnienia szeregu robót i usług, które kalkulował przy określaniu ceny za zadanie 2. Zamawiający nie wykazał, że poczyniona przez odwołującego kalkulacja w poszczególnych pozycjach, nie może odpowiadać pojęciu szacunkowego szczegółowego kosztorysu, dlaczego w ocenie zamawiającego odbiega od cen rynkowych, czy też wykonanie za podaną cenę nie jest możliwe. Brak jest legalnej definicji szacunkowego kosztorysu szczegółowego, ponadto przedmiotem zamówienia w zadaniu drugim jest m. in. zaprojektowanie i skosztorysowanie robót w ramach termomodernizacji przegród zewnętrznych budynku nr 4 Biblioteka. Tym samym trudno oczekiwać od odwołującego, aby przedstawił szczegółowy kosztorys. Nadto zamawiający nie określił, co odwołujący powinien w treści dokumentu nazwanego „Szacunkowy szczegółowy kosztorys” zawrzeć. Nawet rozporządzenie 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) reguluje kalkulację uproszczoną. Tym samym to, że odwołujący złożył dokument nieodpowiadający nieujawnionym odwołującemu oczekiwaniom zamawiającego nie zwalnia zamawiającego z obowiązku oceny tego dokumentu. Odwołujący ponadto w wyjaśnieniach wskazał, że w wyniku wizji lokalnej dokonał wstępnego ustalenia zakresu robót i założył miejscowe podbicie fundamentów, co miało wpływ na koszty. Zamawiający nie ocenił tej informacji i nie zbadał, czy stanowi ona realną okoliczność mającą wpływ na koszty mimo tego, że jednocześnie sam załączył do odpowiedzi na odwołanie protokół nr 085/09/2008 potwierdzający zadowolający stan fundamentów. Zamawiający nie odniósł się także do argumentacji odwołującego o centralnym systemie zakupów prowadzonym u odwołującego, ani do zlokalizowania bazy, sprzętu i ludzi do realizacji zamówienia w miejscowości, w której ma być realizowane przedmiotowe zamówienie, wliczenia kosztów ogólnych w zadanie I.

Na zamawiającym bowiem spoczywa ciężar dowodu, jednak nie w zakresie wykazania, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, a co do wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy. Ocena tych wyjaśnień stanowi podstawę do uznania za potwierdzone zaoferowania rażąco niskiej ceny. Izba stoi na stanowisku, że zamawiający nie podołał temu ciężarowi. Brak dokonania oceny wyjaśnień odwołującego powoduje w ocenie Izby nieprawidłowość czynności zamawiającego polegającej na

odrzuconiu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i na naruszeniu przez zamawiającego art. 90 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

Zamawiający wskazywał w toku postępowania na to, że odwołujący celowo zaniżył wartość zadania 2, aby uzyskać przewagę konkurencyjną. Jednak zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, a nie wykazał, że zachodziły podstawy do odrzucenia oferty także z innych przyczyn, stąd argumentacja zamawiającego w tym zakresie nie ma związku z powołaną przez zamawiającego podstawą odrzucenia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez niewłaściwą ocenę ofert, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego, mimo że oferta nie podlega odrzuceniu, gdyż zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest ceną zaniżoną oraz jest uzasadniona przedmiotem zamówienia i planowanym nakładem prac i zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, którego oferta powinna być sklasyfikowana w kryteriach oceny ofert na kolejnym miejscu - po ofercie odwołującego oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez uznanie że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Wobec potwierdzenia się zarzutów naruszenia art. 90 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Izba uznała, że potwierdził się także zarzut nierównego traktowania odwołującego polegający na zaniechaniu badania złożonych przez niego wyjaśnień.

Podczas gdy w odniesieniu do innych wykonawców, ich wyjaśnienia i uzupełnienia złożonych dokumentów były przedmiotem analizy i oceny przez zamawiającego. Skoro zaś zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, to w konsekwencji nie dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, co w ocenie Izby powoduje, że zamawiający naruszył także art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze to, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. Nr 41, poz. 238) zasądzać od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczonego wpisu.

Przewodniczący:

.....