

WYROK
z dnia 28 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2011 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: FCC Construcción S.A., Alpine Bau GmbH, Alpine BeMo Tunnelling GmbH, Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., Wakoz Sp. z o.o., 28 – 020 Madryt, Hiszpania, Avenida General Peron 36** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Gdańsk, 80 – 803 Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: HYDROBUDOWA POLSKA S.A., PBG S.A., APRIVIA S.A., Obrascon Huarte Lain S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Metro Sp. z o.o., 62 – 081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr. 113, poz. 759 z późn. zm.) wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o**

udzielenie zamówienia **HYDROBUDOWA POLSKA S.A., PBG S.A., APRIVIA S.A., Obrascon Huarte Lain S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Metro Sp. z o.o., 62 – 081 Przeźmierowo, Wysogotowo, ul. Skórzewska 35;**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Gdańska, 80 – 803 Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: FCC Construcción S.A., Alpine Bau GmbH, Alpine BeMo Tunnelling GmbH, Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., Wakoz Sp. z o.o., 28 – 020 Madryt, Hiszpania, Avenida General Peron 36** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **23. 598 zł 98 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy pięciuset dziewięćdziesięciu ośmiu złotych dziewięćdziesięciu ośmiu groszy) przez **Gminę Miasto Gdańsk, 80 – 803 Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: FCC Construcción S.A., Alpine Bau GmbH, Alpine BeMo Tunnelling GmbH, Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., Wakoz Sp. z o.o., 28 – 020 Madryt, Hiszpania, Avenida General Peron 36,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Gdańsk prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w ramach przedsięwzięcia: „Połączenie Portu Lotniczego z Portem Morskim Gdańsk - Trasa Słowackiego”, Zadanie IV Odcinek Węzeł Marynarki Polskiej - Węzeł ku Ujściu”.

Pismem z dnia 30 czerwca zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Hydrobudowa Polska S.A., PBG S.A., APRWIA S.A., Obrascon Huarte Lain S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” Sp. z o.o. [dalej „konsorcjum Hydrobudowa”].

Wobec takiej czynności odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia FCC Construcccion S.A., ALPINE Bau GmbH, ALPINE BeMo Tunnelling GmbH, Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., WAKOZ Sp. z o.o., [dalej „konsorcjum FCC Construcccion”] zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz, 759 ze zm.), [dalej „ustawa p.z.p.”].

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Hydrobudowa;
- 3) zwrócenie się do konsorcjum Hydrobudowa do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5) wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż w ramach przedmiotu zamówienia wykonawcy mieli wykonać tunel pod Martwą Wisłą metodą drążoną TBM o średnicy zewnętrznej 12,2 m. Dlatego też wymagane jest aby maszyna TBM posiadał określoną średnicę wiercenia co znalazło potwierdzenie także w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Użycie zatem przez konsorcjum Hydrobudowa maszyny TBM o średnicy wiercenia 14 m stanowi o niezgodności tej oferty z treścią specyfikacji technicznej, będącej częścią SIWZ oraz decyzją o pozwoleniu na budowę. Ponadto odwołujący podnosił, iż odnosząc cenę oferty konsorcjum Hydrobudowa do cen zaoferowanych przez innych wykonawców w tym postępowaniu, to odbiega ona od pozostałych cen, co uzasadnia

konieczność zbadania przyczyn takiego stanu rzeczy i wszczęcie procedury określonej art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazywał, iż oferta konsorcjum Hydrobudowa wybrana, jako najkorzystniejsza podlega odrzuceniu, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosił, iż nie sposób wykazać, że cena oferty konsorcjum Hydrobudowa pokrywa koszty realizacji zadania i zapewni jego należytą realizację. W ocenie odwołującego wadliwość czynności badania i oceny ofert, skutkująca bezpodstawnym zaniechaniem odrzucenia oferty konsorcjum Hydrobudowa pociągnęła za sobą wadliwość czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w konsekwencji również naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Gmina Miasto Gdańsk prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w ramach przedsięwzięcia: „Połączenie Portu Lotniczego z Portem Morskim Gdańsk - Trasa Słowackiego”, Zadanie IV Odcinek Węzeł Marynarki Polskiej - Węzeł ku Ujściu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 lipca 2010 r., pod numerem 2010/S 142-218693.

Zgodnie z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 418.772.203,37 zł netto w dniu 28 kwietnia 2010 r. na podstawie studium wykonalności.

Zgodnie z pkt III.3. SIWZ na zakres przedmiotu zamówienia składają się roboty:

- a. budowa dwóch nowych jezdni drogi klasy GP na odcinku około 2,36 km;
- b. budowa tunelu długości 1.377,5 m w tym 1.072,5 m wykonanego metodą drążoną TBM;
- c. budowa odcinków wanien żelbetowych i murów oporowych;
- d. budowa obiektów inżynierskich w ciągu i nad projektowanymi jezdniami;
- e. przebudowa odcinków ulic: Marynarki Polskiej, Wielopole, Uczniowskiej i Starowiejskiej;
- f. przebudowa odcinka torów tramwajowych na ul. Marynarki Polskiej;
- g. budowa peronów tramwajowych i zatok autobusowych;
- h. budowa odcinków chodników dla pieszych oraz ścieżek rowerowych;
- i. budowa urządzeń organizacji ruchu/oznakowanie pionowe i poziome;
- j. budowa systemu odprowadzania wód deszczowych z powierzchni drogi wraz z budową elementów kanalizacji deszczowej i przepompowniami;

- k. budowa urządzeń podczyszczających wodę deszczową spływającą z projektowanego pasa drogowego;
- l. przebudowa i budowa oświetlenia drogowego;
- m. przebudowa istniejącego uzbrojenia tj. gazu, wodociągów, teletechniki, energetyki i urządzeń melioracyjnych w zakresie niezbędnym do realizacji inwestycji;
- n. usunięcie drzew i krzewów kolidujących z zakresem przebudowy drogi wraz z nasadzeniami nowej zieleni;
- o. rozbiórka odcinków istniejącej jezdni;
- p. wyburzenie zabudowań kolidujących z inwestycją;
- q. przestawienie i budowa ogrodzeń.

Zgodnie z pkt X SIWZ kwota podana w ofercie wykonawcy ma być ceną ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z kompleksowym wykonaniem Przedmiotu Zamówienia a także kosztów wszelkich innych działań wskazanych, w SIWZ, jako zobowiązania wykonawcy.

Zgodnie z pkt. X.4 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wraz ofertą wypełnionej Tabeli Elementów Scalonych sporządzoną wg. wzoru załącznika nr 8 do SIWZ.

Do upływu terminu składania ofert w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) FCC Construcción S.A., ALPINE Bau GmbH, ALPINE BeMo Tunnelling GmbH, Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., WAKOZ Sp. z o.o. na kwotę 1.180.049.540,08 zł brutto;
- 2) Strabag Sp. z o. o., Strabag AG na kwotę 1.532.802.499,66 zł brutto;
- 3) Hydrobudowa Polska S.A., PBG S.A., APRWIA S.A., Obrascon Huarte Lain S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „Metro” Sp. z o.o. na kwotę 885.600.000,00 zł brutto;
- 4) Mostostal Warszawa S.A., ACCIONA Infraestructuras S.A. na kwotę 1.354.462.964,14 zł brutto;
- 5) HOCHTIEF Polska S.A., HOCHTIEF Solutions AG na kwotę 1.639.105.978,81 zł brutto.

Pismem z dnia 30 czerwca zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę konsorcjum Hydrobudowa.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Iza ustaliła również, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 13 lipca

2011 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 15 lipca 2011 r. zgłosiło konsorcjum Hydrobudowa. Izba stwierdziła, iż zgłaszający wypełnił przesłanki określone w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. i stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż wobec cofnięcia przez odwołującego, na rozprawie, zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zarzut ten nie był przez Izbę rozpatrywany.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. Izba zarzut ten uznała za nieuzasadniony. Należy zauważyć, iż zarzut ten odwołujący ściśle wiązał z cofniętym zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, na czym miało polegać powyższe naruszenie. Zarzut ten Izba uznała za nieudowodniony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego uznając go za niezasadny. Należy wskazać, iż stwierdzenie przez zamawiającego, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i w konsekwencji odrzucenie takiej oferty mogłoby nastąpić dopiero po ustaleniu przez zamawiającego tego faktu. Nie wydaje się za uzasadnione odrzucenie przez zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. przed zwróceniem się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dopiero negatywna ocena złożonych wyjaśnień mogłaby prowadzić do odrzucenia oferty, jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Mając na względzie powyższe w przedmiotowej sprawie zarzut naruszenia

art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p., wobec nie wzywania konsorcjum Hydrobudowa do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny należy uznać za przedwczesny. Niezaprzeczalnym faktem jest, iż zanotowane różnice w cenie między ofertą wybranego konsorcjum Hydrobudowa, a drugą w kolejności ceną oferty odwołującego i następnymi przekraczają 37%. Okoliczność taka winna stanowić podstawę do żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p., od wykonawcy, który złożył ofertę z ceną odbiegającą od innych ofert. Nie mogło to od razu automatycznie przesądzić o rażąco niskiej cenie tej oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. Izba podzieliła stanowisko odwołującego. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż ustalenie przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia oparte zostało o studium wykonalności a nie kosztorys inwestorski. W takim stanie rzeczy w dalszej kolejności w ocenie Izby zamawiający uprawniony był do odnoszenia ceny oferty najkorzystniejszej do cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców gdyż w razie uznani, że kryterium odniesienia się do ustalonej wartości przedmiotu zamówienia nie jest obiektywne, należy porównać ceny pomiędzy złożonymi ofertami. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę, iż cena oferty najkorzystniejszej od drugiej w kolejności oferty odwołującego różni się aż o 294.449.540,00 zł brutto, zamawiający powinien był wszcząć procedurę wyjaśniającą, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. Tej wielkości - jak zanotowana w niniejszym postępowaniu, różnica cenowa w ocenie Izby wykazuje symptomy, które obligują zamawiającego do uruchomienia procedury wzywania wykonawcy do wyjaśniania elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

Powyższe uzasadnia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w ocenie Izby zamawiający poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Hydrobudowa do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....