

Sygn. akt: KIO 2317/15

WYROK
z dnia 9 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2015 r. przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Krosno, ul. Lwowska 28a, 38-400 Krosno**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Rejon Budowy Dróg i Mostów w Krośnie Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A., z siedzibą lidera konsorcjum ul. Tysiąclecia 38, 38-400 Krosno**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Krośnie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Krosno prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Utworzenie Ponadregionalnego Centrum Szkolenia Lotniczego w oparciu o zmodernizowaną infrastrukturę lotniska w Krośnie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 czerwca 2015 roku pod poz. 2015/S 108-195250.

W dniu 26.10.2015 roku Odwołujący - Skanska S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność zamawiającego z dnia 15.10.2015 roku polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum: Rejon Budowy Dróg i Mostów w Krośnie Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. (dalej zwanym Konsorcjum).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art 87 ust. 1 ustawy PZP przez nieuprawnioną negocjację złożonej przez Konsorcjum oferty,

2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum mimo iż jego oferta jest niezgodna z SIWZ,

3.art. 89 ust. 1 pkt 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu jednostkowych cen dumpingowych, na manipulowaniu cenami jednostkowymi poprzez ich nierynkową wycenę, co w konsekwencji narusza dobre obyczaje kupieckie;

4.art. 90 ust.1 ustawy PZP przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia ceny pozycji ofertowych, mimo że ich poziom cenowy wskazuje na zaoferowanie poniżej kosztów wytworzenia i stoi w wewnętrznej sprzeczności z treścią oferty,

5.art. 7 ust. 1 ustawy PZP przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym odwołaniu,
3. odrzucenie oferty Konsorcjum,
4. ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia przewidziany w siwz, brak dołączenia do oferty konsorcjum kosztorysu *Fundamenty wskaźników kierunku wiatru*, winien skutkować odrzuceniem tej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Braku tego nie można w żaden sposób sanować udzielonymi wyjaśnieniami złożonymi w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp czy w drodze omyłki w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że ceny jednostkowe w ofercie Konsorcjum w pozycji obudowy korytek odwadniających w kwocie 4,98 zł/m³, oraz rury ochronnej (osłonowe), Fi 250 mm, PE - rury ochronne z PE100 SDR11 Fi 500*54,5 mm w kwocie 8,86 zł/m zostały obliczone niezgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt.14.3. siwz. Przyjęte przez Konsorcjum ceny są wartościami drastycznie odbiegającymi od wartości skalkulowanej przez Odwołującego oraz innych oferentów a także od cen rynkowych.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Zgodnie z postanowieniami pkt 14 cena kształtowana jest kosztorysem ofertowym opracowanym na podstawie dostarczonego przez Zamawiającego przedmiaru robót, a zamówienie podlega rozliczeniu kosztorysem powykonawczym w oparciu o faktyczną ilość wykonanych prac. Kosztorys - Wykonawca obowiązany jest dołączyć do oferty kosztorys sporządzony zgodnie z wytycznymi.

W pkt. 14.2 wskazano, że kosztorys powinien zawierać: a) kosztorys uproszczony z podaniem cen jednostkowych wraz z podsumowaniem pozycji oraz kosztorysu, b) wykaz cen czynników produkcji: materiałów, sprzętu, robocizny, kosztów pośrednich oraz zysku, c) sumę (zestawienie) wszystkich kosztorysów. Kosztorys ofertowy powinien składać się z poszczególnych części wydzielonych elementów obiektów i skompletowany powinien być według następującej kolejności: 1. część drogowa, 2. przebudowa wodociągu, 3. kanalizacja deszczowa, 4. Infrastruktura elektryczna lotniska, 5. kanalizacja kablowa i okablowanie teletechniczne, 6. wskaźniki kierunku wiatru, 7. przebudowa urządzeń elektroenergetycznych, 8. wyposażenie nadbudowy budynku wieży kontroli lotów.

W pkt 14.3 siwz podano, że cena ofertowa obejmuje całość robót wynikających z przedmiaru robót, projektu budowlanego i wykonawczego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz warunków SIWZ i będzie ustalona jako suma wszystkich wycenionych pozycji kosztorysu ofertowego oraz uwzględniać będzie wszelkie niżej określone koszty związane z realizacją zamówienia, jak również podatek VAT doliczony do ceny wynikającej z kosztorysu.

Pozostałe, istotne wymagania co do sposobu obliczenia ceny oferty zostały zawarte w pkt 14.3 i 14.4 siwz.

Zgodnie z § 9 umowy wynagrodzenie wykonawcy będzie wynagrodzeniem kosztorysowym powykonawczym ustalonym ostatecznie w oparciu o rzeczywiste obmiary wykonanych robót, przemnożone przez odpowiadające im ceny jednostkowe zawarte w ofercie Wykonawcy lub ustalone zgodnie z postanowieniem § 14 ust. 1. Kosztorys powykonawczy sporządzany będzie sukcesywnie wraz z postępem robót, w oparciu o prowadzone na bieżąco obmiary ilości robót wykonanych i odebranych przemnożonych przez odpowiadające im ceny jednostkowe zawarte w ofercie Wykonawcy lub ustalone zgodnie z postanowieniem § 14.

W pkt 14.6 SIWZ zamawiający zastrzega, że w przypadku niezgodności oferty z SIWZ w zakresie sposobu wyliczenia ceny ofertowej wskutek pominięcia jakiegokolwiek pozycji kosztorysu ofertowego lub rozbieżności w jej opisanu nie skutkujących nie wyniki oceny ofert, oferta ta będzie uznana za sporządzoną prawidłowo.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie podlega oddaleniu.

Niespornym jest, że wynagrodzenie ustalone przez zamawiającego w tym zamówieniu publicznym ma charakter kosztorysowy o ostateczna jego wysokość będzie ustalona w oparciu o kosztorys powykonawczy.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku załączenia kosztorysu Fundamentów wskaźników kierunku wiatru, Izba ustaliła, że do siwz załączono przedmiar robót obejmujący Fundamenty wskaźników kierunku wiatru, zawierający 9 pozycji kosztorysowych. Zamawiający wymagał wskaźników kierunku wiatru – 2kpl. W projekcie budowlano-wykonawczym dotyczącym wskaźników kierunku wiatru, na stronie tytułowej podano, że obejmuje on zabudowę dwóch wskaźników kierunku wiatru wraz z zasileniem. W Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych wskazano nazwę zadania „Budowa wskaźników kierunku wiatru wraz z zasileniem dla Lotniska w Krośnie I”. W odpowiedzi na pytanie 252 z prośbą o udostępnienie szczegółowego rysunku fundamentu wskaźników kierunku wiatru, Zamawiający podał, że szczegółowy rysunek tj. otwory na kotwy, należy uzgodnić z dostawcą urządzenia.

W ocenie Izby Przystępujące Konsorcjum wykazało, że swoją ofertą objęło wykonanie fundamentów wskaźników kierunku wiatrów, których koszt został uwzględniony w kosztorysie ofertowym pn. AW (AWO) Wskaźniki Kierunku Wiatru – branża elektryczna, część I wskaźnik kierunku wiatru „wzrokowy wskaźnik kierunku wiatru – komplet wg dokumentacji i zestawienia materiałów- oferta” ilość 2 kpl. (strona 64 oferty). Okoliczność ta wynika nie tylko z treści samego kosztorysu ofertowego, ale także z udzielonych przez Konsorcjum wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, do których załączono ofertę dostawcy obejmującą dostawę wskaźnika łącznie z fundamentem oraz wyjaśnień udzielonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle powyższych ustaleń oraz mając na uwadze niezaprzeczalny fakt, że fundament jest integralną częścią wskaźnika kierunku wiatru i jest elementem wykonywanym przez dostawcę samego wskaźnika, dopuszczalnym było ujęcie fundamentu w cenie samego wskaźnika kierunku wiatru, tak jak uczyniło to Konsorcjum. Brak załączenia odrębnego kosztorysu obejmującego *Fundamenty wskaźników kierunku wiatru* nie może być powodem do uznania, że zachodzi niezgodność treści oferty z treścią siwz, brak ten może być rozpatrywany jedynie w kategoriach niezgodności co do formy a nie treści siwz. Udzielone przez konsorcjum w dniu 6.10.2015 roku wyjaśnienia w trybie 87 ust. 1 ustawy Pzp nie doprowadziły do negocjacji treści złożonej oferty, która od początku obejmowała wykonanie fundamentów wskaźników kierunku wiatru a stanowiły one jedynie potwierdzenie treści złożonej oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego cen jednostkowych w ofercie Konsorcjum w pozycji obudowy korytek odwadniających z betonu C30/37 w kwocie 4,98 zł/m³, oraz rury ochronnej (osłonowej), Fi 250 mm, PE - rury ochronne z PE100 SDR11 Fi 500*54,5 mm w kwocie 8,86 zł/m, Izba ustaliła co następuje:

W Specyfikacji Technicznej nr ST-17 w pkt 7 wskazano: Obmiar robót Jednostką obmiarową jest metr {m} ustawionego korytka z ławą betonową. W odpowiedzi na pytanie nr 53 Zamawiający podał wymiary obudowy korytek odwodnienia liniowego: „część dolna – szerokość 45 cm, wysokość 20cm, dwie części boczne – szerokość 15 cm, wysokość 20cm. Obudowa nie jest zbrojona”.

W odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców nr 431: „Prosimy o weryfikację ilości rur osłonowych na wodociągu. Zgodnie z profilami ilość rur wynosi 9+35+73,3+21+14=152,3 m, według przedmiaru poz. 32 jest 190m, prosimy o wyjaśnienie rozbieżności”, Zamawiający podał, że „Należy przyjąć 152,3m”.

W ofercie Konsorcjum podało: w poz. KNR 2-31 042-04 Obudowa korytek odwadniających z betonu C30/37 cenę jednostkową za m³ 8,40 zł, zaś w poz. KNR W-2-19 036-0101 Rury ochronne (osłonowe), Fi 250mm, PE-rury ochronne z PE100 SDR11 Fi500*54,5mm cenę jednostkową 8,86 zł/m.

Z wyjaśnień złożonych przez Przystępujące Konsorcjum, którym Odwołujący nie zaprzeczył wyniku, że koszt obudowy korytek odwadniających zostały ujęty w następujących pozycjach kosztorysowych dotyczących ułożenia korytek odwodnienia liniowego: Płyta tankowania samolotów PTS, pozycja nr 44 strona 27 oferty, droga kołowania DK C – Fragment, pozycja nr 32 strona 22 oferty, droga kołowania DK E, pozycja nr 41, strona 18 oferty, droga startowa DS., pozycja nr 63, strona nr 12 oferty.

Natomiast koszt rur ochronnych został ujęty w następujących pozycjach kosztorysowych dotyczących samego przeciągania rurociągu tj. poz. KNR 2-18 0412 -0101 „Przeciąganie rurociągów przewodowych w rurach ochronnych, rurociąg Dn 100-300mm, przeciąganie rur PE Fi 280 mm z montażem 127 kpl (..)”

Niezasadnym jest zarzut, że ceny jednostkowe w ofercie Konsorcjum w pozycji obudowa korytek odwadniających oraz rury ochronnej (osłonowe), Fi 250 mm, PE - rury ochronne z PE100 SDR11 Fi 500*54,5 mm zostały obliczone niezgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt.14.3. siwz. Wskazane przez Odwołującego postanowienie siwz dotyczy sposobu obliczenia całkowitej ceny oferty, która ma obejmować całość robót wynikających z przedmiaru robót, projektu budowlanego i wykonawczego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz warunków SIWZ i nie wyklucza możliwości dokonywania „przesunięć” w poszczególnych, ściśle ze sobą powiązanych pozycjach kosztorysowych. Istotnym jest, aby cena oferty obejmowała całość robót.

Mając na uwadze powyższe oraz przywołane brzmienie Specyfikacji Technicznej ST-17 pkt 7, że jednostką obmiarową jest m ustawionego korytka z ławą betonową, zdaniem Izby, dopuszczalnym było ujęcie kosztu betonu w ramach ceny samego ułożenia korytka, jak uczyniło to Konsorcjum. Z treści kosztorysu ofertowego wynika wprost, że w pozycjach kosztorysowych związanych z bezpośrednim ułożeniem korytek odwodnienia liniowego został zastosowany koszt betonu C30/37 o klasie ekspozycji XF4 w cenie 239/m³. Dodatkowo w ramach udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokość ceny, Przystępujące Konsorcjum wykazało, załączając stosowną ofertę dostawcy, że ma możliwość nabycia betonu o wymaganej klasie w cenie 230 zł. m³. Okoliczność ta, w ocenie Izby w sposób jednoznaczny wskazuje, że zaproponowana cena jest ceną realną.

Izba podzieliła także stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, że dopuszczalnym było ujęcie kosztów materiałów rury ochronnej Fi500 m, służącej do zabezpieczenia rurociągów w kosztach dotyczących przeciągania rurociągów przewodowych w rurach ochronnych, tak jak ujęło to Konsorcjum w złożonym kosztorysie ofertowym. Z wyjaśnień Zamawiającego oraz Przystępującego Konsorcjum wynika, że technologia wykonywania zabezpieczenia rurociągów za pomocą rur ochronnych Fi500mm PE 100 SDR11 PN16 zakłada, że zakres prac związanych z wykonaniem zabezpieczenia rurociągu obejmuje nie

tylko montaż rur ochronnych, ale również przeciąganie rurociągów przewodowych w rurach ochronnych. Słusznym i logicznym jest także stanowisko Zamawiającego, że z uwagi na to, że prace związane z przeciąganiem rurociągu są nierozdzielnie związane z montażem samych rur ochronnych ilość jednostek przeciągania rurociągu winna być równa ilości jednostek samego materiału – rury. Stąd nie istnieje zagrożenie na jakie wskazywał Odwołujący w toku rozprawy, że w przypadku zwiększenia ilości w pozycji przeciągania rurociągów przy pozostawieniu niezmiennej pozycji dotyczącej rur ochronnych, Zamawiający może być narażony na poniesienie nieuzasadnionych dodatkowych kosztów. Twierdzenie Odwołującego, że przez „przerzucenie” kosztów materiału samej rury ochronnej do pozycji przeciągania rurociągów doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji pozostało gołosłowne.

Na marginesie Izba wskazuje, że stawiając zarzut zaofierowania przez Konsorcjum ceny rażąco niskiej, Odwołujący powołał jedynie wybiórczo przez siebie wybrane dwie - spośród ponad ośmiuset pozycji kosztorysu ofertowego. Tymczasem, jak wynika z bogatego w tym zakresie orzecznictwa Izby, pod pojęciem ceny rażąco niskiej należy rozumieć cenę za całość zamówienia a nie za jej poszczególne elementy. Stąd zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 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).

Przewodniczący: