

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę

ERBUD S.A. ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Izbę Celną w Krakowie al. Krasińskiego 11B, 31-111 Kraków

orzeka:

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia z postępowania wykonawcy Budimex S.A.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Izbę Celną w Krakowie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ERBUD S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Izby Celnej w Krakowie na rzecz ERBUD S.A. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Celna w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę nowej siedziby Izby Celnej w Krakowie przy ul Pachońskiego 3” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 maja 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 098-176574. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – ERBUD S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez zaniechanie czynności zwrócenia się do Budimex S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie odrzucenia oferty złożonej przez Budimex S.A., pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 poprzez zaniechanie wykluczenia Budimex S.A. z postępowania i zaniechanie czynności uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że nie wykazał on, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu,
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 4 poprzez wezwanie Budimex S.A. w trybie art. 26 ust. 4 do wyjaśnienia treści złożonego 30 lipca 2015 r. zmienionego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości wezwanie to było niedopuszczalnym wezwaniem do uzupełnienia ww. wykazu w trybie art. 26 ust. 3,
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie wykluczenia Budimex S.A. z postępowania, pomimo że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej,
6. z ostrożności – art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie czynności wezwania Budimex S.A. do uzupełnienia wskazanych oświadczeń i dokumentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez Budimex S.A.,

3. dokonał czynności zwrócenia się do Budimex S.A. o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a jeżeli Budimex S.A. nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – dokonał czynności odrzucenia oferty Budimex S.A.,
4. dokonał czynności wykluczenia Budimex S.A. z postępowania z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu i uznał ofertę złożoną przez Budimex S.A. za odrzuconą,
5. dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że cena oferty Budimex S.A. w sposób znaczący odbiega od wartości szacunkowej, budżetu zamawiającego oraz cen pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 52.482.507,74 zł brutto, natomiast ceny ofert brutto złożonych w postępowaniu kształtowały się następująco: BUDIMEX 46.139.101,45 zł; ERBUD 57.076.985,74 zł; POLAQUA 57.089.237,50 zł; MOSTOSTAL Warszawa 58.471.130,55 zł; BALZOLA 59.963.400,04 zł; POLBAU 61.039.434,06 zł; INTER-SYSTEM 61.855.176,89 zł; NDI 61.867.060,51 zł; SKANSKA 62.271.784,21 zł; MOTA-ENGIL 62.878.688,55 zł; WARBUD 63.448.321,92 zł.

Jak wynika z powyższego zestawienia, cena wykonawcy Budimex S.A. jest istotnie niższa od cen wszystkich pozostałych ofert, a różnica między nią i następną ceną w rankingu ofert to prawie 11 mln złotych.

W ocenie odwołującego Budimex S.A. zaoferował wykonanie zamówienia po cenie nierealnej, niepokrywającej faktycznych kosztów realizacji zamówienia. Zaoferowana cena powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego, a w konsekwencji zamawiający powinien wezwać wykonawcę Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień, pomimo nieprzekroczenia progu 30 %, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przekroczenie tego progu jest tylko jednym z przypadków, w których zamawiający zobligowany jest do zbadania, czy cena nie jest rażąco niska. Nie oznacza to, że w przypadku, gdy cena oferty nie jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, zamawiający może zaniechać badania oferty. Przepis art. 90 ust. 1 nie przesądza o tym, że cena oferty nie jest rażąco niska, jeżeli nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a odniesienie się „w szczególności” do 30% wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert jest tylko (zgodnie ze znaczeniem określenia „w szczególności” przykładem możliwości (i obowiązku) takiego wezwania. Nie oznacza jednak; że zamawiający nie może wezwać wykonawcy również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny oferty będzie budziła jego wątpliwości.

Biorąc pod uwagę wątpliwości, jakie budzi oferta wykonawcy Budimex S.A., a także ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców, jak również rynkową wartość zamówienia,

uzasadnione są poważne wątpliwości dotyczące ceny zaoferowanej przez wykonawcę Budimex S.A.

Cena oferowana mu przez wykonawców jest ceną ryczałtową, a zamawiający nie wymagał załączenia do oferty kosztorysów, lecz tabel pomocniczych do ustalenia kosztów inwestycji – Wykazu Elementów Rozliczeniowych.

W ocenie odwołującego na zaoferowanie przez wykonawcę Budimex S.A. rażąco niskiej ceny zasadniczy wpływ miało zaniżenie przez niego ceny za następujące pozycje Wykazu Elementów Rozliczeniowych: poz. 1.3 kanalizacja sanitarna i deszczowa, poz. 3.1 instalacje CO i CT, poz. 3.4 instalacje wod.-kan., poz. 3.5 instalacje elektryczne wewnętrzne. Budimex S.A. wycenił ww. pozycje zdecydowanie niżej niż zamawiający i pozostali wykonawcy.

W ocenie odwołującego tak zasadnicze różnice, przekładające się jednocześnie na cenę oferty, powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do rzetelności kalkulacji wykonawcy Budimex S.A. Jest oczywiste, iż aby ustalić, czy cena całkowita jest rażąco niska, konieczna jest analiza elementów składających się na nią. Zarzut rażąco niskiej ceny rzeczywiście należy odnosić tylko do ceny całkowitej, jednak analizie pod kątem rażącego zaniżenia winny podlegać jednostkowe ceny za poszczególne prace, gdyż każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie. Nie da się bowiem określić, czy cena całkowita jest nierealna w oderwaniu od jej poszczególnych elementów. Poza tym cena oferty może być rażąco niska tylko i wyłącznie wtedy, gdy jej poszczególne składniki zostały ukształtowane na nierealnym poziomie. Gdyby składniki cenotwórcze ustalono rzetelnie i prawidłowo, to i cena całkowita byłaby prawidłowa. Dodatkowym argumentem za koniecznością wezwania wykonawcy Budimex S.A. do wyjaśnień jest również to, że różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy Budimex S.A. a średnią ceną złożonych ofert wynosi ponad 22%. Tak istotny poziom różnicy powinien wzbudzić wątpliwości zamawiającego, zwłaszcza w powiązaniu z rażącym zaniżeniem cen za ww. pozycje Wykazu Elementów Rozliczeniowych.

Bez tych wyjaśnień, w ocenie odwołującego, niedopuszczalny jest wybór oferty z ceną, która może być uznana za rażąco niską.

Zgodnie z posiadaną przez odwołującego wiedzą oraz *know-how*, wynikającymi z kilkunastoletniego doświadczenia w realizacji inwestycji i wykonania szeregu budynków użyteczności publicznej, cena zaoferowana przez Budimex S.A. istotnie odbiega od rzeczywistej wartości przedmiotowego zamówienia i nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Cena oferty odwołującego została oszacowana na podstawie kalkulacji własnych oraz ofert lokalnych podwykonawców, mających swoje siedziby w pobliżu lokalizacji przedmiotowej inwestycji, z uwzględnieniem rabatów wynikających z wieloletniej współpracy z owymi podmiotami przy realizacji podobnych inwestycji. Ponadto koszty wszystkich dostaw leżących po stronie odwołującego zostały skalkulowane z uwzględnieniem znacznych rabatów wynikających z wieloletniej współpracy z dostawcami. Należy więc założyć, że

Budimex S.A. kalkulując cenę swojej oferty nie uwzględnił w nich wielu elementów kosztotwórczych, w szczególności nie można wykluczyć, iż nie wycenił on części zakresu zamawiania lub też dokonał wyceny niezgodnie z założeniami poczynionymi przez zamawiającego. W rezultacie za zaoferowaną cenę nie będzie w stanie wykonać oczekiwanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia.

W rozdziale V pkt 1 ppkt 3.2 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy do wykonania zamówienia będą dysponowali m.in. osobą nr 2 – pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub przepisów niebędących prawem krajowym, a także posiadającą minimum pięcioletnią praktykę zawodową w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom i doświadczenie w kierowaniu budową co najmniej jednego budynku działu 12 PKOB o powierzchni użytkowej min. 7 000 m² wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi.

Z rozdziału VI pkt 1 ppkt 3 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że w celu wykazania spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawcy mieli przedstawić wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Budimex S.A. złożył wraz z ofertą żądany wykaz osób.

Zamawiający pismem z 28 lipca 2015 r. wezwał go do uzupełnienia oferty o ww. wykaz, wskazując, że wymagał przedstawienia informacji m.in. na temat wykształcenia osób podanych w wykazie. Budimex S.A. pismem z 30 lipca 2015 r. uzupełnił wykaz osób zgodnie z żądaniem zamawiającego, przy czym w uzupełnionym wykazie na stanowisko kierownika budowy (osobę nr 2) wskazał nową osobę, tj. P. C. w miejsce M. W. . Powyższa zmiana była wynikiem świadomego działania Budimex S.A., który w piśmie z 5 sierpnia 2015 r. potwierdził, że pan P. C. został wskazany jako nowa osoba mająca pełnić funkcję kierownika budowy.

Zatem Budimex S.A. samodzielnie, bez wezwania zamawiającego, uzupełnił wykaz osób w zakresie osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy i na gruncie orzecznictwa takie postępowanie wykonawcy było w pełni dopuszczalne, tj. uzupełniając wykaz osób

wykonawca może wskazać w nim inną osobę albo osoby, niż w wykazie złożonym pierwotnie. Jednak takie uzupełnienie wykazu osób oznacza, że w tym zakresie uzupełnienie ww. wykazu nie jest już możliwe. Natomiast w uzupełnionym wykazie nie wykazano, że pan P. C. spełniania wszystkie wymagania zamawiającego.

Uprawnienia budowlane pana C. zostały opisane: „uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nr Wa-18/01”. Z tego opisu nie wynika, że posiada on uprawnienia bez ograniczeń, co dostrzegł zamawiający i pismem z 3 sierpnia 2015 r. wezwał do wyjaśnienia wykazu osób w tym zakresie. Zdaniem odwołującego wezwanie do wyjaśnienia powyższej kwestii w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych było w rzeczywistości niedopuszczalnym wezwaniem do uzupełnienia wykazu osób co do osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy.

Poza tym kierownik budowy miał się legitymować doświadczeniem w kierowaniu budową co najmniej jednego budynku działu 12 PKOB, o powierzchni użytkowej min. 7 000 m² wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi.

W uzupełnionym wykazie osób na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania wskazano następujące zadanie: „02.2004 r. – 05.2005 r. Kierownik budowy modernizacji Biblioteki Uniwersytetu Warszawskiego o powierzchni użytkowej ponad 7 000 m² (w ramach realizacji budynku wykonano wszelkie niezbędne instalacje i urządzenia techniczne)”. Żadne z pozostałych zadań wskazanych w uzupełnionym wykazie nie spełnia wymagań zamawiającego, gdyż nie dotyczy kierowania budową co najmniej jednego budynku działu 12 PKOB, a ponadto w wykazie nie wskazano, że budynki posiadały powierzchnię użytkową min. 7000 m², a ich budowa obejmowała instalacje i urządzenia techniczne.

Zamawiający wymagał doświadczenia w kierowaniu budową, a nie modernizacją. Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu. a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Ustawa Prawo budowlane w ogóle nie posługuje się pojęciem modernizacji, natomiast „Słownik języka polskiego” PWN definiuje modernizację jako „unowocześnienie, uwspółcześnienie czegoś; modernizowanie”. Różnica między budową budynku a jego modernizacją jest zatem oczywista. Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu nie jest modernizacja istniejącego budynku, tylko budowa zupełnie nowego budynku. Nic zatem dziwnego, że zamawiający wymagał doświadczenia właśnie w kierowaniu budową co najmniej jednego budynku.

Odwołujący posiada informacje na temat wskazanego zadania i zgodnie z nimi powierzchnia modernizowanej Biblioteki Uniwersytetu Warszawskiego wynosi poniżej 5000 m², a zatem znacznie poniżej minimum wymaganego przez zamawiającego i znacznie mniej, niż to podał

Budimex S.A. w uzupełnionym wykazie osób. Zatem również ten element wymagania nie jest spełniony, a dotyczące go oświadczenie wykonawcy jest niezgodne z prawdą.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem to wykonawca ma obowiązek wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli tego nie uczyni, to podlega wykluczeniu z postępowania. W świetle ustawy nie ma zatem żadnego domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Nie ma przy tym znaczenia, czy obiektywnie dany wykonawca spełnia postawiony przez zamawiającego warunek, jeżeli tego nie wykazał w wymagany przez zamawiającego sposób. Zamawiający nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert do liberalizowania czy odstępowania od ustalonych przez siebie wymagań.

Budimex S.A. nie wykazał spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu w wymagany przez zamawiającego sposób, tj. poprzez złożenie uzupełnionego wykazu osób zawierającego niezbędne informacje na temat uprawnień budowlanych i doświadczenia zawodowego pana P. C., a nie jest możliwe wezwanie wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób. Przy tym dokonane przez zamawiającego wezwanie do wyjaśnień stanowi próbę obejścia zakazu wielokrotnego wzywania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie może zostać zaakceptowane, ponieważ instytucja wyjaśnień nie może służyć uzupełnianiu brakujących informacji. Takie działanie może i powinno być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zadanie wskazane przez Budimex S.A. w uzupełnionym wykazie, tj. modernizacja Biblioteki Uniwersytetu Warszawskiego o powierzchni użytkowej ponad 7 000 m², nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem nie polegało na kierowaniu budową co najmniej jednego budynku działu 12 PKOB, o powierzchni użytkowej min. 7 000 m², gdyż faktycznie powierzchnia użytkowa modernizowanej biblioteki wynosi poniżej 5000 m². Tym samym wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z orzecznictwa wynika, że informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością. Jednocześnie nie ma wątpliwości co do tego, że złożenie przez Budimex S.A. nieprawdziwych informacji do co doświadczenia pana C. ma wpływ, a przynajmniej może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wskutek złożenia nieprawdziwych informacji zamawiający uznał bowiem, że wykonawca spełnia warunek

dotyczący dysponowania osobą na stanowisko kierownika budowy i w rezultacie dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Gdyby wykonawca w wykazie podał prawdziwe informacje co do doświadczenia pana C., w szczególności co do rzeczywistej powierzchni użytkowej modernizowanej Biblioteki Uniwersytetu Warszawskiego, to nie wykazałby spełniania warunków udziału w postępowaniu i zostałby wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą.

W ocenie odwołującego przedłożenie nieprawdziwych informacji było wynikiem zawinionego działania wykonawcy, który samodzielnie sporządził wykaz osób i samodzielnie zamieścił w nim nieprawdziwe informacje, również uzupełnienie wykazu osób co do kierownika budowy było własną inicjatywą wykonawcy. Co więcej, pan C. jest pracownikiem Budimex S.A., a zatem wykonawca ten bez wątplenia wie, jaki był faktycznie zakres modernizacji Biblioteki Uniwersytetu Warszawskiego, zwłaszcza co do powierzchni użytkowej. Nie sposób przyjąć też, aby profesjonalny wykonawca, uczestniczący w szeregu postępowań o udzielenie zamówień publicznych i zawodowo zajmujący się budową budynków użyteczności publicznej, mógł pomylić się i to tak istotnie, określając rzekomą powierzchnię użytkową. Zasady doświadczenia życiowego wskazują, że wykonawca świadomie i celowo podał nieprawdziwe informacje w uzupełnionym wykazie osób, chcąc wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać podwyższoną staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności. Z powyższego wynika obowiązek zapewnienia przez wykonawcę, by podawane przez niego informacje i składane dokumenty zostały odpowiednio zweryfikowane, co w niniejszej sprawie było obiektywnie łatwe.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, iż z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że, aby zamawiający mógł wezwać do wyjaśnienia poziomu ceny, muszą zostać spełnione łącznie dwie przesłanki – cena musi wydawać się rażąco niska oraz budzić wątpliwości zamawiającego. Zamawiającemu cena nie wydawała się rażąco niska i nie budziła jego wątpliwości.

Wskazał, iż wartość zamówienia wycenił na 42.668.705,48 zł netto. Oferta spółki Budimex opiewała na cenę 46.139.101,45 zł brutto, więc była podobna do ustalonej wartości szacunkowej. Wartość szacunkowa brutto wynosi 52.482.507,74 zł i taką kwotę zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, o czym poinformował wykonawców (VAT dla niniejszego zamówienia to 23%). Wobec powyższych kwot, zdaniem zamawiającego,

cena oferty spółki Budimex jest niższa, ale nie można mówić o rażącej dysproporcji, a tym samym o rażąco niskiej cenie.

Odwołujący wskazał, że na cenę spółki Budimex wpływ miały cztery pozycje tabeli elementów rozliczeniowych, jednak zamawiający – po porównaniu kwot wskazanych w poszczególnych ofertach – stwierdził, że: jeśli chodzi o kanalizację sanitarną i deszczową oferta spółki Skanska ma wartość zbliżoną do wartości tej pozycji w ofercie spółki Budimex; jeśli chodzi o instalację CO i CT oraz instalacje wod-kan oferta spółki NDI ma wartość niższą, a przy instalacjach elektrycznych wewnętrznych wartość niższą na oferta spółki Inter-System. Zatem porównując oferty można stwierdzić, że są oferty o elementach zbliżonych, niższych i wyższych. Nie zachodziła więc żadna przesłanka do wezwania spółki Budimex do wyjaśnień.

Wykaz elementów rozliczeniowych ma charakter pomocniczy, który dopiero później będzie podstawą do innych obliczeń. Wykonawcy też mogli inaczej obejmować zakresem pewne roboty.

Kosztorisy inwestorskie bazują na cenach z Sekocenbudu, więc kwota została ustalona na podstawie danych rynkowych.

Nie zgodził się z zarzutem odwołującego, że wezwanie z 3 sierpnia 2015 r. było nieuprawnione. Budimex S.A. samodzielnie uzupełnił dokument bez wezwania zamawiającego i z formalnego punktu widzenia zawiera on wszystkie informacje wymagane przez zamawiającego. Zamawiający powziął wątpliwości co do uprawnień, gdyż z prawa budowlanego wynika, że uprawnienia mogą być bez ograniczeń lub ograniczone. Nie można się zgodzić, że było to wezwanie do uzupełnienia. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych można wzywać tylko do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do nieprawdziwych informacji – zarzut ten pozostawił uznaniu Izby.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego czynności zwrócenia się do wykonawcy Budimex S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 42.668.705,48 netto, tj. 52.482.507,74 zł brutto na podstawie kosztorysów inwestorskich. Taką też kwotę (52.482.507,74 zł) zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W postępowaniu zostało złożonych jedenaście ofert z cenami brutto kolejno: BUDIMEX 46.139.101,45 zł; ERBUD 57.076.985,74 zł; POLAQUA 57.089.237,50 zł; MOSTOSTAL Warszawa 58.471.130,55 zł; BALZOLA 59.963.400,04 zł; POLBAU 61.039.434,06 zł; INTER-SYSTEM 61.855.176,89 zł; NDI 61.867.060,51 zł; SKANSKA 62.271.784,21 zł; MOTA-ENGIL 62.878.688,55 zł; WARBUD 63.448.321,92 zł.

Z powyższego zestawienia wynika jednoznacznie, że cena oferty Budimex S.A. jest niższa od kolejnej oferty o prawie 11 mln zł brutto, co przy cenach rzędu 46-63 milionów jest kwotą istotną. Przy czym pozostałe oferty, przy takiej ich liczbie oraz dość dużej porównywalności cen (rozbieżność maksymalna między nimi to 6,4 mln, czyli kilkanaście procent), mogą być uznane za odzwierciedlenie „ceny rynkowej” dla niniejszego zamówienia.

Zdaniem Izby (nie przesądzając na tym etapie, czy jest, czy nie jest rażąco niska) cena oferty Budimex S.A. powinna była wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do jej rynkowego charakteru i wątpliwości te – ze względu na powyższe porównanie cen – byłyby uzasadnione. Tym samym Izba uznała powyższy zarzut odwołującego za uzasadniony stwierdzając, że w zaistniałym stanie faktycznym zamawiający powinien był wezwać wykonawcę Budimex S.A. do wyjaśnień dotyczących ceny, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi: „jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”

Zdaniem Izby różnica pomiędzy cenami firmy Budimex S.A. a cenami kolejnych ofert jest na tyle duża, że powinna stanowić dla zamawiającego wyraźny znak, że należy jej się przyjrzeć dokładniej. Pomędzy cenami tymi jest bowiem tak wyraźny dysonans, że zamawiający nie może przejść nad nim do porządku dziennego bez żadnych wątpliwości i wyjaśnień. Zaś to, że różnica pomiędzy ceną oferty Budimex S.A. a średnią cen pozostałych ofert czy pomiędzy tą ceną a wartością zamówienia nie przekracza 30%, o których mowa w przepisie, nie stanowi usprawiedliwienia dla braku działania ze strony zamawiającego. W każdym bowiem okolicznościach jest on zobowiązany do staranności w działaniu, a zwłaszcza wyborze oferty najkorzystniejszej.

Owszem, ustawodawca wskazał 30%, bo jakąś wartość progową musiał przyjąć jako obowiązkową (przy tym 30% to bardzo duża różnica), jednak nie oznacza to, że poniżej tej wartości zamawiający jest zwolniony od samodzielnej analizy ofert.

Należy przypomnieć, że treść art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych brzmi: „jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia (...), w szczególności jest niższa o 30% od (...) zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień...”.

Treść ta, chociaż językowo jest bardziej skomplikowana od poprzedniej wersji tego przepisu, w istocie oznacza tę samą konstrukcję (poza wskazaniem konkretnej granicy, po przekroczeniu której zamawiający co do zasady nie może odstąpić od żądania wyjaśnień).

W skrócie – zamawiający zwraca się o wyjaśnienia w przypadku, kiedy cena oferty „jest podejrzanie niska”, przy przyjęciu kryteriów w miarę zobiektywizowanych „rozsądnie myślącego profesjonalisty”. Przy czym w przypadku, kiedy zamawiający, kierując się logiką i doświadczeniem życiowym, takie podejrzanie powinien był powziąć, nie może tłumaczyć się, że „mu się tak nie wydawało” i „nie powziął wątpliwości”. Każdy bowiem zamawiający subiektywnie może prezentować inny poziom ufności do wyliczeń wykonawców oraz braku strachu o prawidłowe wykonanie zamówienia, jednak jego działanie zawsze będzie rozpatrywane i oceniane jako prawidłowe lub nieprawidłowe przy zastosowaniu zobiektywizowanej i uśrednionej miary.

Jak wskazał zamawiający, cena oferty Budimex S.A. (46.139.101,45 zł brutto) wydała mu się podobna do wartości szacunkowej zamówienia (42.668.705,48 zł netto i 52.482.507,74 zł brutto) – Izbie te kwoty nie wydają się szczególnie zbliżone czy podobne – różnica 6 milionów przy takim poziomie cen nie jest tak zupełnie bagatelna. Tym bardziej, że jeszcze

większy dysonans widać pomiędzy ceną oferty Budimex S.A., a cenami pozostałych ofert. Zdaniem Izby nie można tego stanu faktycznego zignorować bez żadnych wyjaśnień.

Co do kwestii poszczególnych pozycji tabeli elementów rozliczeniowych (odwołujący wskazał tu cztery pozycje, które były według niego szczególnie zaniżone, a zamawiający podniósł, że po porównaniu kwot wskazanych w poszczególnych ofertach stwierdził, iż oferta spółki Skanska, spółki NDI oraz spółki Inter-System ma podobną lub niższą wycenę w przynajmniej jednej z tych pozycji, a zatem nie zachodziła żadna przesłanka do wezwania spółki Budimex do wyjaśnień) – Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego.

Oczywiście, nie jest sporne to, że w niektórych ofertach poszczególne pozycje wyceniono na niższym poziomie, jednak, jak wynika z zaprezentowanego powyżej zestawienia, oferty owych trzech spółek (Skanska, NDI i Inter-System) należą do najdroższych złożonych w postępowaniu (wszystkie opiewają na ok. 62 mln zł) i są od oferty Budimex o ok. 16 mln wyższe. Nie może być to zatem argument o prawidłowości ceny oferty Budimex.

Co do cen jednostkowych czy – w tym przypadku – wartości częściowych (pozycji wykazu elementów rozliczeniowych) dla porządku Izba pragnie wskazać, że oczywiście obowiązuje tu ogólna zasada, iż ocenia się całą cenę oferty – i ta globalna cena oferty Budimex S.A. różni się znacząco od globalnych cen innych ofert.

W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający rzeczywiście zaniechał wezwania spółki Budimex do wyjaśnień w zakresie ceny. Biorąc jednak pod uwagę, że wykonawca ten podlega wykluczeniu, nie nakazała wezwania go do wyjaśnień.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Budimex S.A. ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, a tym samym niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nie było sporne, że zamawiający w ramach warunku udziału w postępowaniu wymagał dysponowania osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej

obowiązujących przepisów lub przepisów niebędących prawem krajowym, a także posiadającą minimum pięcioletnią praktykę zawodową w zakresie odpowiadającym posiadanym uprawnieniom i doświadczenie w kierowaniu budową co najmniej jednego budynku działu 12 PKOB o powierzchni użytkowej min. 7 000 m² wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi (rozdział V pkt 1 ppkt 3.2 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Budimex S.A. w złożonym przez siebie wykazie wymienił pana M. W., jednak wezwany do uzupełnienia dokumentu, wskazał na to stanowisko pana P. C..

Z jakiego powodu wykonawca dokonał tej zmiany – gdyż zamawiający nie kwestionował kwalifikacji tej osoby, a jedynie żądał podania w stosunku do wszystkich osób informacji o wykształceniu – nie wiadomo i, zdaniem Izby, nie jest to istotne, liczy się bowiem fakt samego dokonania tej zmiany i to, że od chwili jej dokonania to kwalifikacje pana C. są brane pod uwagę.

W ramach wymaganego doświadczenia w wykazie wskazano zadanie „02.2004 r. – 05. 2005 r. Kierownik Budowy Biblioteki Uniwersytetu Warszawskiego o powierzchni użytkowej ponad 7.000 m² (w ramach realizacji budynku wykonano wszelkie niezbędne instalacje i urządzenia techniczne)”. Jako pozostałe realizacje wskazano funkcję kierownika budowy Parku Mokotów oraz czterech osiedli mieszkaniowych.

Z wykazu (opisu inwestycji) wynika więc jednoznacznie, że tylko pierwsza realizacja miała na celu wykazanie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

Należy przyznać rację odwołującemu, że Budimex S.A. nie wykazał spełnienia tego warunku. Izba uznała za udowodnione, że Biblioteka UW nie posiada wymaganej powierzchni. Odwołujący jako dowód w tym zakresie przedstawił dwa dokumenty:

1. kserokopię listu referencyjnego, jaki Uniwersytet Warszawski wystawił spółce Budimex Dromex S.A. po wykonaniu robót związanych z „modernizacją i adaptacją na cele dydaktyczne budynku dawnej Biblioteki Głównej Uniwersytetu Warszawskiego” oraz
2. załącznik nr 2 do Protokołu nr 12 posiedzenia w dniu 2 marca 2005 r. Komisji Senackiej ds. Organizacji i Rozwoju Uniwersytetu Warszawskiego – sprawozdanie z wykonania inwestycji i ważniejszych remontów w 2004 roku (część I) – wydruk lub kserokopia, dokument ten wymienia wśród inwestycji modernizację i adaptację na cele dydaktyczne budynku dawnej Biblioteki Głównej UW.

Z dokumentów tych wynika jednoznacznie, iż budynek biblioteki posiada powierzchnię użytkową (lub ogólną) 4 360 m². Co prawda w różnych miejscach pojawia się informacja o powierzchni użytkowej i ogólnej o tej samej wielkości, jednak zdaniem Izby wskazanie powierzchni ogólnej jest wynikiem błędu (pojawia się rzadziej niż powierzchnia użytkowa),

a poza tym nie ma znaczenia, gdyż nawet jeśli chodziłoby o powierzchnię ogólną, to użytkowa byłaby jeszcze mniejsza.

Autentyczność ani treść tych dokumentów nie była kwestionowana przez zamawiającego. Zamawiający nie przedstawił też żadnych kontrdowodów.

Tym samym Izba uznała za udowodniony fakt, że Biblioteka UW nie posiada wymaganej powierzchni użytkowej 7000 m², a tym samym wykonawca po pierwsze przedstawił zamawiającemu nieprawdziwą informację oraz nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że informacja ta nie znalazła się w wykazie jedynie „przypadkiem”. Uznała także, że nie jest ona wynikiem niejednoznacznego opisu warunku przez zamawiającego – jest on zdaniem Izby jasny i jednoznaczny. Przy tym ma rację odwołujący, że Budimex S.A. jako wykonawca tej inwestycji i pracodawca pana C. musiał znać tak istotne cechy realizowanych robót.

Przy tym zamieszczenie tej informacji ma wpływ na wynik postępowania (wybór oferty Budimex S.A.), która to oferta powinna być odrzucona, a sam wykonawca wykluczony z postępowania w związku z niespełnieniem warunku.

Co do samego zakresu zadania – w wykazie Budimex S.A. wskazał na „modernizację”, a w opisie zadania w liście referencyjnym wskazano „modernizację i adaptację”. Zamawiający zaś w ramach warunku wymagał doświadczenia w kierowaniu budową budynku.

Ma tu więc zastosowanie definicja budowy zawarta w art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którą przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego (czyli budowę nowego budynku), a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (w przypadku niniejszego zamówienia: budynku).

Natomiast samo pojęcie modernizacji, czyli unowocześnienia, czy adaptacji, czyli przystosowania, choć jest powszechnie używane jako potoczne określenie robót, wskazuje na cel, a nie na sam zakres robót budowlanych.

Zatem pojęcia te należy przełożyć na pojęcia Prawa budowlanego, czyli czy w rzeczywistości był to remont, przebudowa, odbudowa, rozbudowa, nadbudowa budynku (zdefiniowane w art. 3 pkt 6, 7a i 8 ustawy Prawo budowlane).

Przy czym ani remont, ani przebudowa nie mieszczą się w ramach warunku.

Z krótkiego opisu głównych prac zawartych w liście referencyjnym wystawionym przez Uniwersytet Warszawski wynika, zdaniem Izby, że był to remont (takiego określenia użyto też w liście), ewentualnie z elementami przebudowy. Lecz dla jednoznacznego ustalenia zakresu robót kwestię tę należałoby poddać bardziej szczegółowej analizie. Przy tym jest to

budynek zabytkowy, którego z zasady się nie rozbudowuje ani nie nadbudowuje, tym bardziej w grę nie wchodziła odbudowa czy budowa nowego obiektu.

Nie ma to jednak obecnie znaczenia, gdyż informacje te nie zostały przedstawione zamawiającemu, ale Izbie podczas rozprawy.

Jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący, Budimex S.A. w wykazie określił roboty jako „modernizację”, z którego to określenia zupełnie nie można wywnioskować, czy przedstawione roboty spełniają wymogi warunku, a doświadczenie życiowe wskazuje, że raczej nie. Tym samym bez dodatkowego uzupełnienia dokumentu nie można uznać, że wykazuje on spełnienie warunku.

Przy tym Izba w tym zakresie nie uznała informacji za nieprawdziwą (nie było też takiego zarzutu), gdyż Budimex S.A. nie wskazał, że chodziło o budowę.

Co do zarzutu nieprawidłowego wezwania Budimex S.A. do wyjaśnień w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych pana C. Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Budimex S.A. wskazał w uzupełnionym wykazie, że pan C. posiada „uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nr Wa-18/01”, nie określając, czy są to uprawnienia bez ograniczeń, jak wymagał tego zamawiający i jak podano przy pozostałych osobach.

Niewątpliwie najlepiej by było, gdyby wykonawca wskazał na tę okoliczność wprost w wykazie i może budzić wątpliwości, czy w związku z tym brakiem zamawiający powinien wzywać do wyjaśnień zamiast uzupełnienia dokumentu – który był już uzupełniany. Zamawiający bowiem, jak sam wskazał, chciał mieć pewność, że chodzi o uprawnienia bez ograniczeń, a nie ograniczone.

Często jasne jest, czy w danej sytuacji dokument należy uzupełnić, czy wyjaśnić. Jednak istnieją sytuacje, kiedy granica pomiędzy instytucjami uzupełniania i wyjaśniania dokumentów jest ciężka do uchwycenia. Taka sytuacja ma miejsce tutaj.

Izba uznała jednak w tej sytuacji, że decyzji o skorzystaniu z wyjaśnień zamiast z uzupełnienia (które było niedozwolone) nie można uznać za jednoznacznie błędną. Tym bardziej, że ze wskazanego poziomu wykształcenia (wyższe) oraz opisanych realizacji (funkcja kierownika robót m.in. przy budowie osiedli mieszkaniowych) wynika, że nie mogły to być uprawnienia ograniczone. Tym samym było to raczej upewnienie się co do informacji, niż uzyskanie informacji nowej.

W związku z powyższym Izba orzekła 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. 2 pkt 2, § 3 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).

Przewodniczący: