

Sygn. akt: KIO/UZP 1479/10

Sygn. akt: KIO/UZP 1489/10

WYROK

z dnia 29 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

**Członkowie: Justyna Tomkowska
Paweł Trojan**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **16 lipca 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

- A. Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa,**
- B. Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademię Sztuk Pięknych im. Władysława Strzemińskiego w Łodzi, ul. Wojska Polskiego 121, 91-726 Łódź** protestów:

- A. Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa z dnia 25 czerwca 2010 r.,**
- B. Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa z dnia 24 czerwca 2010 r.**

orzeka:

- 1. oddala oba odwołania,**
- 2. kosztami postępowania obciąża:**
 - A. Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa,**
 - B. Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa,**
 - B. koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A. kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa** na rzecz **Akademii Sztuk Pięknych im. Władysława Strzemińskiego w Łodzi, ul. Wojska Polskiego 121, 91-726 Łódź,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B. kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** na rzecz **Akademii Sztuk Pięknych im. Władysława Strzemińskiego w Łodzi, ul. Wojska Polskiego 121, 91-726 Łódź,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **35 556 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A. kwoty **17 778 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa,,**
 - B. kwoty **17 778 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego - Akademię Sztuk Pięknych im. Władysława Strzemińskiego, w trybie przetargu ograniczonego na wybór wykonawcy na budowę dwóch projektów: „Budowa Centrum Nauki i Sztuki Akademii Sztuk Pięknych im. Wł. Strzemińskiego w Łodzi” oraz „Centrum Promocji Mody - Klaster branży tekstylno - odzieżowej - infrastruktura” wykonawca Warbud S.A. złożył protest na:

1. nieuzasadnione wykluczenie Warbud S.A. i odrzucenie jego oferty z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2, 24 ust. 4, 45 ust. 6 pkt 3, a także art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”),
2. zaniechanie przez zamawiającego czynności, polegających na nieodrzczeniu oferty konsorcjum Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. (dalej „konsorcjum Budimex”) i jego wykluczenia, pomimo tego, że wykonawca ten nie udzielił wyjaśnień stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wyborze oferty tegoż wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo istnienia przesłanek odrzucenia tej oferty i wykluczenia wykonawcy, z naruszeniem art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
3. dokonanie czynności wbrew przepisom ustawy, polegającej na wyborze oferty wykonawcy podlegającej odrzuceniu, z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty, unieważnienie czynności wykluczenia i odrzucenia jego oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, wykluczenie konsorcjum Budimex i odrzucenia jego oferty, jak również dokonanie wyboru oferty Warbud S.A. jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu protestu, odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum Budimex, protestujący Warbud S.A. jako uzasadnione ocenił to, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający powziął wątpliwość, czy cena zaoferowana przez konsorcjum Budimex jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ ceny przedstawione przez tego wykonawcę w wielu pozycjach budzą wątpliwości, czego przykładem jest wartość pozycji 1.12 Inne - pozostałe koszty niewyszczególnione poniżej, w której zamawiający - zgodnie z pismem z dnia 07.05.2010 r. nakazał uwzględnić (odpowiedź na pytanie nr 23) koszt budynku Zaplecza Technicznego o pow. całkowitej 246,55 m². Suma pow. całkowitej CPM, CNiS oraz Zaplecza Technicznego wg SIWZ pkt 4.1 (5 077,77 m² + 3 367,86 m² + 246,55 m²) wynosi 8 692,18 m². Wskazał, że przy wartości całości wg cen przedstawionych przez konsorcjum Budimex wynoszącej 32.253.383,24 zł netto, budynek zaplecza stanowi ok. 3% tej ceny, a zatem pozycja 1.12 powinna kosztować

ok. milion złotych, gdy tymczasem w pozycji 1.12 konsorcjum Budimex wpisało wartość 120.059,49 zł.

Warbud S.A. załączył do protestu kosztorys sporządzony w oparciu o ceny zamieszczone dla województwa łódzkiego w zeszycie 19/2010 Informacji o cenach materiałów budowlanych Sekocenbud, z którego wynika, że przy uwzględnieniu najniższych narzutów i stawek wartość robót dotyczących Zaplecza powinna wynosić 972.138,96 zł.

Warbud S.A. wskazał, że zamawiający, wzywając konsorcjum Budimex do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny zaoferowanej w ofercie z uwzględnieniem wszystkich elementów cenotwórczych, zażądał w szczególności wyjaśnienia następujących elementów: przedstawienie szczegółowej kalkulacji poszczególnych pozycji składających się na CNiS - roboty budowlane, branżę instalacji sanitarnej oraz branżę instalacji elektrycznej i elektroenergetycznej oraz przedstawienie szczegółowej kalkulacji poszczególnych pozycji składających się na CPM - roboty budowlane, branżę instalacji sanitarnej oraz branżę instalacji elektrycznej i elektroenergetycznej.

Podał, że w odpowiedzi, oprócz wielu zapewnień o prawidłowości wyceny, konsorcjum Budimex przedstawiło kalkulację dla pozycji 1.4.1 Załącznika nr 1 do formularza budynek CNiS - Konstrukcja kondygnacji 1 (żelbet / mury) o wartości 1 740 844,92 zł z rozbiem jedynie na koszt materiału i koszt robocizny i sprzętu oraz w ten sam sposób sumę pozycji 1.4.1, 1.5.1, 1.6.1 oraz 1.7.1 - pozycje te dotyczą konstrukcji budynku CNiS bez fundamentów (suma 2 803 736,94 zł), nie przedstawiając żadnych innych wyjaśnień dotyczących robót budowlanych.

Warbud S.A. podkreślił, że kalkulacja przedstawiona przez konsorcjum Budimex w zakresie robót budowlanych obejmuje jedynie roboty o łącznej wartości 2.803.736,94 zł, co stanowi 19% wartości tego zakresu prac, co w konsekwencji, zdaniem Warbud S.A., oznacza, że konsorcjum Budimex nie przedstawiło żadnych kalkulacji cen dotyczących ponad 80% zakresu prac w dziale Roboty budowlane.

Podobnie konsorcjum Budimex postąpiło przy udzielaniu wyjaśnień dotyczących cen ofertowych budynku CPM, odnośnie którego przedstawił jedynie kalkulację dla pozycji 1.2.1 Załącznika nr 2 do formularza budynek CNiS - Konstrukcja kondygnacji 1 (żelbet / mury) o wartości 798.101,48 zł z rozbiem jedynie na koszt materiału i koszt robocizny i sprzętu oraz w ten sam sposób sumę pozycji 1.2.1 oraz 1.3.1 - pozycje te dotyczą konstrukcji budynku CPM, co dało łączną wartość 1.645.346,39 zł, nie przedstawiając żadnych innych szczegółowych kalkulacji cen, pomimo że łączna wysokość cen ofertowych tego wykonawcy w dziale Roboty Budowlane budynku CPM wynosi 4.715.420,10 zł. W ocenie Warbud S.A. oznacza to, że konsorcjum Budimex udzieliło wyjaśnień dotyczących zaledwie 35% cen tego zakresu prac, nie odnosząc się w żaden sposób do innych pozycji z działów Roboty budowlane.

Warbud S.A. stwierdził, że konsorcjum Budimex dla budynku CNiS przedstawiło wyjaśnienia dla 4 z 32 pozycji składających się na dział Roboty budowlane, dla budynku CPM odpowiednio 2 z 18, natomiast w odniesieniu do branży sanitarnej przedstawił z rozbiem na składniki R, M i S pozycje składające się na ten dział, dla branży elektrycznej zaś przedstawiło wyłącznie ceny „wybranych głównych materiałów” składających się na wartość robót tej branży bez zestawienia R i S.

Warbud S.A. powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 listopada 2007 r. o sygn. akt: UZP/ZO/0-1371/07, z dnia 25 lipca 2006 r. o sygn. akt UZP/ZO/0-2116/06, z dnia 6 marca 2006 r. o sygn. akt: UZP/ZO/ 0-592/ 06, z dnia 26 lipca 2006 r. o sygn. akt: UZP/ZO/0-2105/06 oraz z dnia 11 maja 2006 r. o sygn. akt: UZP/ZO/0-1332/06.

Z uwagi na złożenie jedynie częściowych wyjaśnień, i to dotyczących zdecydowanie mniejszej części zakresu określonego w wezwaniu, zamawiający nie mógł - w ocenie Warbud S.A. - uznać tych wyjaśnień za dostateczne, a co za tym idzie zamawiający nie miał podstaw prawnych do dokonania wyboru oferty konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej.

Zamawiający uwzględnił protest Warbud S.A. w części dotyczącej naruszenia art. 24 ust. 2, 24 ust. 4 i 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp oraz oddalił w części dotyczącej naruszenia art. 90 ust. 1, 90 ust. 3 oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wyjaśnił, że jego wątpliwości wzbudziła rozbieżność zaoferowanej ceny w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, określonej przez zamawiającego, a także w relacji do cen ofertowych innych wykonawców.

Uznał, że konsorcjum w sposób obszerny wskazało elementy, które pozwoliły na zaoferowanie danego wynagrodzenia, tj.:

- przyjęcie przez zamawiającego równoległej realizacji budynków CNiS i CPM, co pozwoliło wykonawcy odpowiednio zoptymalizować koszty kadry zarządzającej skierowanej do przedmiotu zamówienia oraz na racjonalne rozłożenie współczynników kształtowania cen,
- przyjęty system logistyki obejmujący dostawy, wykorzystanie maszyn, istnienie biura zakupów centralnych oraz przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny w zakresie robót dotyczących instalacji elektrycznej i sanitarnej oraz podstawowe elementy dla robót budowlanych.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, iż wycena dla pozycji 1.12 Inne pozostałe koszty jest zaniżona. Wyjaśnił, że przeanalizował wszystkie oferty w tym zakresie i każdy z wykonawców odmiennie ją skalkulował: np. Mostostal Warszawa S.A. wycenił tą pozycję na 0 zł, Warbud S.A. na 1.259.345,87 zł, Strabag Sp. z o.o. na 605.720,74 zł, Skanska S.A. na 51.263 ,56 zł, John Sisk & Son Ltd na 2.270.675,40 zł, Pol - Aqua S.A. na 377.576,88 zł. Zdaniem zamawiającego zestawienie to wskazuje, iż w tym zakresie istnieje

duża rozbieżność odnośnie wyceny tej pozycji i to w istocie swej stanowi dowód, że każdy z wykonawców inaczej wyceniał zakres robót w tej pozycji i przyjmował inne zakresy i rodzaje tych robót, a tym samym nie można przyjąć, iż w tej części nastąpiło zniżenie wynagrodzenia.

Zamawiający wskazał, że odwołanie się do cen SEKOCENBUD dla wyceny tej pozycji jest chybione z uwagi na okoliczność odmiennej wyceny tej pozycji przez każdego z wykonawców - przyjmowanie innych zakresów robót i ich rodzajów.

Zamawiający podał nadto, że odnosząc wartość oferty konsorcjum Budimex w kwocie 32.253.383,24 zł netto do wartości szacunkowej zamawiającego, różnica wynosi 19.741.846,14 zł. Natomiast do średniej wartości ofert złożonych do innych wykonawców różnica wynosi 2,195.639,89 zł.

W ocenie zamawiającego przedstawione wartości wskazują, iż przedmiotowa różnica w cenach nie jest duża i ma charakter porównywalny. W ujęciu procentowym zestawienia wartości prac elektrycznych w ofercie konsorcjum Budimex w stosunku do wartości szacunkowej wynosi odpowiednio 72,15% - CNIŚ i 80,97% - CPM, w zakresie instalacji sanitarnych wynosi odpowiednio 67,21% - CNIŚ i 101,20% - CPM, natomiast w zakresie robót budowlanych: 48,15% - CNIŚ i 123,34% - CPM. W zestawieniu procentowym do średniej wartości złożonych ofert wartość robót w zakresie instalacji elektrycznych wynosi 89,71%- CNIŚ, 108,77% - CPM, w zakresie robót instalacyjnych 106,15% - CNIŚ i 98,26% - CPM, w zakresie robót budowlanych 93,24% - CNIŚ i 69,04% - CPM.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że wartość całej kwoty oferty konsorcjum Budimex stanowi 91,76% średniej wartości złożonych ofert.

W odwołaniu Warbud S.A. ponowił zarzuty zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty konsorcjum Budimex i jego wykluczenia oraz dokonania czynności wyboru oferty tego wykonawcy oraz odnosząca się do nich argumentację.

Dodatkowo Warbud S.A. podkreślił, że każdy spośród wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia to podmioty od wielu lat prowadzące działalność w branży budowlanej, posiadające tzw. centralne biuro zakupów, pulę sprawdzonych podwykonawców, czy doświadczoną kadrę, a także wykonujące w tym samym czasie inne inwestycje. Uznał, że choć są to czynniki, które wpływają na obniżenie oferowanego wynagrodzenia, to jednak nie uzasadniają bezpośrednio ceny zamieszczonej w ofercie, nie mogą bowiem stanowić wystarczającego wyjaśnienia co do obiektywnych czynników, które uzasadniałyby zastosowanie określonej ceny.

Warbud S.A. wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający uznał, że przedstawienie ogólnych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny przez innego wykonawcę - Mostostal Warszawa S.A. nie może zostać zaakceptowane jako pozbawione jakichkolwiek

dowodów uzasadniających poziom zaoferowanej ceny (wykonawca ten również został wezwany do przedłożenia szczegółowych kalkulacji zaoferowanej przez siebie ceny i w swoich wyjaśnieniach powołał się na centralną realizację zakupów, sprawdzonych kontrahentów, a także obecną rzeczywistość gospodarczą, bez określenia jednak, w jakim stopniu czynniki te wpływają na cenę zamieszczoną w ofercie), dlatego też w ocenie Warbud S.A. przyjęcie przez zamawiającego, że wyjaśnienia konsorcjum Budimex odpowiadają jego wezwaniu, wobec jednoczesnego przyjęcia, że podobne wyjaśnienia Mostostal Warszawa S.A. tożsamemu wezwaniu nie odpowiadają, stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W tym samym postępowaniu wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Budimex,
2. odrzuceniu oferty protestującego,
3. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty protestującego

protest złożył wykonawca Mostostal Warszawa S.A. (dalej Mostostal S.A.), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 90 w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mostostal S.A. wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Budimex oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,
2. unieważnienie decyzji w sprawie odrzucenia oferty Mostostal S.A.,
3. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mostostal S.A.

W uzasadnieniu protestu Mostostal S.A. w celu wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion rażąco niskiej, w ramach porównania przedstawił różnice między cenami oferowanymi przez wybranych wykonawców a budżetami zamawiających w innych postępowaniach prowadzonych w zakresie robót budowlanych, gdzie różnice te wahały się pomiędzy 48,57 a 59,60 %.

Podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu budżet zamawiającego wynosił 50.770.254.00 zł brutto (taka kwotę podał zamawiający podczas otwarcia ofert), a cena zaproponowana w ofercie Mostostal S.A. - to 35.330.821.62 zł brutto, co stanowi 69.59 % wskazanego budżetu, a zatem zaledwie 30% mniej od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Zwrócił także uwagę, iż cena następnej w kolejności oferty złożonej przez konsorcjum Budimex wyniosła: 39.349.127.55 zł brutto, co stanowi różnicę w przybliżeniu zaledwie 7.9 % w stosunku do ceny oferty złożonej przez Mostostal S.A. Podał, że przypadku dwóch kolejnych ofert różnice procentowe w ich cenach wobec ceny zaproponowanej przez

Mostostal S.A. wyniosły: 14.03 % (Warbud SA) i 16.66% (Konsorcjum: John Sisk & Son Ltd. Budbaum S.A.. Tiwwal Sp. z o. o.), co w ocenie Mostostal S.A. wskazuje, iż ceny pozostałych wykonawców są do siebie zbliżone.

Zdaniem Mostostal S.A. pomimo wystąpienia różnicy między zaoferowaną ceną a wartością szacunkową zamówienia - nie była ona znacząca, a mając na uwadze ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, zamawiający nie miał podstaw do twierdzenia, iż cena ta nosi znamiona rażąco niskiej, nie miał więc podstaw do wzywania go do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Mostostal S.A. wskazał, że wynagrodzenie ma w przedmiotowym postępowaniu charakter ryczałtowy, a zamawiający nie wymagał w SIWZ składania kosztorysów szczegółowych, a jedynie podania, niezależnie od całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego, składające się na nie wynagrodzenie za budowę dwóch centrów.

Wyjaśnił, że podał taką informację w formularzu oferty i dołączonych doń załącznikach, a zatem zamawiający otrzymał pełną informację na temat ceny za „budowę Centrum Nauki i Sztuki Akademii Sztuk Pięknych” (22.363.982,77 zł brutto) i ceny za „budowę Centrum Promocji Mody - Klaster branży tekstylny - odzieżowej - infrastruktura” (12.966.838,85 zł brutto). Dodał, że w załącznikach nr 1 i 2 do formularza (w rozbiu na oba budynki) przedstawił ceny za realizację wszystkich robót budowlanych i instalacji w poszczególnych branżach. Podał, że składowe poszczególnych pozycji "Załącznika nr 1" oraz "Załącznika nr 2" do formularza oferty zostały skalkulowane w oparciu o obowiązujące na rynku ceny robót budowlanych, przy użyciu średnich cen oraz minimalnych narzutów publikowanych przez wydawnictwo Sekocenbud za I kwartał 2010 r. w oparciu o mające tu pomocniczy charakter przedmiary robót, co zdaniem Mostostal S.A. przesądza o tym, iż podane w tych załącznikach ceny, mając na uwadze ryczałtowy charakter ceny całkowitej, mają również taki charakter, a ceny podane w załącznikach stanowią wystarczające określenie wartości poszczególnych elementów kalkulacyjnych. Zdaniem Mostostal S.A. potwierdził to sam zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 22 z dnia 07.05.2010 r., gdzie stwierdził: *„Załączone formularze cenowe dla CNS i CPM mają charakter porządkujący informacyjny: ich celem jest określenie wartości poszczególnych elementów kalkulacyjnych ceny. Wykonawca nie załącza kosztorysów ofertowych. Pozycje nie ujęte należy wpisać w pozycje inne.”*

Stwierdził, że w świetle tych wyjaśnień, udzielona w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odpowiedź odnosząca się do cen skalkulowanych w załącznikach winna być uznana za w pełni wystarczającą.

Stwierdził, że zaproponowana przezeń za wykonanie całości przedmiotu zamówienia cena nie jest ceną rażąco niską, nierealistyczną, czy niewiarygodną, ponieważ kalkulacja

oferty, jak i poszczególnych pozycji załączników do formularza ofertowego została wykonana rzetelnie z uwzględnieniem wszystkich wymagań zamawiającego określonych w SIWZ.

Wyjaśnił, że obliczając cenę za przedmiot zamówienia uwzględnił w cenie oferty wszystkie pozycje przedmiarowe opisane przez zamawiającego w SIWZ, w tym w przedmiarach, projekcie budowlanym i wykonawczym oraz modyfikacjach SIWZ i jej wyjaśnieniach.

Wyjaśnił nadto, że ceny poszczególnych elementów wynagrodzenia ryczałtowego wynikają ze sposobu i standardów przygotowywania budżetu stosowanego w Organizacji Mostostal S.A. i są cenami, za które jest on w stanie zrealizować określony w nich zakres.

Podkreślił, że wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT nie jest wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym i powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy Pzp, nie może jednak decydować o tym, że cena jest ceną rażąco niską.

Mostostal S.A. powołał się na orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo).

W ocenie Mostostal S.A. ponieważ zaoferowana przez niego cena w stosunku do ofert pozostałych wykonawców jest na podobnym poziomie cenowym, a wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego mogła, z uwagi na znaczne obniżenie cen na rynku budowlanym - ulec znacznej dezaktualizacji, punktem odniesienia dla zamawiającego w zakresie oceny co do wystąpienia rażąco niskiej ceny winna być średnia cena wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, a nie szacunkowa wartość zamówienia.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.08.2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1049/09, 1050/09, 1051/09, 1052/09.

Podniósł, że obecnie utrzymuje się na rynku budowlanym tendencja spadku cen, co uzasadnia stosowanie przez wykonawców niższych cen w postępowaniach przetargowych.

Zwrócił uwagę, że średnia cena wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynosi w przybliżeniu 42.883.362,99 zł brutto (uwzględniając ceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert - również tych odrzuconych), co w porównaniu z ceną oferty Mostostal S.A. stanowi jedynie różnicę 15.53 %, co nie pozwala uznać, że zamawiający miał podstawę do wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Rywalizację przedsiębiorstw, w tym w praktyce najczęściej w zakresie cenowym, odbywającą się w granicach obowiązującego prawa, uznał za zjawisko pozytywne i oczekiwane na rynku, będące istotą wolnej konkurencji.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 18 marca 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 195/08.

Wskazał, że na oferowane ceny duży wpływ ma sytuacja na rynku budowlanym, która powoduje coraz większą konkurencję wśród dostawców i podwykonawców, a przez to coraz niższe ceny, zwrócił uwagę na swoje olbrzymie doświadczenie, a także pozycję na rynku usług budowlanych i renomę, dzięki którym może uzyskać znacznie większe rabaty w porównaniu z wieloma innymi, mniejszymi podmiotami.

Podniósł, że zamawiający nie wskazał żadnych konkretnych zarzutów co do wysokości zaoferowanej przez Mostostal S.A. ceny, zaś protestujący nie wykazał jakoby oferowana cena była nierealna czy też nieadekwatna do przedmiotu przetargu.

Odnosząc się do zaniechania wyboru oferty Mostostal S.A. wskazał, że jako jedne z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych ustawa Pzp statuuje zasady równości wykonawców oraz uczciwej konkurencji, co oznacza, iż zamawiający nie ma prawa faworyzować jednych wykonawców względem drugich.

Podniósł, że zamawiający, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Budimex i dokonując odrzucenia oferty Mostostal S.A. dopuścił się naruszenia tych przedmiotowych zasad.

Zamawiający protest Mostostal S.A. oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wyjaśnił, że jego wątpliwości wzbudziła znacząca rozbieżność zaoferowanej ceny w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, a także w relacji do cen ofertowych innych wykonawców.

Zdaniem zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Mostostal S.A. wskazał jedynie, iż kalkulacja oferty wykonana została przy uwzględnieniu odpowiedzi na pytania i modyfikacji SIWZ, zawiera wszystkie wymagania SIWZ, obejmuje wszelkie koszty z tytułu należytej i zgodnej z umową i obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, cenę obliczono w oparciu o dokumentację projektową, Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz Przedmiary Robót, a także zgodnie z warunkami umowy, cena zawiera wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami, wykonawca realizuje roboty budowlane na terenie całej Polski, a podana cena jest prawidłowo skalkulowana, na potwierdzenie czego nie przedstawiając kalkulacji ceny ofertowej, ani żadnych dowodów na potwierdzenie przyjętych elementów kalkulacyjnych ceny.

Wskazał, że to obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień, które szczegółowo przedstawiają sposób kalkulacji ceny.

Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12.08.2005 r. o sygn. akt: VI Ca 464/05, a także wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 2 lipca 2007 r. o sygn. akt: UZP/ZO/0-765/07.

Zamawiający podniósł, że samo wskazanie czynników mających wpływ na wysokość ceny, a de facto na jej obniżenie nie jest wystarczające, ponieważ wykonawca powinien przedstawić również kalkulację, z której wynika w jakim stopniu (kwotowo lub procentowo) dany czynnik zadecydował o obniżeniu ceny - wykonawca powinien swoimi wyjaśnieniami rozwiązać wątpliwość zamawiającego co do wysokości zaproponowanej ceny,

Zamawiający wskazał, że złożone przez Mostostal S.A. wyjaśnienia nie zawierają szczegółowej kalkulacji ceny, w szczególności w zakresach wymaganych przez zamawiającego we wniosku o udzielenie wyjaśnień, a fakt powołania i przedstawienia cen oferowanych w innych postępowaniach nie może stanowić wystarczającego wyjaśnienia co do zastosowanych obiektywnych czynników, które uzasadniałyby zastosowanie takiej ceny.

Dodał, że przedstawione wyjaśnienia są lakoniczne i nie zawierają wskazań takich jak oszczędność metody wykonania przedmiotu zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy itp., zaś odwołanie się w okolicznościach niniejszej sprawy do aktualnej rzeczywistości gospodarczej oraz panującego kryzysu gospodarczego nie stanowi wystarczającego uzasadnienia zastosowanej ceny przez protestującego, a także nie może stanowić dowodu na nieadekwatne szacowanie wartości zamówienia przez zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że w treści swoich wyjaśnień protestujący odwołał się do obowiązującego u niego centralnego systemu zakupów, ale nie przedstawił w żadnym zakresie stopnia, w jakim ten współczynnik wpłynął na wysokość zaoferowanego wynagrodzenia, wobec czego zamawiający nie mógł uznać za wystarczające wyjaśnienia protestującego. Nadto zamawiający wskazał, iż brak jakichkolwiek dowodów uzasadniających poziom zaoferowanej ceny spowodował, iż po stronie zamawiającego pozostały wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia wynagrodzenia zaoferowanego przez protestującego.

Zamawiający stwierdził, iż w orzecznictwie przyjmuje się, że punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim:

- 1) wartość przedmiotu zamówienia,
- 2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego.

Odnosząc wartość netto oferty Mostostal S.A. w kwocie 28.959.689,85 zł. do wartości szacunkowej zamawiającego w kwocie 51.995.229,38 zł, zamawiający wskazał, że różnica ta wynosi 23.035.539,53 zł. Porównując natomiast wartość oferty Mostostal S.A. do średniej wartości ofert złożonych przez innych wykonawców, która wynosi 33.449.023,13 zł różnica wynosi 4.489.333,28 zł.

Zamawiający stwierdził, że zestawienia te wskazują, iż wartość oferty Mostostal S.A. w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia stanowi jedynie 55,69% wartości szacunkowej oraz 86,57% średniej wartości ofert, co nie pozwala różnicy w zakresie wynagrodzeń i przyjętego szacunku uznać za nieznaczną i porównywalną.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1443/08 (odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia).

Zamawiający podał, że w szczególności poważne wątpliwości budziła wycena przez Mostostal S.A. w zakresie robót dotyczących instalacji elektrycznej, instalacji sanitarnych oraz robót budowlanych dla budynku CNiS i CPM, ponieważ wycena robót dla instalacji elektrycznych dla CPM stanowi jedynie 29,90% ogólnej wartości szacunkowej, natomiast dla CNiS wartość tych robót jedynie 56,08% ogólnej wartości szacunkowej. Również w przypadku instalacji sanitarnych powstały istotne różnice w zakresie wartości wycenionych robót dla obu budynków w stosunku do wartości szacunkowej przyjętej przez zamawiającego.

Odnosząc wartość oferty Mostostal S.A. do średniej wartości złożonych ofert w zakresie instalacji elektrycznych zamawiający wskazał, że wartość wynikająca z oferty dla CNiS stanowi 69,73% średniej wartości złożonych ofert, natomiast dla CPM jedynie 40,17%. Dokonując takiego zestawienia dla instalacji sanitarnych również widoczne są rozbieżności rzędu 30% w stosunku do średniej wartości złożonych ofert.

W ocenie zamawiającego ten poziom przyjętych cen w opisanym powyżej zestawieniu budzi wątpliwości co do realności złożonej oferty, toteż obowiązkiem Mostostal S.A. było przedstawienie kalkulacji i udowodnienie, że cena ofertowa jest realna i gwarantuje prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 712/09.

Zamawiający stwierdził, że Mostostal S.A. w złożonych wyjaśnieniach nie dokonał analizy oraz nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie realności i prawidłowości zaoferowanej ceny.

Podniósł, iż dla zakwalifikowana oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 262/09.

Dodał, że wykonawca powinien nie tylko przedstawić wyjaśnienia, ale również wskazać dowody na brak okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 czerwca 2004 r. o sygn. akt: V Ca 1112/04 oraz wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP/1066/09.

Zdaniem zamawiającego w przedmiotowej sprawie Mostostal S.A. złożył wyjaśnienia, w których nie przedstawił dowodów na okoliczność braku występowania rażąco niskiej ceny, natomiast sama ich treść nie zawiera wyjaśnienia co do wymaganych elementów kalkulacyjnych ceny, co uzasadniało odrzucenie oferty protestującego.

W odwołaniu Mostostal S.A. ponowił zarzuty i żądania zawarte w proteście i związaną z nimi argumentację.

Dodatkowo podniósł, iż ocena pod kątem rażąco niskiej ceny musi odnosić się do całości ceny, a nie tylko wybranych pozycji.

Mostostal S.A. powołał się na wyrok KIO z dnia 28 lutego 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 123/08 oraz z dnia 11 sierpnia 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 765/08.

Zdaniem Mostostal S.A. - odmiennie niż wykazuje to zamawiający, dokonujący w rozstrzygnięciu protestu porównania różnic cenowych tylko w kilku pozycjach odnoszących się do wartości robót dla instalacji elektrycznych oraz instalacji sanitarnych - nie można przyjmować przy ocenie oferty w zakresie badania, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny jedynie wybranych elementów oferty, lecz jej całość.

Mostostal S.A. dołączył do odwołania zestawienie kosztów poszczególnych elementów cenotwórczych w podziale na oba budynki będące przedmiotem zamówienia, wskazując jednocześnie, iż wskazane koszty mają charakter przybliżony, gdyż zamawiający nie wymagał sporządzania kosztorysów szczegółowych i dołączania ich do ofert.

Zwrócił także uwagę, że w porównaniu z ofertą wybranego konsorcjum Budimex np. koszty w zakresie prac stricte budowlanych dotyczących konstrukcji poszczególnych kondygnacji (żelbet / mury) są w ofercie Mostostal S.A. wyższe niż w przypadku wybranej oferty o ok. 28% w przypadku budynku CNiS i ok. 7,6 % w przypadku budynku CPM. Również w porównaniu z ofertą złożoną przez Warbud S.A. w tej kategorii kosztów cena oferty Mostostal S.A. jest droższa.

Podany przykład potwierdza, w ocenie Mostostal S.A., iż każdy z wykonawców samodzielnie decyduje o obniżeniu bądź podwyższeniu kosztów istotnych dla prowadzonej przezeń działalności w różnych częściach (pozycjach) oferty i nie musi to świadczyć o stosowaniu przezeń praktyk zmierzających do obniżenia kosztów realizacji inwestycji bez zysku lub poniżej kosztów jej wykonania, tym bardziej gdy cena ma charakter ryczałtowy i wykonawca buduje ją w oparciu o przedmiary o charakterze pomocniczym.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 17 marca 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 190/08, KIO/UZP 213/08 oraz z dnia 11 sierpnia 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 765/08.

Podniósł, że ponieważ w SIWZ wskazano, iż przedmiary mają jedynie charakter pomocniczy i nie są wymagane kosztorysy szczegółowe, a zatem - nie będą miały zastosowania na etapie oceny ofert, to wszelkie zarzuty w zakresie rażąco niskiej ceny budowane na podstawie analizy pojedynczych pozycji kosztorysu ofertowego są błędne.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 25 marca 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 193/10, KIO/UZP 214/10 oraz z dnia 27 lipca 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 878/09).

Zdaniem Mostostal S.A. zamawiający zbagatelizował istotny czynnik jak renoma wykonawcy, dzięki której ma on zawarte korzystne umowy na dostawy materiałów, urządzeń, usługi, co stanowi naruszenie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a także oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania, przed dniem 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła także, że obaj odwołujący posiadali interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania:

- w przypadku Mostostal Warszawa S.A. potwierdzenie się zarzutu, że zamawiający bezprawnie odrzucił złożoną przez tego wykonawcę ofertę, oznaczałoby dla odwołującego się szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ jego oferta zawiera najniższą cenę, a cena, zgodnie z Tomem I pkt 16.2. SIWZ, stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej,
- w przypadku Warbud S.A. potwierdzenie się zarzutu, że zamawiający bezprawnie zaniechał odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą w sytuacji uznania za prawidłową decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty Mostostal Warszawa S.A., oznaczałoby dla odwołującego się wykonawcy Warbud S.A. szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ jego oferta zawierałaby najniższą cenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a cena, zgodnie z Tomem I pkt 16.2. SIWZ, stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołań, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w obu sprawach dowody z następujących dokumentów:

1. Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych wraz z załącznikami w tym Zbiorczym zestawieniu ofert (ZP - 12),
2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
3. protokołu z dnia 21.05.2010 r. z posiedzenia Komisji Przetargowej,
4. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert z dnia 15.06.2010 r.,
5. rozstrzygnięcia protestów z dnia 05.07.2010 r.

oraz dodatkowo w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1479/10:

1. oferty konsorcjum firm w składzie: Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A.,
2. pisma zamawiającego z dnia 26.05.2010 r. wzywającego konsorcjum Budimex do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny,
3. pisma konsorcjum Budimex z dnia 31.05.2010 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 26.05.2010 r.,
4. protestu Warbud S.A. z dnia 25.06.2010 r.,
5. odwołania z dnia 12.07.2010 r.

zaś w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1489/10:

1. oferty Mostostal Warszawa S.A.,
2. pisma zamawiającego z dnia 26.05.2010 r. wzywającego Mostostal Warszawa S.A. do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny,
3. pisma Mostostal Warszawa S.A. z dnia 28.05.2010 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 26.05.2010 r.,
4. protestu Mostostal Warszawa S.A. z dnia 24.06.2010 r.,
5. odwołania z dnia 14.07.2010 r.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Mostostal Warszawa S.A. na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z powodu niezłożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający miał prawo wezwać Mostostal Warszawa S.A. do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Jak bowiem Izba ustaliła wartość szacunkowa zamówienia (51 995 229,38 zł), powiększona o właściwy w tym przypadku podatek od towarów i usług VAT w wysokości 22% wynosi 63 434 179,84 zł, zaś cena oferty Mostostal Warszawa S.A. w wysokości 35 330 821,62 zł stanowi 55,7 % tej wartości.

Fakt, że zaoferowana przez Mostostal Warszawa S.A. cena odbiega od wskazanej wartości o ponad 44% oraz fakt, że złożone w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty zawierały ceny mieszczące się w dwóch przedziałach: na poziomie poniżej 40 mln zł (2 oferty, w tym oferta Mostostal Warszawa S.A. - ok. 35 i 39 mln zł) oraz na poziomie powyżej 40 mln zł (5 ofert: ok. 42,43,45,46,47 mln zł) uzasadniają wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Nie sposób bowiem w tych okolicznościach uznać, że dominującym poziomem cenowym w przedmiotowym postępowaniu jest poziom niewiele ponad 35 mln zł.

Skład orzekający Izby wskazuje przy tym, że podstawowym punktem odniesienia dla ceny ofertowej objętej podejrzeniem rażąco niskiej ceny jest wartość zamówienia (wartość szacunkowa plus VAT), nie zaś ceny zaproponowane przez innych wykonawców w danym, a tym bardziej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ sprawą pierwszoplanową jest dbałość zamawiającego o niedopuszczenie wykonawców, którzy proponują ceny nieadekwatne, nie gwarantujące realizacji konkretnego przedmiotu zamówienia, nie zaś ustalenie, czy wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji wobec innych uczestników postępowania.

Brak także podstaw do negowania prawidłowości dokonanych przez zamawiającego ustaleń co do wartości przedmiotu zamówienia (szacunku). Nie podważył go żaden z wykonawców w toku przedmiotowego postępowania, a fakt, że na rynku budowlanym, co podkreślał odwołujący się, utrzymuje się tendencja spadku cen, sam w sobie prawidłowości tego szacunku nie podważa. Sam wykonawca Mostostal Warszawa S.A. nie kwestionował czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu go do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Podkreślany przez Mostostal Warszawa S.A. argument, iż jego cena ofertowa niewiele różni się od ceny oferty wybranej (7,9%) traci na znaczeniu biorąc pod uwagę fakt, że podobnie jak cena odwołującego, tak też cena wybranego konsorcjum znajdowała się na odbiegającym od większości cen ofertowym poziomie i została zakwalifikowana przez zamawiającego do ofert wymagających podjęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kluczowej dla rozstrzygnięcia podnoszonego przez odwołującego się zarzutu kwestii, tj. czy złożone przez Mostostal Warszawa S.A. w piśmie z dnia 28.05.2010 r. wyjaśnienia odpowiadają żądaniu zamawiającego wynikającemu z pisma

z dnia 26.05.2010 r. skład orzekający Izby stwierdza, że wezwany wykonawca żądaniu temu nie sprostał.

Bez wątplenia z treści wezwania wynikają dwie powinności wykonawcy. Po pierwsze jest to obowiązek polegający na złożeniu „szczegółowej kalkulacji ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu uwzględniającej wszystkie elementy cenotwórcze” i po drugie obowiązek „wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np. oszczędność metody wykonania (...) i inne”

O ile pismo Mostostal Warszawa S.A. z dnia 28.05.2010 r. można ocenić z punktu widzenia drugiego ze wskazanych obowiązków, o tyle w żaden sposób nie jest możliwa taka ocena pod kątem pierwszego ze wskazanych obowiązków, ponieważ żadnej (szczegółowej bądź nie) kalkulacji ceny ofertowej Mostostal Warszawa S.A. w swoim piśmie nie zawarł.

Stanowi to wystarczającą podstawę do uznania, że Mostostal Warszawa S.A. w odpowiedzi na wezwania zamawiającego nie złożył żadnych wyjaśnień w odniesieniu do jednego z żądań zamawiającego, co tym samym czyni całość złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień niepełnymi i niekompletnymi.

Skład orzekający Izby zwraca przy tym uwagę, że podnoszony przez odwołującego na rozprawie argument zbyt krótkiego czasu, jaki wyznaczył zamawiający na udzielenie wyjaśnień nie znajduje odzwierciedlenia w podjętej przez Mostostal Warszawa S.A. czynności. Skoro bowiem zamawiający umożliwił wykonawcy złożenie wyjaśnień w terminie do 31.05.2010 r. do godz. 12.00, zaś pismo wykonawcy pochodzi już z 28.05.2010 r., to trudno uznać, że wykonawca nie dysponował wystarczającym czasem, tym bardziej, co podnosił zamawiający, że wykonawca nie sygnalizował, ani nie kwestionował wyznaczonego terminu.

Skład orzekający Izby stanął nadto na stanowisku, że złożenie przez Mostostal Warszawa S.A. formularzy ofertowych (Załącznik nr 1 i 2 do formularza 1), zgodnych z wymaganiami SIWZ, które zawierały pewien poziom uszczegółowienia elementów ceny - opracowany wprawdzie przez zamawiającego, ale jednocześnie taki, wobec którego zamawiający nie narzucił wykonawcom żadnych rygorów (jak stwierdził na rozprawie odwołujący: „jedynym wymogiem zamawiającego było, aby wszystkie pozycje zostały wypełnione”) co do tego, co należy ująć w poszczególnych pozycjach, nie unicestwia prawa zamawiającego, pomimo przyjęcia ryczałtowego wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu, do żądania większego niż na etapie składania ofert poziomu szczegółowości elementów ceny. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że przyjęcia takiego stanowiska, oznaczałoby w istocie pozbawienie zamawiających w postępowaniach, w których przyjęto wynagrodzenie ryczałtowe badania ceny z powodu jej rażąco niskiego poziomu. Takiego ograniczenia przepis art. 90 ustawy Pzp w żadnym razie nie zawiera.

Zamawiający, pomimo posłużenie się w treści wezwania z dnia 26.05.2010 r. sformułowaniem „szczegółowej kalkulacji ceny” nie sprecyzował, jak je rozumieć, co w ocenie składu orzekającego Izby pozostawiło wykonawcy dużą swobodę co do możliwego przyjęcia stopnia szczegółowości prezentacji elementów ceny.

Skład orzekający Izby podkreśla także, że powodem odrzucenia złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. oferty nie był fakt zaferowania przez tego wykonawcę rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, podstawą której to czynności zamawiającego byłby przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ale fakt nie złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co stanowi odrębną od wskazanego powyżej przepisu obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty.

Tymczasem argumentacja Mostostal Warszawa S.A. zawarta w proteście i odwołaniu, a także na rozprawie koncentrowała się nie na wykazaniu, że złożone wyjaśnienia odpowiadają wezwaniu, ale na próbie wykazania - w sposób niezgodny z żądaniem zamawiającego, że zaferowana cena nie jest rażąco niska.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Mostostal Warszawa S.A. nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Mostostal Warszawa S.A. na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie zaniechał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, ponieważ pomimo tego, że zaferowana przez Mostostal Warszawa S.A. cena - stanowiąca jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej - jest najniższa, to jednak ustawa Prawo zamówień publicznych (art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 3), jak i postanowienia SIWZ (Tom I pkt 16.1.) nie dopuszczają możliwości wyboru oferty zwycięskiej spośród ofert odrzuconych.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum firm w składzie: Budimex S.A. i Ferrovia Agroman S.A. z tego powodu, że konsorcjum to nie udzieliło wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Rozstrzygająca dla oceny podniesionego przez odwołującego zarzutu jest kwestia, czy złożone przez konsorcjum Budimex w piśmie z dnia 31.05.2010 r. wyjaśnienia

odpowiadają, czy też nie odpowiadają żądaniu zamawiającego wynikającemu z pisma z dnia 26.05.2010 r.

W ocenie składu orzekającego Izby złożono przez konsorcjum Budimex wyjaśnienia odpowiadają żądaniu zamawiającego.

Argumentem mającym w ocenie odwołującego się Warbud S.A. przesądzać o tym, że złożone przez konsorcjum Budimex wyjaśnienia nie są dostateczne jest to, iż wyjaśnienia te odnoszą się do zdecydowanie mniejszej części zakresu określonego w wezwaniu (dla jednego z budynków wykonawca przedstawił wyjaśnienia dla 4 z 32 pozycji składających się na dział roboty budowlane, dla drugiego budynku 2 z 18, w odniesieniu do branży sanitarnej wykonawca przedstawił pozycje z rozbiem na R, M, S, w odniesieniu do branży elektrycznej wykonawca przedstawił wyłącznie ceny wybranych głównych materiałów).

Po pierwsze, stwierdzić należy, uwzględniając budowę formularzy cenowych opracowanych przez zamawiającego (Załącznik nr 1 i 2 do formularza 1), na które składają się trzy elementy cenowe: 1. Roboty budowlane, 2. Branża instalacji sanitarnej, 3. Branża instalacji elektrycznej i elektroenergetycznej, że zamawiający, zawierając w pierwszej części wezwania zdanie: „zamawiający (...) zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia”, zaś w dalszej części wnosząc o wyjaśnienie elementów: roboty budowlane, branża instalacji sanitarnej oraz branża instalacji elektrycznej i elektroenergetycznej dla obu budynków, w istocie nie wprowadził żadnego dodatkowego wymogu ponad wymóg wyjaśnienia trzech elementów wskazanych uprzednio w formularzu ofertowym.

Po drugie, uznać należy, po analizie treści wezwania, że zamawiający pozostawił wykonawcy dużą swobodę co do możliwego przyjęcia stopnia szczegółowości prezentacji elementów ceny. Pomimo bowiem posłużenia się w treści wezwania sformułowaniem „szczegółowa kalkulacja ceny” zamawiający nie sprecyzował, jak je rozumieć.

Po trzecie, biorąc pod uwagę ustalenie w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego i brak rygorów co do tego, co wykonawcy winni ująć w poszczególnych pozycjach elementów ceny (pozycjach cenowych formularzy cenowych) przyjąć należy, że to do wykonawcy należała ostateczna decyzja, które ze skalkulowanych przez wykonawcę pozycji, składających się na elementy ceny, rzeczywiście mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Jedynie takie podejście umożliwi bowiem uwzględnienie dopuszczonego w niniejszym postępowaniu odmiennego dla każdego z wykonawców sposobu budowy elementów ceny.

Skoro zatem konsorcjum Budimex oceniło, że w następstwie przyjętego przez nie sposobu budowy poszczególnych elementów ceny, jedynie niektóre z pozycji elementu mają wpływ na wysokość zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu ceny, to zdaniem składu

orzekającego Izby konsorcjum Budimex wpisało się w określone przez zamawiającego ramy.

Innymi słowy, w ocenie składu orzekającego Izby treść wezwania nie narzucała wykonawcy obowiązku podania cen częściowych dla wszystkich pozycji składających się na element cenowy: 1. Roboty budowlane, 2. Branża instalacji sanitarnej, 3. Branża instalacji elektrycznej i elektroenergetycznej, a jedynie podania cen częściowych w ramach tych trzech elementów, które w ocenie odwołującego mają wpływ (mają zasadnicze znaczenie) na wysokość zaoferowanej ceny.

Jednocześnie nie sposób, zdaniem składu orzekającego Izby, przyjąć założenia, iż konsorcjum Budimex było w ramach wyjaśnień zobowiązane do opracowania szczegółowej kalkulacji zaoferowanego w swojej ofercie wynagrodzenia.

Po pierwsze, wykonawca ten nie miał obowiązku przeprowadzić takiej kalkulacji na etapie konstruowania swojej oferty, co jednoznacznie wynika z charakteru przyjętego wynagrodzenia (ryczałt).

Po drugie, nie taki jest cel i nie taki ma być zakres wyjaśnień udzielanych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W odniesieniu do powyższego wezwania wykonawca ma obowiązek przedstawić wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Do tychże elementów nie sposób zaliczyć cen częściowych lub danych arytmetycznych stanowiących podstawę wyliczenia ceny wynikowej. Wszakże samo rozbieżne zaoferowanego wynagrodzenia na bardziej szczegółowe kwoty nie umożliwia ustalenia, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest ceną rażąco niską. Wynika to z faktu, iż zarzut ceny rażąco niskiej odnosi się do ceny całkowitej, nie zaś do jej poszczególnych składników. Elementami oferty mającymi wpływ na wysokość ceny są pozaarytmetyczne elementy treści oferty, takie jak wymienione w sposób przykładowy w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, do których można również zaliczyć: panujące warunki makro i mikroekonomiczne, strukturę organizacyjną wykonawcy, zastosowane materiały, udział miejscowych podwykonawców itp. Tym samym przedstawienie przez konsorcjum Budimex elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w zakresie odpowiadającym wskazanemu przykładowo w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz wykazanie dla zasadniczych pozycji sposobu ich kalkulacji należy uznać za wystarczające, w zakresie celu, jakemu mają służyć wyjaśnienia oparte na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie przyjął wyjaśnienia konsorcjum Budimex zawierające szczegółową kalkulację wszystkich trzech elementów ceny za wystarczające i nie odrzucił oferty tego konsorcjum na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby poza zakresem swoich rozważań pozostawił kwestię, czy zaferowana przez konsorcjum Budimex cena jest rażąco niska, ponieważ odwołujący Warbud S.A. nie objął protestem, ani odwołaniem zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty tego konsorcjum na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a jedynie zarzut zaniechania odrzucenia tej oferty w następstwie tego, że konsorcjum Budimex nie złożyło wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie: Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. nie potwierdził się

W konsekwencji uznania, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Mostostal Warszawa S.A. oraz tego, że zamawiający zasadnie uznał brak podstaw do odrzucenia oferty konsorcjum w składzie: Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. skład orzekający Izby uznał, że oferta tego konsorcjum jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zawiera najniższą cenę - stanowiącą jedyne kryterium wyboru oferty zwycięskiej - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wobec powyższych ustaleń skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia żadnego ze wskazywanych przez obu odwołujących przepisów, tj. art. 90, 91 ust. 1, 92 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

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

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....