

Sygn. akt: KIO/UZP 661 /10

WYROK
z dnia 11 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Paweł Trojan
Bogdan Artymowicz

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUDIMEX S. A., 01 – 040 Warszawa, ul. Stawki 40** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytucja Kultury „EC – 1 Łódź – Miasto Kultury”, 90 – 365 Łódź, ul. Tymienieckiego 5** protestu z dnia 26 marca 2010 r.

przy udziale **Porr (Polska) Lider, Porr Projekt Und Hochbau Aktiengesellschaft (Partner), Porr GmbH (Partner), z siedzibą dla Lidera 01 – 531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **BUDIMEX S. A., 01 – 040 Warszawa, ul. Stawki 40** 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 wpisu uiszczanego przez **BUDIMEX S. A., 01 – 040 Warszawa, ul.**

Stawki 40 na rzecz **Instytucja Kultury „EC – 1 Łódź – Miasto Kultury”, 90 – 365 Łódź, ul. Tymienieckiego 5**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 830 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset trzydzieści zł zero gr.) przez **BUDIMEX S. A., 01 – 040 Warszawa, ul. Stawki 40** na rzecz **Instytucja Kultury „EC – 1 Łódź – Miasto Kultury”, 90 – 365 Łódź, ul. Tymienieckiego 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUDIMEX S. A., 01 – 040 Warszawa, ul. Stawki 40**

U z a s a d n i e

Zamawiający Instytucja Kultury „EC-1 Łódź - Miasto Kultury”, ul. Tymienieckiego 5, 90-365 Łódź prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Rewitalizacja EC-1 i jej adaptacja na cele kulturalno-artystyczne” (Zadanie II). Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich zamieszczonym pod numerem 2009/S 133-194287 z dnia 15 lipca 2009 roku.

W dniu 17 marca 2010 r. po dokonaniu czynności oceny ofert Zamawiający ogłosił wybór najkorzystniejszej oferty, w którym wskazał, iż za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta Konsorcjum Porr.

W wyniku takiego zachowania Zamawiającego w dniu 26 marca 2010 roku Protestujący (Odwołujący) na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą pzp”, wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegających na: dokonaniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, którego liderem jest Porr (POLSKA) SA (dalej jako „Konsorcjum Porr”), która podlega odrzuceniu.

Protestujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 90 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Protestujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty Konsorcjum Porr,

3) dokonanie ponownej oceny ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej spośród ważnych ofert złożonych w postępowaniu niepodlegających odrzuceniu.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu środka ochrony prawnej, Protestujący wskazywał, że w uzyskaniu niniejszego zamówienia doznał uszczerbku, albowiem poprzez niezgodne z prawem czynności Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Porr, podlegającej odrzuceniu zgodnie z przepisami ustawy Pzp Protestujący pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia. Protestujący podnosił, iż w przypadku, gdy Zamawiający usunie wszystkie naruszenia prawa wskazane w niniejszym proteście, oferta Protestującego powinna zostać wybrana, gdyż jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu protestu Protestujący podnosi, iż dokonując oceny ofert Zamawiający dopuścił się rażących naruszeń ustawy, które skutkowały wybraniem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 stawy Pzp, jako, że Konsorcjum złożyło ofertę z rażąco niską ceną, dopuszczając się jednocześnie czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum z Porr powodu rażąco niskiej ceny Protestujący wskazywał na następujące:

I. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazał, że środki które zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynoszą 155 000 000,00 zł. Konsorcjum złożyło ofertę za cenę (brutto) wynoszącą 100 282 704, 20 zł, co stanowi jedynie ok. 65% budżetu Zamawiającego. Pomimo tak rażącej różnicy w stosunku do środków finansowych, które Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia Zamawiający zaniechał czynności do której zobowiązany był na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. do wezwania Konsorcjum PORR do złożenia wyjaśnień w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny celem ustalenia, czy oferta złożona przez to Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę.

Protestujący wskazywał, że Zamawiający dokonując badania oferty pod względem merytorycznym, powinien równocześnie zwrócić uwagę na te elementy oferty, które wskazywać mogą na rażąco niską cenę. W szczególności Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, jeżeli odbiega ona znacząco od budżetu Zamawiającego, a jednocześnie istotne składniki ceny oferty zostały rażąco zaniżone co powoduje, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że wykonawca robót w zaoferowanych w kosztorysach cenach nie wykona. Jak się bowiem wskazuje, za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega od cen przyjętych wskazując na wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Protestujący przywołuje orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach, który stwierdził w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn.

akt XIX Ga 3/07 „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. (...). Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną złotówkę.

II. Protestujący wskazuje na szereg elementów oferty Konsorcjum Porr, które wyceniono poniżej kosztów wykonania oraz rażąco odbiegając od realnych cen rynkowych, dowodząc zaoferowania przez Konsorcjum oferty z rażąco niską ceną.

III. Protestujący zwrócił uwagę, że nie ma realnej możliwości wykonania wycenionych przez Wykonawcę robót w cenach, które zaproponował w kosztorysie, w szczególności, że cena za niektóre pozycje jednostkowe obejmować musi zarówno koszt materiałów, jak i robocizny.

Wartości wskazanych pozycji cenowych w porównaniu do wartości tych samych pozycji cenowych zaproponowanych przez Odwołującego, świadczą niewątpliwie o zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez Konsorcjum Porr, albowiem wskazują że Wykonawca nie ujął w ofercie wszystkich elementów cenotwórczych, co doprowadziło do zaoferowania ceny nierealnie niskiej i nieadekwatnej do rzeczywistych kosztów realizacji tak dużego przedsięwzięcia. Zgodnie z pkt 2.1. SIWZ (str. 18) oferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia winna wynikać z przedstawionego kosztorysu ofertowego i uwzględniać wszystkie koszty konieczne do poniesienia przez Wykonawcę w celu wykonania i przekazania do użytkowania Przedmiotu Zamówienia. W ramach podanych jednostek przedmiarowych robót podstawowych cena ofertowa musi obejmować wszystkie koszty niezbędne do kompleksowej realizacji Przedmiotu Zamówienia. W świetle powyższego zapisu SIWZ nie ulega wątpliwości, że zaproponowane przez Konsorcjum Porr pozycje jednostkowe potwierdzają złożenie przez tego Wykonawcę oferty z rażąco niską ceną.

Podsumowując, okoliczność, że zaoferowana przez Konsorcjum cena oferty stanowi jedynie 65% wartości budżetu Zamawiającego oraz, że wykonawca zaproponował wykonanie poszczególnych robót składających się na zamówienie poniżej ich rynkowej wartości oraz kosztów wykonania, powinna prowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum Porr, a wcześniej skłonić Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

Protestujący podkreślał, że Zamawiający badając ofertę zobowiązany jest wziąć pod uwagę wszystkie czynniki wskazujące na zaoferowanie przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny, przy czym w sytuacji, w której dochodzi do zmiany cen na rynku budowlanym zamawiający dla oceny czy ma do czynienia z rażąco niską ceną zobowiązany jest odnosić cenę oferty nie tylko do wartości ustalonego przez siebie budżetu oraz realiów rynkowych, ale również do cen zaproponowanych przez innych wykonawców. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 19.08.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1104/09

wskazała, że „w szczególności w czasie spowolnienia gospodarczego, kiedy firmy bardziej agresywnie konkurują o zamówienia publiczne, konieczna jest nie tylko analiza rynku, ale przede wszystkim porównanie cen wykonawców konkurujących o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie sposób również nie wskazać, że badanie poszczególnych pozycji cenowych dla oceny rażąco niskiej ceny oferty, ma istotne znaczenie w sytuacji, w której Zamawiający przewidział za wykonanie zamówienia wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym. W odróżnieniu bowiem od wynagrodzenia ryczałtowego, przy którym sposób kalkulacji oferty (...) stanowi wyłączną domenę wykonawcy składającego ofertę" (wyrok KIO z dnia 08.10.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1307/09) przy wynagrodzeniu kosztorysowym na ocenę czy cena złożonej oferty ma charakter rażąco niskiej istotny wpływ ma sposób kalkulacji cen jednostkowych. W szczególności jeżeli zaniżenie istotnych z punktu widzenia wykonania zamówienia pozycji cenowych jest tak drastyczne, że zagraża realizacji zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest ustalić w jaki sposób Wykonawca skalkulował cenę za wykonanie robót, za które cena została drastycznie zniżona.

Zamawiający powinien również oceniać sposób kalkulacji ceny oferty w świetle ewentualnych następstw zaniżenia przez Wykonawcę istotnych pozycji cenowych. Może się bowiem okazać, że Wykonawca robót które wycenił poniżej kosztów ich realizacji w ogóle nie wykona. Może również dojść do sytuacji, w której Wykonawca wykazywać będzie, że roboty, których nie był w stanie wykonać z uwagi na nierealnie niską cenę zaproponowaną w kosztorysie stanowią roboty dodatkowe, na które Zamawiający zmuszony będzie przeznaczyć dodatkowe środki finansowe. Może się tym samym okazać, że doszło do wyboru oferty Wykonawcy, który złożył ofertę z ceną faktycznie wyższą niż cena pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

W świetle powyższego konieczne jest również wskazanie, że takie działanie Wykonawcy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jeżeli bowiem działania przedsiębiorcy nie wynikają z istoty konkurencji, lecz mają jedynie na celu utrudnienie dostępu do rynku za pomocą środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Reasumując Odwołujący wskazywał, że nie ma wątpliwości, że Zamawiający poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Porr, swoim postępowaniem naruszył przepis art. 89 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. W efekcie doszło również do naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązującego Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Do protestu wniesionego przez Budimex S.A. przyłaczył się Wykonawca Konsorcjum Porr Polska po stronie Zamawiającego, żądając odrzucenia protestu jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, względnie oddalenia protestu w całości.

Przystępujący zaznaczył, iż został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w materii rażąco niskiej ceny. Przystępujący wyjaśnił swoją kalkulację i wysokość wynikającej z niej ceny w piśmie z dnia 22 lutego 2010 roku. Przystępujący zaznaczył, iż w zadaniu 2 wystąpiła konieczność dostosowania cen z ofert firm powykonawczych do wymogów stawianych przez Zamawiającego i wypełnienia przesłanych pozycji przedmiarowych oraz brak zgody Zamawiającego na zmianę podstaw wyceny (odpowiedź na pytanie nr 16 z dnia 19 stycznia 2010 roku). Według wyjaśnień Przystępującego stąd wynikają rozbieżności pomiędzy cenami jednostkowymi w poszczególnych zakresach prac. Normatywy zawarte w podstawach wyceny w wielu przypadkach nie są już adekwatne do rzeczywistych nakładów rzeczowych przy zastosowaniu nowoczesnego sprzętu.

W dalszej kolejności Przystępujący wskazuje, iż dowody rynkowe pokazują, iż znaczna część przetargów publicznych jest realizowana za znacznie niższe wartości wycen, w stosunku do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację. W tym miejscu Przystępujący przytoczył liczne przykłady takich przetargów. Dlatego też zamówienie jest możliwe do realizacji przez Przystępującego za zaoferowane ceny. Przystępujący wskazuje, że punktem odniesienia do dokonania oceny rażąco niskiej ceny nie powinny być ceny innych wykonawców. Wskazuje także, że Protestujący analizując pozycje jego oferty wskazał pozycje kosztorysowe, które w większości są pozycjami wyceny i analizy indywidualnej. Stąd określenie nakładów jednostkowych w tych pozycjach zależy wyłącznie od wiedzy i doświadczenia oferenta. Nie jest dopuszczalne jednostronne interpretowanie tych pozycji.

Co więcej Przystępujący wskazuje daleko idącą niekonsekwencję Protestującego, ponieważ sam Protestujący przystępował do realizacji zamówień za kwoty znacznie niższe niż kwota zamówień oszacowana przez Zamawiającego.

W końcowej części przystąpienia Przystępujący wskazuje, że z zestawienia różnic między poszczególnymi ofertami wynika, że nie ma wyraźnego przedziału wartości dla tego zadania, gdyż każda z ofert różni się od poprzedniej o zbliżony przedział procentowy i oscyluje na poziomie 10%.

W dniu 6 kwietnia 2010 roku Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

Za niezasadny uznał Zamawiający zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy.

1. Zamawiający dokonał czynności wezwania Wykonawcy Konsorcjum Porr do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy, w dniu 15 lutego 2010 r. Konsorcjum Porr w dniu 22 lutego 2010 r. przedłożyło

stosowne wyjaśnienia, dotyczące elementów oferty oraz podstaw obliczenia ceny oferty, wraz z dowodami na poparcie przedstawionego stanowiska. W świetle powyższego Zamawiający podnosi, iż dochował należytej staranności i dokonał wszelkich niezbędnych czynności w procesie oceny ofert, wymaganych przepisami ustawy.

2. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 3 i 4 ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Porr złożonej na Zadanie 2, nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów:

I. Cena złożonej przez Konsorcjum Porr na zadanie 2 oferty wynosi 100 282 704 zł brutto. Zamawiający, badając złożoną ofertę pod kątem rażąco niskiej ceny, brał pod uwagę zarówno kwotę przeznaczoną na realizację tego zadania ustaloną w korelacji z szacunkową wartością zamówienia, tj. kwotę 155 000 000,00 zł brutto, jak również ceny ofert złożonych przez innych wykonawców, w szczególności:

- 1) Budimex S.A. - cena oferty 111 225 109,04 zł brutto
- 2) konsorcjum Skanska S.A. i Skanska Cz. A.s. - cena oferty 122 503 547,20 zł brutto
- 3) konsorcjum Eiffage Budownictwo Mitex S.A. i Eiffage Construction SAS. - cena oferty 137 491 960,31 zł brutto.

Cena oferty Konsorcjum Porr stanowi ponad 64% kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia (jest o ok. 36 % niższa). Jednocześnie cena zaoferowana przez Konsorcjum Porr jest niższa od ceny zaoferowanej przez Budimex S.A. o kwotę 10 942 404,80 zł brutto (tj. ok. 10% niższa), a o kwotę 22 220 843 zł brutto niższa od ceny oferty Konsorcjum Skanska (tj. ok. 19% niższa).

Zamawiający podnosi, iż wedle ustalonych poglądów doktryny i orzecznictwa, fakt zaoferowania przez Wykonawcę niższej ceny niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT nie oznacza, że Zamawiający w każdym przypadku jest zobowiązany do żądania od Wykonawcy wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Innym elementem odniesienia są ceny rynkowe podobnych zamówień (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dn. 8.06.2006 r., sygn. akt V Ca 459/06).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Porr w trybie art. 90 ust. 1 ustawy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Konsorcjum Porr w dniu 22 lutego 2010 r. przedłożyło stosowne wyjaśnienia, dotyczące elementów oferty oraz podstaw obliczenia ceny oferty, wraz z dowodami na poparcie przedstawionego stanowiska. Jak podnosi się w orzecznictwie, za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu z szacunkową wartością zamówienia lub cenami rynkowymi (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Radomiu z dn. 14.2.2006r., sygn. akt IV Ca 28/06). Podobnie wypowiada się Krajowa Izba Odwoławcza - w wyroku z 6.02.2009 r. sygn. KIO/UZP 109/09, czytamy: „Należy uznać, że

ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku."; w wyroku z 29.05.2008 r. sygn. KIO/UZP 466/06, Izba stwierdziła: „O rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku." W odniesieniu do powyższego, jak również w oparciu o wyjaśnienia Wykonawcy Zamawiający ustalił, iż zaoferowana przez Konsorcjum Porr cena nie jest ceną rażąco niską. Konsorcjum Porr w wyjaśnieniach opisało szczegółowo sposób i podstawy dokonanej kalkulacji cenowej, pozwalając Zamawiającemu dokonać oceny tych wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, tj. z uwzględnieniem obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy. W oparciu o wyjaśnienia i załączone do nich dowody Zamawiający miał wystarczające podstawy do uznania, że przyczyną podania w ofercie Konsorcjum Porr na Zadanie 2 ceny w wysokości 100 262 504,20 zł brutto, różniącej się od kalkulacji zawartych w innych ofertach, nie była nierzetelność kalkulacji tego Wykonawcy. Konsorcjum Porr wykazało prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych, co w świetle orzeczenia zespołu arbitrów z dnia 26.04.2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-772/05, obala zarzut rażąco niskiej ceny.

III. Niezasadne jest twierdzenie Protestującego o rażąco niskiej cenie zaoferowanej przez Konsorcjum Porr w ofercie na Zadanie 2, poparte argumentem, iż niektóre elementy oferty tego Wykonawcy zostały wycenione poniżej kosztów wykonania i odbiegają rażąco od realnych cen rynkowych. Protestujący przywołał w proteście kilkadziesiąt pozycji kosztorysowych, dla których ceny jednostkowe - jego zdaniem - są rażąco niskie. Zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia a nie ceny za poszczególne pozycje lub ceny jednostkowe. Ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dn. 24.03.2005 r., sygn. akt II Ca 425/04). Oceniając tylko jeden element oferty zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty. Choćby nawet sama cena części oferty mogłaby być uznana za rażąco niską to żadna miarą nie czyni to ceny całej oferty rażąco niską (tak w postanowieniu Sądu Okręgowego w Poznaniu z dn. 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Wyjątkowo przedmiotem badania można uczynić ceny jednostkowe, ale nawet w takiej sytuacji należy uwzględnić wszystkie ceny jednostkowe, a nie koncentrować się wyłącznie na wybranych. Gdy na wartość składanej oferty wpływ ma porównanie jedynie kilku czy kilkunastu cen jednostkowych, to pozbawione jest podstaw działanie Zamawiającego dokonującego analizy ceny rażąco niskiej, polegające na braniu pod uwagę tylko wybranych cen jednostkowych, a nie sumy wszystkich cen jednostkowych wynikającej z podsumowania kosztorysu.

W tym miejscu Zamawiający z ostrożności wskazuje, że nawet niedoszacowanie jednego z elementów oferty nie wskazuje na błędną kalkulację ceny oferty i w konsekwencji możliwość zaistnienia ceny rażąco niskiej w sytuacji, gdy element ten nie ma przeważającego znaczenia dla ceny ofertowej, a cena pozostałych elementów oferty została skalkulowana prawidłowo i nie może kompensować ewentualnego zaniżenia wartości. Ponadto, odnosząc się do argumentów przywołanych przez Protestującego, Zamawiający dokonał ustalenia sposobu kalkulacji cen za wykonanie robót przez Konsorcjum Porr w oparciu o wyjaśnienia udzielone przez tego Wykonawcę.

IV. Nieuzasadniony jest również zarzut podniesiony przez Protestującego, iż złożona przez Konsorcjum Porr oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony (art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp) oraz uzasadniony poprzez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Tak więc uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowanie go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Protestujący podnosząc przedmiotowy zarzut ograniczył się do stwierdzenia, iż fakt złożenia przez Konsorcjum Porr oferty z ceną niższą od cen określonych w pozostałych złożonych ofertach, jest działaniem tego Wykonawcy stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie Protestujący nie zdefiniował czynu nieuczciwej konkurencji popełnionego przez Konsorcjum Porr, jak również nie zakwalifikował go prawnie, podając jedynie, że „Jeżeli bowiem działania przedsiębiorcy nie wynikają z istoty konkurencji, lecz mają jedynie na celu utrudnienie dostępu do rynku za pomocą środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji”

Wobec braku sprecyzowania i udowodnienia przez Protestującego sposobu, w jaki działania Konsorcjum Porr, podjęte w przedmiotowym postępowaniu, utrudniają innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, Zamawiający oddalił zarzut.

W dniu 16 kwietnia 2010 roku Odwołujący BUDIMEX S.A. na podstawie art. 184 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wniósł odwołanie od oddalenia przez Zamawiającego protestu wobec niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, którego liderem jest Porr (POLSKA) S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 90 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosil o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert, w tym:
 - a) odrzucenie oferty Konsorcjum Porr,
 - b) w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ważnych ofert złożonych w postępowaniu niepodlegających odrzuceniu.

Swój interes prawny we wniesieniu środka ochrony prawnej Odwołujący uzasadniał podobnie jak w proteście, stwierdzając, iż poprzez niezgodne z prawem czynności Zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Porr, podlegającej odrzuceniu zgodnie z przepisami ustawy Pzp Odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący podnosił, iż w przypadku, gdy Zamawiający usunie wszystkie naruszenia prawa wskazane w proteście z dnia 26 marca 2010 roku oraz w niniejszym odwołaniu, oferta Odwołującego powinna zostać wybrana, gdyż jest ofertą najkorzystniejszą spośród ważnych ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący podtrzymał zarzuty wskazane w proteście, podkreślając dodatkowo po zapoznaniu się z uzasadnieniem rozstrzygnięcia protestu następujące okoliczności:

I. Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Porr z powodu rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazuje na następujące argumenty:

W rozstrzygnięciu protestu z dnia 6 kwietnia 2010 r., Zamawiający wskazał, że zwrócił się o wyjaśnienia do Konsorcjum Porr, które w dniu 22 lutego 2010 r. przedłożyło „stosowne wyjaśnienia, dotyczące elementów oferty oraz podstaw obliczenia ceny oferty, wraz z dowodami na poparcie przedstawionego stanowiska”. Zamawiający jednak oddalając protest nie wykazał, jakie obiektywne okoliczności oraz dowody przedstawione przez Konsorcjum Porr na ich poparcie przekonały Zamawiającego, że Konsorcjum Porr nie zaoferowało oferty z rażąco niską ceną. Co więcej również samo Konsorcjum Porr nie wyjaśniło w przystąpieniu do protestu powodów zastosowania tak niskich, wręcz nierealnych cen wskazanych w proteście pozycji kosztorysowych, świadczących o zaoferowaniu przez Konsorcjum Porr oferty z rażąco niską ceną, mimo iż zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oraz

utrwalonym orzecznictwem po jego stronie leży ciężar przedstawienia przekonujących wyjaśnień (wyrok Sądu Okręgowego z dnia 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt: V Ca 2214/06) oraz wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09): „dla zakwalifikowania oferty dla dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”).

Zważywszy, że Konsorcjum Porr nie wykazało, że złożona przez to Konsorcjum oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający zobowiązany był ją odrzucić; zaniechanie tej czynności sprawiło, iż doszło do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

II. Odwołujący wskazał w proteście z dnia 26 marca 2010 r. elementy oferty Konsorcjum Porr, które wycenione poniżej kosztów wykonania oraz rażąco odbiegając od realnych cen rynkowych, dowodzą zaoferowania przez Konsorcjum oferty z rażąco niską ceną. Zwrócił też uwagę, że nie ma realnej możliwości wykonania wycenionych przez Wykonawcę robót w cenach, które zaproponował w kosztorysie.

Zamawiający stwierdził w rozstrzygnięciu protestu, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.

Odnosząc się do rozstrzygnięcia Zamawiającego w tym zakresie, należy wskazać, że nie można w przedmiotowym postępowaniu pomijać oceny cen jednostkowych, albowiem mają one istotny wpływ na całkowitą wartość oferty. Zważywszy, że Zamawiający przewidział za wykonanie zamówienia wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym, ma to szczególnie istotne znaczenie dla realizacji zamówienia; niedoszacowanie niektórych pozycji, może bowiem w znaczny sposób wpłynąć na ostateczną cenę, za jaką zostanie zrealizowane zamówienie, diametralnie odbiegając od pierwotnej, przedstawionej w ofercie.

Aspekt ten podnosi się także w orzecznictwie KIO, wskazując m. in. że zakaz formułowania cen na niewiarygodnie niskim poziomie „(...) podyktowany jest uzasadnioną obawą ustawodawcy, że wykonawcy, aby wygrać postępowanie, będą proponować wykonanie zamówienia za nierealnie niskie ceny, po czym wykonają je nienależycie. (...) prowadzić to może do zafałszowania prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, co w konsekwencji grozić może naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, jednej z podstawowej zasad udzielania zamówień publicznych. (...)” - wyrok KIO z dnia 5 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 196/09).

Zamawiający badając ofertę zdaje się nie zauważać rozbieżności wynikających z porównania cen zaproponowanych przez innych wykonawców. Stoi to w sprzeczności z orzecznictwem, wskazującym, że zamawiający jest zobowiązany jest odnosić cenę oferty nie tylko do wartości ustalonego przez siebie budżetu oraz realiów rynkowych, ale również

do cen zaproponowanych przez innych wykonawców (Krajowa Izba Odwoławcza, wyrok z dnia 19.08.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1104/09).

III. Biorąc pod uwagę uzasadnienie Zamawiającego dotyczące rozstrzygnięcia zarzutu w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący zwraca uwagę, że udowodnił tę okoliczność wskazując argumenty w zakresie złożenia przez Konsorcjum Porr oferty z rażąco niską ceną. Zdaniem Odwołującego, działania tego typu wypaczają istotę wolnej konkurencji, a przez to mają wpływ na utrudnianie dostępu do rynku za pomocą środków nie znajdujących uzasadnienia dla mechanizmów wolnej konkurencji. Jest to szczególnie istotne w obecnej sytuacji na rynku budowlanym, kiedy firmy bardziej agresywnie konkurują o zamówienia publiczne, a przez działania związane ze składaniem ofert o kosztach skalkulowanych znacznie poniżej ich rzeczywistej wartości utrudniają działania innym przedsiębiorcom.

Podsumowując Odwołujący stwierdza, iż, nie ma wątpliwości, że Zamawiający poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum PORR, swoim postępowaniem naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. W efekcie doszło również do naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązującego Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W dniu 30 kwietnia 2010 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ bezpośredni) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniesione przez Lidera Konsorcjum Porr Polska w imieniu całego konsorcjum. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 roku, tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień

publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w złożeniu odwołania. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Wniosek podnoszony na posiedzeniu Izby przez Pełnomocnika Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ze względu na wniesienie środków ochrony prawnej z uchybieniem terminów określonych w ustawie nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zamawiający podnosił, iż w związku z tym, iż termin na rozstrzygnięcie protestu upływał dnia 5 kwietnia 2010 roku, a rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 6 kwietnia 2010 roku, Odwołujący winien był liczyć termin na wniesienie odwołania od dnia 5 kwietnia 2010 roku. Wobec powyższego termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 15 kwietnia 2010 roku, natomiast odwołanie zostało wniesione w dniu 16 kwietnia 2010 roku.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż dzień 5 kwietnia 2010 roku był dniem wolnym od pracy ze względu na przypadające w tym dniu święto drugiego dnia Wielkiej nocy. Dzień ten stanowi więc dzień ustawowo wolny w rozumieniu ustawy z dnia 18 stycznia 1951 roku o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4, poz. 28 ze zmianami). Skoro zgodnie z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych do liczenia terminów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje przepisy ustawy Kodeks cywilny, a zgodnie zaś z art. 115 Kodeksu cywilnego, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego. Dlatego też wniesienie odwołania w dniu 16 kwietnia 2010 roku od rozstrzygnięcia protestu (które nastąpiło w ustawowym terminie) Izba uznała za właściwie dokonane i w tym zakresie oddaliła wniosek Pełnomocnika Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Izba oddaliła również wniosek zgłoszony na posiedzeniu Izby przez Pełnomocnika Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ze względu na wniesienie środków ochrony prawnej jakoby przedwcześnie, czyli z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Należy zauważyć, iż w tym postępowaniu w dniu 20 kwietnia 2010 roku zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 526/10) uwzględniający odwołanie (Odwołującym się był BUDIMEX S.A.) i nakazujący unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się dla zadania 2 i dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert w tym zadaniu. Pismem z dnia 29 kwietnia 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu czynności

wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonaniu czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej. Z faktu tego Pełnomocnik Zamawiającego wywodzi, iż odwołanie dotyczy czynności, która została w postępowaniu unieważniona i straciła byt prawny. Dlatego też wniesiony protest, a w konsekwencji jego oddalenia, wniesione odwołanie uważa za środek ochrony prawnej wniesiony przedwcześnie, czyli z uchybieniem terminów.

Izba w tym miejscu pragnie zauważyć, iż w momencie wnoszenia środka ochrony prawnej, czyli w dniu 16 kwietnia 2010 roku, czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej była czynnością skuteczną, która podlegała zaskarżeniu. Późniejsze zniesienie, unieważnienie tej czynności nie ma wpływu na byt wniesionego środka ochrony prawnej. W momencie wnoszenia odwołania Odwołujący był uprawniony do skorzystania z przysługującego mu prawa do zaskarżenia decyzji Zamawiającego i posiadał interes prawny w jego wniesieniu. Interes prawny badany jest na etapie wnoszenia środka ochrony prawnej, a sama ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada uregulowań pozwalających na umorzenie postępowania jako bezprzedmiotowego z powodu nieistnienia przedmiotu sporu. Dlatego też Izba w tym zakresie oddaliła wniosek Pełnomocnika Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przypadku zadania 2 Zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia wynikać miała z przedstawionego kosztorysu ofertowego, obliczonego metodą uproszczoną. Cena ofertowa winna była uwzględniać wszystkie koszty konieczne do poniesienia przez Wykonawcę w celu wykonania i przekazania do użytkowania przedmiotu zamówienia. W ramach podanych jednostek przedmiarowych robót podstawowych cena ofertowa musiała obejmować wszystkie koszty niezbędne do kompleksowej realizacji przedmiotu zamówienia. Jedynym kryterium oceny ofert miała być cena. Kosztorys ofertowy miał być sporządzony przez Wykonawcę poprzez przypisanie każdej jednostki pozycji przedmiaru robót (zgodnie z załącznikiem nr 8/2), ceny jednostkowej i wartości, odpowiadającej danej pozycji w przedmiarze. Wykonawca w ofercie miał podać wysokość wybranych czynników cenotwórczych (stawki robocizny, sprzętu, kosztów pośrednich oraz zysku), które posłużyć miały do wyliczenia cen jednostkowych przedmiarowych podanych w kosztorysie ofertowym, pozwalających na indywidualne dokonanie wyceny kosztów elementów robót.

W postępowaniu w zadaniu drugim złożono oferty o następujących cenach:

- 1) konsorcjum Porr Polska – cena oferty 100 282 704 zł brutto
- 2) Budimex S.A. - cena oferty 111 225 109,04 zł brutto
- 2) konsorcjum Skanska S.A. i Skanska Cz. A.s. - cena oferty 122 503 547,20 zł brutto
- 3) konsorcjum Eiffage Budownictwo Mitex S.A. i Eiffage Construction SAS. - cena oferty 137 491 960,31 zł brutto
- 4) konsorcjum Hochtief Polska Sp. z o.o., Warbud S.A., Hochtief Construction AG – cena oferty 149 166 667,46 zł brutto
- 5) konsorcjum KARMAR S.A., Mostostal Warszawa S.A., Bouygues Batiment International S.A., - cena oferty 173 958 444,76 zł brutto.

Z zapisów protokołu z postępowania (druk ZP-1/PO) wynika, iż kwota przeznaczona na realizację tego zadania ustalona w korelacji z szacunkową wartością zamówienia wynosiła 155 000 000,00 zł brutto.

W związku ze złożonymi ofertami, w dniu 15 lutego 2010 r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy Porr Polska w trybie art. 90 ust. 1 ustawy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Konsorcjum Porr w dniu 22 lutego 2010 r. przedłożyło stosowne wyjaśnienia, dotyczące elementów oferty oraz podstaw obliczenia ceny oferty, wraz z dowodami na poparcie przedstawionego stanowiska. Zamawiający po weryfikacji złożonych wyjaśnień, w dniu 17 marca 2010 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z przewidzianym kryterium oceny ofert, wybierając ofertę konsorcjum Porr Polska. Na powyższe działania Zamawiającego protest, a w wyniku jego oddalenia, odwołanie wniósł Odwołujący się – BUDIMEX S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu nieodrzczenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Na początku rozważań zauważyć należy, iż ani polskie ustawodawstwo ani też dyrektywny unijne nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo

świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od Wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06). Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str 01839). Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (za wyrokiem SO w Katowicach z 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07).

Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności:

- ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT,
- ceny zaoferowane przez innych wykonawców,
- ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

Podstawą uznania oferty Konsorcjum Porr Polska za najkorzystniejszą i niezawierającą rażąco niskiej ceny były wyjaśnienia złożone przez to konsorcjum na wezwanie Zamawiającego. W dokumencie tym konsorcjum szeroko i szczegółowo wyjaśniło skąd wynika zaproponowana przez konsorcjum cena i jakie czynniki miały wpływ na jej wysokość. Zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami na cenę miały wpływ: wynegocjowane na

etapie przetargu atrakcyjne ceny od podwykonawców; finansowanie zamówienia ze środków własnych, bez konieczności korzystania ze źródeł kredytowania; skondensowany mechanizm zakupów oraz zawierania umów koncernowych z dostawcami materiałów; dokonanie optymalizacji czasowych podczas realizacji zadania; założenie, że konsorcjum Porr wygra oba zadania, co umożliwi jej obniżenie kosztów w zakresie zaplecza budowy i kadr; posiadanie przez konsorcjum własnych spółek zajmujących się dostawą i prefabrykacją stali i wykonawstwem instalacji sanitarnych; zastosowanie nowatorskich technik organizacji i wysoko wykwalifikowanej kadry techniczno-menedżerskiej; zaproszenie do współpracy lokalnych firm.

Izba nie może dać wiary twierdzeniom Odwołującego się, że złożone wyjaśnienia nie są na tyle obiektywne aby można było uznać ich prawidłowość. Odwołujący na rozprawie podnosił, iż tak złożone wyjaśnienia mogą dotyczyć każdego wykonawcy, w jego ocenie zaś z wyjaśnień powinny wynikać konkretne dowody wykonanej kalkulacji dotyczące konkretnego wykonawcy. Nie przedstawiono jednak żadnego kontrdowodu, który poddawałby w wątpliwość złożone wyjaśnienia. Warto zauważyć, iż złożony dokument jest dokumentem obszernie wyjaśniającym poczynioną kalkulację, z szeregiem załączonym dowodów na poparcie takich, a nie innych składników cenotwórczych.

Złożone przez konsorcjum PORR wyjaśnienia w ocenie Zamawiającego, jak też w ocenie składu orzekającego, spełniają wszystkie niezbędne przesłanki do uznania ich za właściwe. Pokazują obiektywne czynniki, w tym: oszczędność metody wykonania, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu. Nie zachodziły żadne okoliczności, które nie pozwoliłyby przyjąć klarowności i spójności wyjaśnień za właściwą. W ocenie Izby uprawnionym działaniem Zamawiającego było przyjęcie wyjaśnień i uznanie oferty konsorcjum Porr Polska za najkorzystniejszą.

Dlatego też zarzut podniesiony w proteście, a odnoszący się do naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie niezasadny.

Zamawiający powziął wątpliwości co do wysokości zaproponowanego wynagrodzenia, wezwał do wyjaśnień, takowe otrzymał i miał prawo uznać je za właściwe.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w odwołaniu, tj. naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba pragnie zauważyć, iż Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów na poparcie swojej tezy. Ponadto, jak słusznie zauważył Pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie, Odwołujący w odwołaniu zmodyfikował swoje zarzuty co do działań lub zaniechań Zamawiającego. Izba natomiast, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były

zawarte w proteście. Izba uznała jednak, iż zarzuty Odwołującego dotyczyły wystąpienia rażąco niskiej ceny jako przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego i postanowiła merytorycznie odnieść się do argumentów Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, iż poszczególne pozycje, a nawet całe pakiety kosztorysu Przystępującego zostały zaniżone.

Skład orzekający Izby pragnie zauważyć i przychylić się do twierdzeń Zamawiającego, że poszczególne pozycje kosztorysowe mogą podlegać ocenie tylko, jeżeli w SIWZ nie określono lub nie dookreślono zakresu przedmiotu zamówienia. W prowadzonym postępowaniu zaś zakres przedmiotu zamówienia jasno wynikał z projektu budowlanego i wykonawczego przekazanego wykonawcom.

Jak wskazuje również orzecznictwo, wyjątkowo tylko przedmiotem wstępnego badania można uczynić ceny jednostkowe, jeśli zamawiający nie określił w sposób wiążący przedmiotu zamówienia. Może to również mieć miejsce w przypadku, gdy zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie zażąda podania cen jednostkowych lub jeśli dodatkowo sposób rozliczania się wykonawcy z Zamawiającym z wykonanego zamówienia sugeruje, że ceny jednostkowe mają dla Zamawiającego istotne znaczenie (wyrok ZA z 5 lutego 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-98/07, oraz wyrok ZA z 24 kwietnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-452/07). Jak wyraźnie zaznaczył Zamawiający na rozprawie oraz co wynika z dokumentacji postępowania, kosztorys miał być złożony w formie uproszczonej do ofert, zgadzać się co do opisu pozycji, natomiast elementy kosztorysu szczegółowego były nieistotne dla Zamawiającego. Dlatego też sądzić należy, iż poszczególne ceny jednostkowe nie miały dla Zamawiającego istotnego znaczenia. Ponadto, Zamawiający przyznał na rozprawie, iż oferty (w tym załączone kosztorysy) zostały przez niego sprawdzone pod względem merytorycznym i żadna z ofert nie została w postępowaniu odrzucona jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powodu błędnego sporządzenia kosztorysów.

Nawet jeżeli przyjąć by, że ceny niektórych pozycji uległy zaniżeniu, to w ocenie Izby decydujące znaczenie (przy tak sformułowanych zapisach SIWZ) ma cena całkowita oferty. W orzecznictwie przyjęło się, że dla oceny, czy rozpatrywana oferta zawiera rażąco niską cenę - co do zasady - należy badać ogólną cenę oferty, a nie jej wyodrębnione elementy, np. ceny jednostkowe, pozycje asortymentowe (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z 24 marca 2005 r., sygn. akt II Ca 425/04).

Nie można więc zakwestionować - jako wycenionego rażąco nisko - jednego czy kilku elementów przedmiaru robót i w konsekwencji odrzucić całą ofertę wykonawcy, w sytuacji gdy łączna cena za przedmiot zamówienia nie będzie odbiegała od cen rynkowych (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07; wyrok ZA z 16 lutego 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-242/05; wyrok ZA z 5 sierpnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1209/04; wyrok ZA

z 30 czerwca 2005 r.; sygn. akt UZP/ZO/0-1561/05; wyrok ZA z 16 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-34/06). Ponadto, nie jest możliwe odrzucenie oferty z powodu zawierania rażąco niskiej ceny oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty.

Porównując więc w następnej kolejności złożone w postępowaniu oferty, słusznie Zamawiający i Przystępujący zauważyli, że różnice między nimi wynoszą konsekwentnie około 10%. Taka różnica procentowa w żaden sposób nie udowadnia wystąpienia rażąco niskiej ceny. Jest to normalne następstwo przyjęcia przez kolejnych Wykonawców różnej wielkości składników cenotwórczych czy zysku. Nie są to różnice, które mogłyby uzasadniać zarzut rażąco niskiej ceny.

Idąc dalej i porównując złożone oferty z wartością szacunkową oszacowaną przez Zamawiającego i kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania, również nie sposób przyjąć, że oferta złożona przez konsorcjum Porr Polska jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę. Wysokość zaoferowanej przez konsorcjum Porr ceny do kwoty środków, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi około 65%.

Jak pokazuje zestawienie złożone przez Przystępującego jest to poziom odpowiadający tendencjom panującym obecnie na rynku robót budowlanych. W obecnych czasach, przy panującej recesji, nie dziwi takie kształtowanie cen i zacięta walka o rynek zamówień publicznych. Nie jest to poziom rażąco odbiegający, który nie gwarantowałby nieosiągnięcia choćby minimalnego zysku lub który groziłby niewykonaniem przedmiotu zamówienia.

Odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające (za wyrokiem KIO z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 691/08). Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwalałby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Cenę tę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju robót budowlanych, jak też wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej z należytą starannością (za wyrokiem KIO z dnia 16 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 671/08). Słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, iż w postępowaniu na zadanie drugie wpłynęło 6 ofert, w tym 5 z ceną poniżej wartości szacowanej przez Zamawiającego. Wskazuje to po pierwsze na właściwe oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, a po drugie na zacięta walkę o tak intratne zamówienie.

Dokonana analiza pokazuje, iż w żadnym z punktów odniesienia, Odwołujący nie udowodnił zarzutu wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Zarzut dotyczący nieodrzczenia oferty Odwołującego wobec zastosowania rażąco niskiej ceny jako przesłanki naruszenia jednej z zasad uczciwej konkurencji należy **uznać za niezasadny**.

Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zmianami) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub naraża interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami takimi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby spełniającej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama oraz organizowanie systemu sprzedaży lawinowej.

W art. 5 do 17d ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostały doprecyzowane i uszczegółowione zachowania przedsiębiorców, które wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi taki czyn, wymaga w każdym przypadku szczegółowej analizy znamion czynu wykonawcy.

Odwołujący nie wykazał, że mamy w postępowaniu do czynienia z działaniem sprzecznym z prawem, czy dobrymi obyczajami, które narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest sytuacja, w której ma miejsce utrudnianie przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż m.in. usług poniżej kosztów świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Utrudnianie dostępu do rynku pokrywa się z pojęciem „utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej” (J. Szwaia (red.) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz 2006*). Zaś, o sprzedaży poniżej kosztów świadczenia możemy mówić w okolicznościach, gdy sprzedaż nastąpiła poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu.

Biorąc powyższe pod uwagę, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, brak podstaw do stwierdzenia, iż działania Przystępującego stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Nie sposób przyjąć, że zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia za podaną cenę spowoduje skutek w postaci utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej przez innych przedsiębiorców. Co więcej, Odwołujący nie udowodnił i nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzić, że takie ukształtowanie cen przez Przystępującego jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Każdy z wykonawców miał możliwość przyjęcia takiego sposobu kalkulacji ceny oferty, aby przy uwzględnieniu różnych determinantów (rodzaj zamówienia, jego wielkość i złożoność,

kryterium wagi – 100% cena), sporządzić ofertę konkurencyjną. Ponadto, złożenie oferty na takich warunkach jedynie w jednym postępowaniu (jednorazowa czynność), trudno uznać za utrudnianie prowadzonej działalności gospodarczej i ograniczanie dostępu do rynku.

Nie sposób przyjąć, że jej zaferowanie doprowadzi do eliminacji z rynku innych przedsiębiorców czy też „utrudni im dostęp do rynku poprzez zastosowanie środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji”. Stwierdzić można jedynie, iż wycena spornych pozycji kosztorysu i zaferowanie ceny na takim a nie innym poziomie spowodowało utratę możliwości uzyskania tego, konkretnego zamówienia. Nie oznacza to wcale, że działalność innego przedsiębiorcy z tego powodu ustanie.

Wobec braku sprecyzowania i udowodnienia przez Odwołującego się, w jaki sposób działania konsorcjum Porr podjęte w postępowaniu, utrudniają innym przedsiębiorcom dostęp do rynku i stanowić mogą czyn nieuczciwej konkurencji, skład orzekający Izby postanowił powyższy zarzut oddalić.

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Dlatego też za zasadne należy uznać działania Zamawiającego.

Ponadto Izba pragnie zauważyć, iż w związku z wykonaniem przez Zamawiającego wyroku z dnia 20 kwietnia 2010 roku, nawet stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie miałyby wpływu na wynik postępowania i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach Zamawiającego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 ze zmianami), tj. uwzględniając koszty uczestnika postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) 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:

.....

.....