

WYROK

z dnia 20 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2011 r. przez wykonawcę **BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o., 01-040 Warszawa, al. Stawki 40** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu, 45-231 Opole, ul. Oleska 127,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., DROG- BUD Sp. z o. o., 47-200 Kędzierzyn-Koźle, ul. 24 Kwietnia 4** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o. i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 **zł 00gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o.** na rzecz **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu** kwotę 3 600 **zł 00gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 401 na odcinku Grodków – Pakosławice Etap I.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 sierpnia 2011 roku pod poz. 2011/S 150- 249491.

Pismem z dnia 10 października 2011 roku (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 października 2011 roku), Budimex Budownictwo Sp. z o.o. (dalej odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., DROG- BUD Sp. z o. o.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 90 ust. 2 ustawy pzp – przez wadliwą ocenę wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, w szczególności pominięcie obiektywnych czynników przywołanych w art. 90 ust. 2 ustawy pzp i przyjęcie, że oferta wykonawcy wybranego nie zawiera rażąco niskiej ceny,
2. art. 90 ust. 3 ustawy pzp - przez nieodrzczenie oferty wykonawcy wybranego, mimo, że nie złożył on wystarczających wyjaśnień, uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny i potwierdzających tym samym, że cena ta nie jest rażąco niska.
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp – przez nieodrzczenie oferty wykonawcy wybranego, mimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. art. 7 ust. 1 ustawy pzp – przez wybór oferty podlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy wybranego oraz wybór oferty odwołującego
2. ewentualnie, z ostrożności procesowej, unieważnienie czynności wyboru oferty oraz nakazanie ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień i konsekwentnie dokonanie ponownej oceny złożonych wyjaśnień z uwzględnieniem wszystkich dokumentów złożonych w ofercie wykonawcy wybranego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., DROG- BUD Sp. z o. o. (dalej przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania.

W oparciu o dokumentację postępowania oraz złożone w toku rozprawy wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 401, etap I, wartość zamówienia wg kosztorysu inwestorskiego z dnia 4 maja 2011 roku wyniosła 60 195 248,79 zł. i została określona na podstawie cen Sekocenbudu oraz cen lokalnych, obowiązujących w drugim kwartale 2011 r.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia 32 072 000 zł.

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty, wg. następującej kolejności w kryterium cena, po poprawieniu omyłek:

1. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S. A., DROG- BUD Sp. z o. o. z ceną 30 505 778,08 zł
2. Budimex Budownictwo Sp. z o.o. z ceną 38 030 203,32 zł
3. Eurovia Polska S.A. z ceną 38 780 595,76 zł
4. Heilit Woerner Budowlana Sp. z o.o. z ceną 44 010 656,85 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 22 września 2011 roku, wezwał przystępującego do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi, przystępujący w piśmie z dnia 28 września 2011 roku wskazał na następujące okoliczności, mające wpływ na cenę oferty:

1. od wielu lat prowadzi działalność i dzięki swój renomie jest w stanie wynegocjować korzystne ceny materiałów usług i sprzętu, posiada własny, nowoczesny sprzęt.
2. w poprzednich latach realizował już kontrakty w tej samej okolicy, co pozwoliło mu zapoznać się z rynkiem lokalnych dostawców i podwykonawców.
3. założył minimalny zysk, przy czym uzasadnienie to ma uzasadnienie ekonomiczne, w tym, iż kontrakt „przechodzi na następny rok”, co gwarantuje zatrudnienie pracowników na okres zimowy.
4. posiada własną, nowoczesną wytwórnię mas bitumicznych, nowoczesną wytwórnię prefabrykatów drogowych, własny sprzęt i środki transportu.
5. prowadzi kilka budów w województwie dolnośląskim, co stwarza mu możliwość optymalnego grupowania sił i środków.

6. od wielu lat kupuje materiał kamienny z kopalni położonej w pobliżu inwestycji, co gwarantuje mu możliwość zakupu materiału po niskiej cenie
7. posiada certyfikat ISO 9001- 2008, co pozwala na zastosowanie nowoczesnych metod organizacyjnych.
8. ma bogate doświadczenie przy realizacji inwestycji, co pozwala obniżyć koszty.
9. Koszty składowania i utylizacji odpadów są marginalne, bo posiada decyzję zezwalającą na odzysk odpadów.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne, po wysłuchaniu wyjaśnień stron i uczestnika postępowania złożonych do protokołu rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a odwołujący, jako podmiot kwestionujący wybór oferty najkorzystniejszej, legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania.

Na wstępie Izba stwierdziła, że ustalona przez zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia publicznego na kwotę ponad 60 milionów złotych, zgodnie z oświadczeniem zamawiającego, jest wartością zawyżoną i nie może być punktem odniesienia do stwierdzenia czy zaoferowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej. O zawyżeniu wartości szacunkowej zamówienia świadczy dodatkowo fakt, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia wyliczona w oparciu o ceny rynkowe podobnych robót budowlanych są znacznie niższe od wartości szacunkowej zamówienia. Szacunkowa wartość zamówienia jest ustalana przed wszczęciem postępowania i nie musi odzwierciedlać aktualnych cen rynkowych danych robót budowlanych, a co za tym idzie nie może być jedynym miernikiem do stwierdzenia czy zaoferowano cenę rażąco niską, szczególnie w sytuacji przyznania przez zamawiającego, że wartość szacunkowa została błędnie oszacowana. Wówczas zamawiający ma obowiązek odnieść zaproponowane ceny przede wszystkim do zakresu przedmiotu zamówienia i cen innych ofert złożonych w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że ceny ofert złożonych w tym postępowaniu nie odbiegają w sposób rażący od siebie, w szczególności cena oferty najkorzystniejszej jest droższa od oferty odwołującego o ok. 7,5 miliona złotych, co nie przekracza 20 %. Ponadto cena oferty odwołującego jest niższa od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia o ok. 1,5 miliona złotych. Kwota, jaką zamawiający przeznaczył na finansowanie zamówienia, wyliczona została w oparciu o ceny rynkowe i ceny uprzednio prowadzonych postępowań o zamówienie publiczne o podobnym zakresie i

złożoności i to ona może stanowić odniesienie do oceny czy zaproponowana cena jest ceną rażąco niską. Izba odwołuje się w tym miejscu do jednolitej linii orzeczniczej, zgodnie z którą za cenę rażąco niską należy przyjąć cenę nierealistyczną, za którą wykonawca nie jest w stanie terminowo i w sposób prawidłowy zrealizować zamówienia.

Procedura, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, ma na celu wyjaśnienie elementów, mających wpływ na kalkulację ceny oferty i jest wszczynana w sytuacji, gdy zamawiający poweźmie uzasadnione wątpliwości co do zaniżenia ceny oferty. Uruchomienie procedury udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W rozpatrywanym stanie faktycznym, zdaniem Izby, przy podanych wyżej różnicach cen pomiędzy ofertami innych wykonawców a przede wszystkim wartością przeznaczoną na realizację zamówienia, brak było podstaw do podejrzeń, że cena oferty przystępującego jest skalkulowana w sposób nierzetelny.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Izby złożone przez przystępującego wyjaśnienia z dnia 28 września 2011 roku, mimo, że, rację ma odwołujący - lakoniczne i ogólnikowe, potwierdzają dodatkowo, że cena zaproponowana przez przystępującego jest realna, adekwatna do przedmiotu zamówienia i są wystarczające do twierdzenia, że możliwa jest prawidłowa realizacja przedmiotowego zamówienia za cenę podaną w ofercie.

Mając an uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....