

Sygn. akt: KIO 1513/12

**WYROK**  
**z dnia 26 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 lipca 2012 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2012 r. przez **Odwołującego** – Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych S.A., ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale **Wykonawcy** - Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych S.A., ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych S.A., ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków, tytułem wpisu od odwołania.

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

I. PKP Polskie Linie Kolejowe SA (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Wykonanie wzmocnienia podtorza kolejowego na szlaku Biadolin - Bogumiłowice w km 61,300-69,300 realizowanego w ramach Projektu POIiŚ 7.1- 30 „Modernizacja linii kolejowej E 30/C-E30 odcinek Kraków - Rzeszów etap III”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 28 kwietnia 2012 r., poz. 2012/S 83-135991 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 16 lipca 2012 r. Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie SA (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA S.A., które prowadzi do niezgodnego z przepisami ustawy udzielenia zamówienia SKANSKA S.A., co powoduje naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA S.A., podczas gdy złożona oferta zawierała rażąco niską cenę;
- art. 90 ust 2 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie przez Zamawiającego niewłaściwej oceny złożonych przez SKANSKA S.A. wyjaśnień;
- art. 90 ust 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA S.A., mimo iż Wykonawca nie złożył wyjaśnień, które by uzasadniały, iż zaofferowana cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiła SKANSKA SA, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Po stronie Odwołującego zostało zgłoszone przystąpienie przez Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o., jednak i Zamawiający i Odwołujący na

posiedzeniu oświadczyli, że nie otrzymali kopii zgłoszenia przystąpienia.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, Przystępujący złożył ofertę z najniższą ceną, a następnie jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego powinna być odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny – po pierwsze dlatego że taką cenę zaoferowała, po drugie – z powodów proceduralnych: skoro wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie rażąco niskiej ceny, a Przystępujący nie obalił tego domniemania, ponieważ jego wyjaśnienia były zbyt ogólnikowe), to jego oferta powinna być odrzucona.

W ocenie Odwołującego, do wyjaśnień nie załączono wystarczających dowodów, potwierdzających, iż zaproponowana cena jest ceną rynkową. W wyjaśnieniach mianowicie odniesiono się jedynie do ceny cementu, która stanowi – zdaniem Odwołującego - maksymalnie 22% procent ogólnej ceny (wykonanie całego zakresu przewidzianego SIWZ przy założeniu maksymalnych normowo dopuszczalnych ilości cementu pochłonie 20 tys. ton cementu, co przy cenie rynkowej ok 250 zł za tonę stanowi koszt ok. 5 mln zł). Zakładając, że SKANSKA S.A. uzyska ceny niższe nawet o 20% niż Odwołujący, który również korzysta z szeregu rabatów i upustów, realizując prace na terenie całej Polski, spowoduje to obniżenie wartości całego zadania o 4,4% podczas gdy różnica pomiędzy ofertami SKANSKA S.A. i Odwołującego wynosi 12,6%. Nie można zatem uznać, że wyjaśnienia odnoszące się jedynie do niewielkiego zakresu kosztorysu ofertowego pozwalają na przyjęcie, że cena została prawidłowo skalkulowana. SKANSKA S.A. nie odniosła się natomiast w swych wyjaśnieniach do uzasadnienia tej rażąco niskiej, w ocenie Odwołującego, cen jednostkowych.

Udzielając wyjaśnień, wykonawca powinien nie odnosić się zdaniem Odwołującego do rzeczywiście dość ogólnikowego wezwania Zamawiającego, ale do trzech elementów formularza ofertowego - w związku z tym prawidłowo sporządzone wyjaśnienie winno odnieść się do wszystkich trzech elementów i tylko takie wyjaśnienie, według Odwołującego, można byłoby uznać za zadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dokonał dokładnej, zgodnej z wymogami Prawa zamówień publicznych analizy złożonych przez SKANSKA S.A. wyjaśnień. Uszło uwadze Zamawiającego, że nie odniesiono się w nich do warunków konkretnego zamówienia oraz nie przedstawiono żadnych konkretnych okoliczności, mających realny wpływ na zaoferowaną cenę. Korzystna cena cementu, na którą powoływała się SKANSKA S.A. nie uzasadnia takiej różnicy w cenie ofertowej poszczególnych wykonawców, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu, co wykazano we wcześniejszej części uzasadnienia. Z uwagi na powołane okoliczności Zamawiający, na podstawie art. 90 ust 2 Prawa zamówień

publicznych powinien stwierdzić, że SKANSKA S.A. nie złożyła prawidłowych wyjaśnień, przez co nie udowodniła, że zaproponowana przez nią cena nie jest ceną rażąco niską. W związku z tym, oferta Wykonawcy SKANSKA S.A. winna zostać odrzucona.

Odwołujący podkreślał, że zaproponowana przez SKANSKA S.A. cena odbiegają zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen pozostałych wykonawców. Przy porównywaniu cen zaproponowanych przez Odwołującego oraz SKANSKA S.A. zwracał uwagę na fakt, iż Odwołujący realizuje prace na przedmiotowym odcinku w ramach realizacji zadania pn: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków - Medyka - granica państwa na odcinku Biadoliny - Tarnów w km - 80,200 w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E30/C-E 30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III”, a niniejsze postępowanie dotyczy robót, które będą realizowane na tym samym odcinku. W związku z tym cena ofertowa Odwołującego została pomniejszona o koszty: - dróg dojazdowych - jako wykonawca robót torowych Odwołujący posiada wybudowane własne drogi technologiczne, jak również podpisała stosowne porozumienie z wykonawcą kontraktu na budowy autostrady A4 zezwalające na korzystanie z dróg technologicznych autostrady - organizacji i utrzymywania zaplecza budowy - mobilizacji oraz transportu sprzętu (koparek, spychaczy, walców, lokomotywy wraz z wagonami), - wynajmu placów składowych - możliwość realnego wpływu na organizację robót na kontrakcie zasadniczym. Wszystkie ww. pozycje w ofertach pozostałych Wykonawców winny być uwzględnione. Należy zatem stwierdzić, że Odwołujący trafnie i skutecznie powołał się na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia, które wyróżniają go spośród innych Wykonawców pod względem możliwości kalkulacji ceny

Odwołujący podnosił, iż cena zaoferowana przez SKANSKA S.A. spełnia przesłanki ceny rażąco niskiej, ponieważ nie jest możliwe, że SKANSKA S.A. za zaproponowaną cenę będzie w stanie zrealizować zamówienie osiągając przy tym określony zysk. Formularz ofertowy przedstawiony przez Zamawiającego składa się jedynie z trzech pozycji. Zauważyć należy, że dwie z nich w sposób rażący odbiegają od cen rynkowych i należy uznać je za rażąco niskie. Chodzi o ceny jednostkowe iniekcji gruntu oraz pali  $\varnothing$  100cm. W przedmiotowym postępowaniu w szczególności należy zwrócić uwagę na cenę jednostkową iniekcji gruntu, zaproponowaną przez SKANSKA S.A., w wysokości 66,5zł. W ocenie Odwołującego, dokonanej po dokładanej analizie danego segmentu rynku, wynika, że minimalny koszt jednostkowy iniekcji (obliczony bez narzutów) to 75,61 zł za metr bieżący. Szczegółową kalkulację kosztów i oferty specjalistycznych firm podwykonawczych przedstawiamy w załącznikach. W SIWZ przewidziano, że ok. 71% wzmocnień wykonanych będzie przy zastosowaniu iniekcji cementowej gruntu (4076mb torowiska z całości 5750mb torowiska). A zatem wycena tego składnika oferty ma decydujący wpływ na wartość oferty. Różnica wyceny jedynie w tym elemencie pomiędzy SKANSKA S.A. a Odwołującym wynosi

ponad 5,6 mln zł netto, a cena ofertowa SKANSKA S.A. jest o 38% niższa od ceny Odwołującego i o ponad 43 % niższa od średniej pozostałych trzech oferentów.

Drugim składnikiem cenotwórczym oferty jest wykonanie wzmocnienia podłoża za pomocą pali żelbetowych Ø 100cm. Co prawda pale żelbetowe SIWZ przewiduje jedynie na 8,5% długości wzmocnianego odcinka (na 490 mb torowiska z całości 5750 mb torowiska) to zauważyć należy, że zaproponowana przez SKANSKA S.A. cena jednostkowa nie pokrywa nawet kosztów materiałów niezbędnych do wykonania pali żelbetowych Ø 100cm i materaca zwieńczającego wykonaną palisadę. Minimalny koszt materiałów dla wykonania 1 mb pala (tj. ok 8 m<sup>3</sup> żelbetu) wynosi 370zł (oferty). Materiały niezbędne do wykonania materaca przypadającego na 1mb pala (0,62m<sup>2</sup> materaca) to kolejne 58zł (0,62m<sup>2</sup> x 93,74zł (analiza)). Nie wliczając kosztów projektu, robocizny, ogólnych, mobilizacji prac przygotowawczych i innych oraz minimalnego zysku suma kosztów materiałów wynosi 428zł i jest wyższa od pozycji ofertowej SKANSKA S.A., która wynosi 369,95zł. Odwołujący w swym wyjaśnieniu przedstawił ofertę specjalistycznej firmy zewnętrznej na wykonanie samych pali czym potwierdza przedstawione wyżej wyliczenia. Na potwierdzenie naszej analizy cenowej przedstawiamy oferty cenowe złożone Odwołującemu na etapie przygotowania oferty. Odwołujący dostrzegając, że wyceny pozostałych oferentów wynoszą 495zł, 507zł, 856zł i są odpowiednio wyższe o 25%, 27%, oraz 57%) od ceny jednostkowej zaproponowanej przez SKANSKA S.A. Z powyższego wynika, że również ten składnik cenowy oferty jest nierealny, czyli rażąco niski, a złożona oferta nie gwarantuje wykonania tej części zadania w kwocie zaproponowanej przez SKANSKA S.A. W związku z tym, przedstawione przez SKANSKA S.A. w ofercie ceny, w porównaniu do cen rynkowych wskazują, że nie zostały prawidłowo skalkulowane, zatem Odwołujący podnosi, że w związku z tym SKANSKA S.A. za zaproponowaną cenę będzie w stanie zrealizować zamówienia osiągając przy tym zysk. Znaczne niedoszacowanie ilościowo pozycji kosztorysu wskazuje jednoznacznie, że doszło do złożenia oferty z rażąco niską ceną. Jednocześnie, z powołaniem się na art. 8 ust 3 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący zastrzegł treść ofert (załączniki nr 2-6), „jako ofert dedykowanych wyłącznie dla Odwołującego, stanowiących cenne źródło informacji o niepowszechnym dostępie dla konkurencji”.

Opisane powyżej działania i zaniechania Zamawiającego naruszają ponadto zdaniem Odwołującego art. 7 ust. 1 3 Prawa zamówień publicznych, prowadząc do niezgodnego z ustawą uprzywilejowania SKANSKA S.A.

W związku z powyższym Odwołujący wnoszą o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie,
  2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy, SKANSKA S.A., jako najkorzystniejszej,
  3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
  4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy SKANSKA S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
  5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania,
- a ewentualnie o: nakazanie Zamawiającemu wezwania SKANSKA S.A. do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiła, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego, SKANSKA SA, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Po stronie Odwołującego zostało zgłoszone przystąpienie przez Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o., jednak i Zamawiający i Odwołujący na posiedzeniu oświadczyli, że nie otrzymali kopii zgłoszenia przystąpienia. Izba stwierdziła, iż zgłaszający przystąpienie po stronie odwołującego Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych SANEL Sp. z o.o. nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego, ponieważ zgłoszenie przystąpienia nastąpiło bez przekazania kopii Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, co zgodnie z art. 185 ust 2 zdanie drugie Prawa zamówień publicznych, warunkuje skuteczność przystąpienia.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione, ponieważ Odwołujący nie udowodnił podnoszonych w nim zarzutów.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 58 135 134,52 zł (protokół postępowania druk ZP-PN, pkt. 2.1 – kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego w aktach sprawy, podobnie jak innych dokumentów wymienionych w uzasadnieniu). Przedmiot zamówienia obejmował opracowanie dokumentacji projektowych (projekt wykonawczy) dla zrealizowania robót oraz wykonanie robót budowlanych w oparciu o dokumentację projektową (punkt 2. SIWZ).

2. Cenę oferty należało podać w formularzu ofertowym; cena ta miała być „przeniesiona” z załączonego do oferty załącznika „ROZBICIE CENY OFERTOWEJ”, którego wzór Zamawiający załączył do SIWZ jako załącznik nr 2. Należało wypełnić 3 pozycje tabeli (dla każdego z dwóch etapów): „Wykonanie kolumn DSM-fi=80”, „Zabudowa pali=fi 100 cm”, „Iniekcje gruntu”. Podane w tabeli pozycje miały obejmować cenę za wszystkie prace związane ze wzmocnieniami podtorza, w tym między innymi:

- wykonanie dokumentacji projektowych (projekt wykonawczy) dla zrealizowania robót obejmujących wzmocnienie podtorza wraz z ewentualnymi uzupełniającymi badaniami geotechnicznymi;
- wykonanie kolumn wykonywanych metodą głębokiego mieszania (kolumny DSM), pali wierconych żelbetowych i iniekcji. Wszystkie te pozycje wraz z warstwą transmisyjną;
- koszty sprzętu i materiałów niezbędnych do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia;
- koszty zaplecza budowy;
- koszty budowy i urządzania dróg dojazdowych na budowę, jak i do placów składowych oraz skutki korzystania z dróg publicznych obciążają Wykonawcę;
- koszty wykonania robót ziemnych polegających na zebraniu na całej długości frontu robót odpowiedniej warstwy podłoża wraz z jego odwozem.

3. W postępowaniu złożono 4 oferty z następującymi cenami (według „Informacji z sesji otwarcia ofert” z dnia 11 czerwca 2012 r.):

- 38 894 237,75 zł (oferta ZISiRI „SANEL” Sp. z o.o.),
- 33 194 782,43 zł (oferta Aldesa Construcciones SA),
- 30 953 316,45 zł (oferta Odwołującego),



- 27 053 562,36 zł (oferta Przystępującego).

4. Zamawiający trzech wykonawców, którzy zaoferowali najniższą cenę, wezwał do wyjaśnień w dniu 22 czerwca 2012 r., formułując ogólne żądanie z powołaniem się na art. 90 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych.

5. Wszyscy trzech wezwani wykonawcy odpowiedzieli w terminie. Odwołujący uzasadnił zaoferowaną przez siebie cenę realizowaniem prac na kontrakcie zasadniczym. Załączył ofertę podwykonawcy na realizację części przedmiotu zamówienia na kwotę bliskiej połowie zaoferowanej ceny. Przystępujący wskazał na prowadzoną przez siebie centralną politykę zakupową, która pozwala na zawieranie kontraktów na materiały w ilościach przekraczających potrzeby jednego projektu, co pozwala obniżyć koszty materiałowe – załączył briefy umów centralnych na dostawy „materiałów kluczowych dla tego zamówienia”, wraz ofertami cenowymi (ogółem 4 załączniki). Obaj wykonawcy utajnili załączniki do wyjaśnień.

6. Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia Przystępującego i uznał jego ofertę za najkorzystniejszą, na co Odwołujący wniósł odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, co następuje:

Rację ma Odwołujący twierdząc w odwołaniu, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych stwarza swoiste domniemanie rażąco niskiej ceny – i jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie (przy czym akceptuje się pogląd, że wyjaśnienia zbyt ogólnikowe traktuje się jak wyjaśnienia, które nie zostały złożone), to przyjmuje się, że złożył on ofertę z rażąco niską ceną; niemniej jednak w okolicznościach niniejszego stanu faktycznego Izba nie stwierdziła, w kontekście SIWZ, cen zaproponowanych w ofertach złożonych w postępowaniu, pytania zadanego przez Zamawiającego, i odpowiedzi Przystępującego – że wyjaśnienia Przystępującego są ogólnikowe w sposób uzasadniający odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Izba stwierdziła również, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący złożył ofertę z rażąco niską ceną.

Skoro wezwanie wystosowane do wykonawcy miało ogólny charakter, wyjaśnienia Przystępującego zostały sformułowane na dość wysokim stopniu ogólności – odpowiedź na wezwanie była adekwatna do treści samego wezwania, niemniej Przystępujący załączył konkretne oferty cenowe na kluczowe materiały na potrzeby niniejszego zamówienia. Wyjaśnienia Odwołującego zdaniem Izby były na takim samym poziomie ogólności, co wyjaśnienia Przystępującego – dlatego dziwią wywody odwołania, rozwijane później na

rozprawie, że Przystępujący, wobec konstrukcji formularza cenowego, powinien się być odnieść do elementów z rozбивa ceny ofertowej (załącznika nr 2 do SIWZ). Odwołujący nie przeprowadził w wyjaśnieniach takiej analizy, tymczasem twierdził w odwołaniu, że „prawidłowo sporządzone wyjaśnienie winno odnieść się do wszystkich trzech elementów i tylko takie wyjaśnienie można byłoby uznać za zadośćuczynienie wezwaniu Zamawiającego.” Izba, wobec treści SIWZ i wezwania do wyjaśnień, nie znalazła podstaw do takiego stanowiska, tym bardziej, że sam Odwołujący się do niego nie zastosował (cenę odnośnie niepełnego zakresu niektórych elementów można wywodzić z utajnionej oferty podwykonawcy, ale Odwołujący nie powoływał się na te wyjaśnienia i nie wskazywał, jak się ma zakres trzech pozycji wycenionych przez podwykonawcę do zakresu pozycji składających się na przedmiot zamówienia).

W okolicznościach niniejszej sprawy jedynym uzasadnieniem do wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych była różnica pomiędzy oszacowaną przez Zamawiającego wartością zamówienia, a cenami złożonymi w postępowaniu, a nie - różnica pomiędzy cenami wynikającymi z ofert złożonych w postępowaniu. Jak wynika z zestawienia cen ofertowych, w niniejszym postępowaniu trzy pierwsze ceny w postępowaniu są na zbliżonym poziomie, nie różnią się od siebie w sposób drastyczny. W tych okolicznościach można się raczej zastanawiać, czy Zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia, przy uwzględnieniu dynamicznej sytuacji na rynku budowlanym, niż z góry przyjmować założenie, że najniższa cena w postępowaniu jest rażąco niska - skoro nie odbiega ona w sposób znaczący od innych cen w postępowaniu, a jedynie od wartości szacunkowej. Domniemanie rażąco niskiej ceny w związku z wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych powstaje zdaniem składu orzekającego tylko wówczas, gdy wezwanie było faktycznie uzasadnione, a nie wtedy, gdy zadano je wyłącznie dla dochowania formalizmu postępowania czy z ostrożności bądź dla zaspokojenia ciekawości Zamawiającego.

W konsekwencji ocena wyjaśnień Przystępującego złożonych Zamawiającemu nie może być w pełni automatyczna, jak chce Odwołujący, bowiem każdy element związany z badaniem ewentualności rażąco niskiej ceny – zasadność wezwania, ocena wyjaśnień, ich ogólnikowości czy szczegółowości zależy od skonkretyzowanego stanu faktycznego w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Inaczej te elementy będą oceniane przy różnicy pomiędzy ofertami najniższą a następną w kolejności rzędu 8% (zgodnie z obliczeniami Odwołującego w odwołaniu - jak w niniejszym postępowaniu), inaczej, gdyby różnica ta wynosiła np. 50%. Powyższe ma również wpływ na rozkład ciężaru dowodu i na oczekiwanie co do stopnia szczegółowości wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych: jeżeli są wątpliwości co do zasadności wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a w wyjaśnieniach uzasadniono podanie

ceny na zaoferowanym poziomie, to w takiej sytuacji Odwołujący powinien wykazać, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień Przystępującego pod kątem stawianych zarzutów przez Odwołującego, Izba stwierdziła, że nie jest trafne twierdzenie Odwołującego, że są one wyłącznie ogólnikowe, i że nie załączono do nich wystarczających dowodów. Rzeczywiście, jak większość wyjaśnień, wyjaśnienia Przystępującego zawierają część ogólną – odnoszącą się do definicji rażąco niskiej ceny i dobrej sytuacji rynkowej wykonawcy, jednak zawierają też konkretne wskazówki, jak wynegocjowane przez wykonawcę ceny cementu (i załączone oferty). Zatem w ocenie Izby nie można byłoby wyjaśnień uznać za niezłożone – zawierają one konkretne informacje, które ewidentnie miały wpływ na obliczenie ceny. Chociaż Odwołujący twierdził w odwołaniu, że w niniejszym zamówieniu cena cementu nie ma charakteru cenotwórczego, to dalej wskazywał, że udział procentowy cementu w zamówieniu wynosi 22%, a więc ponad 1/5. W ocenie Izby jest to znaczny wpływ na cenę – i właśnie cenotwórczy. Dalej Odwołujący podnosił, że cena jego oferty różni się od ceny oferty przystępującego o 12,6%, a po uwzględnieniu możliwie niskiej ceny cementu wynegocjowanej przez Odwołującego różnica ta by zmalała do 8,2%. Różnica tego rzędu, przy cenach rynkowych na roboty budowlane powyżej 20 000 000,00 zł nie jest różnicą kolosalną, przeciwnie – jest niewielka. Biorąc pod uwagę powyższe oraz opisaną wcześniej wątpliwość co do skuteczności wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (skuteczności odnośnie spowodowania automatyzmu domniemania rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego ze względu na stopień szczegółowości wyjaśnień), wobec rodzaju podniesionych zarzutów – Odwołujący w toku postępowania odwoławczego winien udowodnić w sposób nie budzący wątpliwości, że za cenę zaoferowaną przez Przystępującego nie da się wykonawca zamówienia, czego jednak w ocenie Izby nie uczynił.

Odwołujący analizował szczegółowo – opierając się na ofertach otrzymanych przez własnych kontrahentów poszczególne trzy składniki ceny wynikające z formularza ofertowego. Izba oceniła, że analiza ta nie może być uznana za miarodajną: wynikało z niej po pierwsze, co niewątpliwie zostało przyjęte w orzecznictwie KIO, że pod kątem rażąco niskiej ceny bada się globalną cenę, a nie jej niektóre składniki. Z analizy Odwołującego wynikało, że rzeczywiście niektóre składniki ceny w ofercie Przystępującego są niższe, niż w ofercie Odwołującego, a inne – wyższe, zatem nie może to w żaden sposób przesądzać o rażąco niskiej cenie. Po drugie Odwołujący opierał się na ofertach własnych kontrahentów – Przystępujący również przedstawił otrzymane oferty swoich kontrahentów. Zauważyć należy, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach powoływał się na ofertę podwykonawcy na kwotę bliskiej połowie zaoferowanej przez siebie oferty – Zamawiający na rozprawie stwierdził, że oferta podwykonawcy Odwołującego obejmuje według jego szacunków ok.

70% wartości zamówienia, do czego Odwołujący w ogóle się nie odniósł, a więc Izba uznała ten fakt za przyznany przez Odwołującego. Skoro Odwołujący zamierza wykonać większość przedmiotu zamówienia przy pomocy podwykonawcy (a Przystępujący – zgodnie z jego oświadczeniem na rozprawie i w przystąpieniu – samodzielnie) to niewykluczone, że różnicę pomiędzy cenami ofertowymi Odwołującego i Przystępującego konsumuje marża podwykonawcy; Przystępujący złożył na rozprawie dowód „Czynniki cenotwórcze oferty PRK w odniesieniu do cen Sekocenbud” - którego Odwołujący nie podważał – a wynika z niego, że Odwołujący ujął we własnej ofercie ponadprzeciętne koszty robocizny i narzuty kosztów pośrednich. Po trzecie – analizy Odwołującego odnoszące się do poszczególnych pozycji z rozbitcia cenowego Izba uznała również za niemiarodajne z tego powodu, że cena dla każdej pozycji była ryczałtowa w tym sensie, że należało w niej ująć wszelkie koszty konieczne do zrealizowania zamówienia (w tym wykonanie dokumentacji projektowej). Skoro tak, to Przystępujący mógł te koszty („niemateriałowe”) rozkładać pomiędzy poszczególnymi pozycjami w sposób dowolny (brak było ku temu szczegółowych wskazówek w SIWZ) – skoro niektóre ceny ma niższe, a inne wyższe, niż w ofercie Odwołującego.

Jedyną okolicznością mogąca budzić wątpliwości, to jak się okazało dopiero na rozprawie – to ewentualna zgodność oferowanego przez Odwołującego kamienia z SIWZ. Jednak okoliczność ta nie była podniesiona w odwołaniu, pojawiła się dopiero na rozprawie jako polemika z treścią przystąpienia. Zamawiający tak w niniejszym postępowaniu skonstruował treść oferty, że niemożliwe byłoby na podstawie formularza ofertowego z jego załącznikiem badanie zgodności poszczególnych materiałów z SIWZ. Wywody Odwołującego (na rozprawie, w odniesieniu do zgłoszenia przystąpienia, a nie co do treści oferty złożonej w postępowaniu) wskazywały, że rzeczywiście trudno byłoby zaoferować kamień o wskazywanych przez niego parametrach z lokalizacji przez niego opisanych – niemniej jednak jako punkt odniesienia do oceny zgodności z SIWZ Odwołujący powoływał się na SIWZ innego postępowania, nie przeprowadzając dowodu na bezpośredni związek pomiędzy przywołaną SIWZ a niniejszym postępowaniem. Ponieważ zarzut co do zgodności z SIWZ był zgłoszony po terminie, Izba uznała, że jest to kwestia, która nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia. Wobec treści podniesionych w odwołaniu zarzutów, Izba mogła tylko przyjąć, że Odwołujący uprawdopodobnił, że w odniesieniu do ceny samego kamienia Przystępujący zaoferował cenę na bardzo niskim poziomie, niemniej jednak w świetle opisanych w niniejszym uzasadnieniu okoliczności nie mogło to zadecydować o uznaniu, że globalna cena oferty Przystępującego jest rażąco niska.

Wydaje się, że Odwołujący przedstawiając swoje argumenty na potwierdzenie podnoszonych zarzutów sugerował inter alia, że nikt inny oprócz niego nie mógł zaoferować najniższej ceny w postępowaniu, ponieważ prowadzi prace na obszarze realizacji przedmiotu zamówienia, zatem ma ułatwiony dostęp do jego wykonywania, co mógł uwzględnić

w kosztach. Niewątpliwie w takiej sytuacji Odwołujący jest w dogodnej sytuacji, jednak nie zostało wykazane, jaki rzeczywisty wpływ cenotwórczy ma sytuacja Odwołującego. Odwołujący ocenia ją na 10% wartości zamówienia, Przystępujący na 1,5 % (zgodnie z oświadczeniami złożonymi do protokołu). Szacunki te więc znacznie się różnią, a Odwołujący nie poparł swoich twierdzeń w tym zakresie żadnymi dowodami (kalkulacjami), pomijając nawet fakt, że wydaje się, że każdy z wykonawców ma m. in. potencjalną możliwość podpisania porozumień odnośnie korzystania z dróg technologicznych autostrady. W konsekwencji Izba uznała, że różnica w cenach pomiędzy ceną oferty Odwołującego a Przystępującego jest wynikiem konkurencji i nie ma podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący zaoferował rażąco niską cenę.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło wskazywanych przez Odwołującego naruszeń Prawa zamówień publicznych i orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....