

WYROK

z dnia 9 stycznia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2012 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych „UW SERVICE” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex Spółka Akcyjna w Warszawie, Ferrovial Agroman Spółka Akcyjna w Madrycie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa - Urzędowi Morskiemu w Szczecinie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex Spółka Akcyjna w Warszawie, Ferrovial Agroman Spółka Akcyjna w Madrycie** w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy złożona przez nich oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych „UW SERVICE” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego – **Skarbu Państwa - Urzędu Morskiego w Szczecinie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych „UW SERVICE” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Urząd Morski w Szczecinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dla inwestycji pod nazwą: „Przebudowa falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 14 grudnia 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. w Gdańsku i Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW Service Sp. z o.o. w Szczecinie (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) Czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- 2) Zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności w postaci zwrócenia się przez zamawiającego do Konsorcjum BUDIMEX Spółki akcyjnej w Warszawie - Ferroviał Agroman SA w Madrycie oraz konsorcjum Mostostal Warszawa Spółki akcyjnej -Aarsleff Sp. z o.o. w Warszawie o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty ww. wykonawców, w celu ustalenia, czy oferty tych wykonawców nie zawierają rażąco niskiej oceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego zwrócenia się do Konsorcjum BUDIMEX Spółki akcyjnej w Warszawie - Ferroviał Agroman SA w Madrycie oraz konsorcjum Mostostal Warszawa Spółki akcyjnej - Aarsleff Sp. z o.o. w Warszawie o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty ww. wykonawców, w celu ustalenia, czy oferty tych wykonawców nie zawierają rażąco niskiej oceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy porównanie wysokości ofert ww. wykonawców, w stosunku do innych ofert, a także w stosunku do kosztorysu inwestorskiego zamawiającego wskazuje, iż ww. oferty spełniają przesłanki określone przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, to jest oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum BUDIMEX Spółki akcyjnej w Warszawie - Ferrovia Agroman SA w Madrycie oraz konsorcjum Mostostal Warszawa Spółki akcyjnej - Aarsleff Sp. z o.o. w Warszawie, pomimo że oferty tych wykonawców zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

co doprowadziło do:

- naruszenia przepisu art. 7 ust I ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty, która rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji

Wskazując na powyższe odwołujący się wniesli o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 5 grudnia 2012 roku;
- 2) nakazanie zamawiającemu zwrócenia się do Konsorcjum BUDIMEX Spółki akcyjnej w Warszawie - Ferrovia Agroman SA w Madrycie oraz konsorcjum Mostostal Warszawa Spółki akcyjnej - Aarsleff Sp. z o.o. w Warszawie o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty ww. wykonawców, w celu ustalenia, czy oferty tych wykonawców nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) odrzucenie ofert złożonych przez Konsorcjum BUDIMEX Spółki akcyjnej w Warszawie - Ferrovia Agroman SA w Madrycie oraz konsorcjum Mostostal Warszawa Spółki akcyjnej - Aarsleff Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako zawierających cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący się podnieśli, iż w dniu 5 grudnia 2012 roku KB DORACO Sp. z o.o. została zawiadomiona o wyborze przez zamawiającego oferty Konsorcjum BUDIMEX Spółki akcyjnej w Warszawie - Ferrovia Agroman SA w Madrycie. Jak wynika z informacji przekazanej przez zamawiającego, cena oferowana przez wybranego przez zamawiającego wykonawcę wynosiła 24.357.405 zł. Cena drugiej w kolejności oferty konsorcjum Mostostal Warszawa Spółki akcyjnej - Aarsleff Sp. z o.o. w Warszawie wynosiła

28.400.346,70 zł. Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), jedynym kryterium uznania oferty za najkorzystniejszą, była cena.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, odrzuceniu podlega oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołujących się istnieją uzasadnione wątpliwości, iż cena oferowana zarówno przez konsorcjum BUDIMEX Spółki akcyjnej w Warszawie - Ferrovia Agroman SA w Madrycie oraz Mostostal Warszawa Spółki akcyjnej - Aarsleff Sp. z o.o. w Warszawie wyczerpuje przesłanki określone przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący się podkreślili, że kosztorys inwestorski zamawiającego wykazuje, iż koszt wykonania zamówienia publicznego wynosi 49.890.000 zł. Powyższe oznacza, iż wartość zamówienia ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego przewyższa cenę oferowaną przez wykonawcę konsorcjum BUDIMEX Spółki akcyjnej w Warszawie - Ferrovia Agroman SA w Madrycie o ponad 100% i przewyższa cenę oferowaną przez Mostostal Warszawa Spółki akcyjnej - Aarsleff Sp. z o.o. w Warszawie o prawie 100%. Tak duża różnica cen wskazuje, w sytuacji gdyż zamawiający najlepiej zna swoje potrzeby, zakres zamówienia publicznego i potencjalne koszty jego wykonania, iż realizacja zamówienia przez wybranego wykonawcę za oferowaną przez niego cenę jest nierealna.

Również porównanie wysokości cen oferowanych przez ww. wykonawców, z cenami pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty, wskazuje na dużą rozbieżność cenową.

W ocenie odwołujących się zamawiający widząc tak dużą różnicę cen, w tym tak dużą (ponad 100%) różnicę ceny uznanej za najkorzystniejszą oferty, zobowiązany był podjąć działania wyjaśniające określone przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zobowiązany był zwrócić się do Konsorcjum BUDIMEX Spółki akcyjnej w Warszawie - Ferrovia Agroman SA w Madrycie oraz konsorcjum Mostostal Warszawa Spółki akcyjnej - Aarsleff Sp. z o.o. w Warszawie o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty w/w wykonawców, w celu ustalenia, czy oferty tych wykonawców nie zawierają rażąco niskiej oceny w stosunku do przedmiotu zamówienia - czego zamawiający zaniechał. Podjęcie przez zamawiającego ww. czynności, do której był zobligowany mocą ww. przepisu prawa, pozwoliłoby wyjaśnić, czy oferowane przez ww. wykonawców ceny są realne i rzeczywiste.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 grudnia 2012 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości. Stwierdził, iż ceny zaoferowane przez wykonawców: Konsorcjum spółek Budimex SA i Ferrovia Agroman SA oraz Konsorcjum spółek: Mostostal Warszawa SA i Aarsleff Sp. z o.o. nie są cenami rażąco niskimi. Odwołujący się nie udowodnił, że ceny te są rażąco niskie. Zamawiający w toku badania ofert stwierdził, że jako doświadczony inwestor w branży hydrotechnicznej potrafi samodzielnie ocenić realność

wykonania zamówienia przez wybranego wykonawcę. Podniósł, że kosztorys inwestorski sporządzony został zgodnie z zasadami określonymi w obowiązujących przepisach, których wykonawcy – opracowując ofertę – nie są zobowiązani stosować. Kosztorys inwestorski pozostaje jedynie dokumentem określającym szacunkową wartość przedmiotu zamówienia na podstawie cen rynkowych, przy czym przy jego opracowaniu wykorzystuje się odpowiednie wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej. Jest to zatem jedynie dokument stanowiący podstawę do ustalenia potrzebnych środków na wykonanie zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że opierając się na stanowisku odwołujących się konieczne pozostawałoby przyjęcie, że cena zaproponowana przez odwołującego się znacznie odbiega od wartości kosztorysu inwestorskiego i również pozostaje rażąco niska.

Zamawiający wskazał, że w postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców, a średnia matematyczna cen ofertowych brutto wynosi około 30 mln zł. Ceny zaproponowane przez trzech kolejnych wykonawców (w kolejności wysokości ceny ofertowej) pozostają do siebie znacząco zbliżone.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex SA w Warszawie, Ferrovia Agroman SA w Madrycie (dalej: przystępujący) poparli stanowisko zamawiającego. Ponadto wnieśli o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazując, że zarzuty podniesione w odwołaniu należy uznać za spóźnione. Pismem przesłanym wykonawcom faksem w dniu 2 października 2012 roku zamawiający poinformował bowiem o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołujących się oraz o odrzuceniu oferty przystępujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W ocenie przystępujących informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania znane były odwołującym się co najmniej od dnia 2 października 2012 roku, tj. od dnia upublicznienia przez zamawiającego informacji o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty przystępujących. Zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej powinny one być podnoszone przez odwołujących się w odwołaniu wniesionym po pierwszej czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego wynosiła 41.000.000 zł. Ceny oferowane przez wykonawców kształtowały się w następujący sposób:

Hydrobudowa SA Gdańsk – 24.626.854,68 zł

Budimex SA, Ferrovia Agroman SA – 24.357.405,00 zł

Mostostal Warszawa SA, Arseff Sp. z o.o. – 28.400.346,70 zł

Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych Sp. z o.o. – 33.236.698,85 zł

ENERGOPOL – Szczecin SA – 35.176.566,84 zł

Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA SA – 40.560.975,61 zł

Zamawiający nie zwracał się do wykonawców o złożenie wyjaśnień w celu stwierdzenia, że zaofertowane ceny nie są cenami rażącymi w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający po raz pierwszy poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 2 października 2012 roku. Poinformował także o wykluczeniu i odrzuceniu ofert przystępujących oraz konsorcjum Mostostal Warszawa SA i Arseff Sp. z o.o. uznając, że oferty są sprzeczne SIWZ oraz przepisami prawa.

W dniu 26 października 2012 roku Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2213/12 uchyliła czynność zamawiającego z dnia 2 października 2012 roku i nakazała zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Budimex SA, Ferrovia Agroman SA. Wykonawcy: Mostostal Warszawa SA, Arseff Sp. z o.o. nie przedłużyli terminu związania ofertą.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), jedynym kryterium uznania oferty za najkorzystniejszą, była cena.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wnioski przystępujących, poparty na rozprawie przez zamawiającego, o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W dniu 2 października 2012 roku zamawiający odrzucił ofertę przystępujących z innych powodów aniżeli zaferowanie przez nich rażąco niskiej ceny. W wyniku tej czynności odwołujący się nie ponieśli i nie mogli ponieść żadnej szkody. Czynnością zamawiającego z dnia 2 października 2012 roku oferta odwołujących została wybrana jako najkorzystniejsza, stąd też czynność ta w żaden nie szkodziła odwołującym się. Należy ponadto zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie jednej z przesłanek wskazanych w art. 89 ustawy Pzp i jednocześnie zaniechanie odrzucenia na podstawie innej przesłanki przewidzianej w tym samym przepisie nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Wykonawca, który na to zaniechanie złożyłby wówczas odwołanie naraziłby się prawdopodobnie na wydanie niekorzystnego dla siebie wyroku.

Odnosząc się merytorycznie do podniesionych zarzutów Izba uznała, że zamawiający bezzasadnie zaniechał wezwania przystępujących oraz wykonawców Mostostal Warszawa SA, Arsliff Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w kwestii ustalenia, czy zaferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp 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. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Należy wskazać tu na orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 1 marca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/-546/06, iż: "Skoro cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi

około 62% ceny oferty zawierającej najwyższą cenę i około 57% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, to w ocenie Zespołu Arbitrów zamawiający powinien wszcząć postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tak duża rozbieżność cen ofert, jeśli przyjąć, iż wartość szacunkowa zamówienia została ustalona prawidłowo, wskazuje bowiem na ewentualne ryzyko powierzenia zamówienia wykonawcy, który nie będzie w stanie za nią rzetelnie wykonać zamówienia".

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... *etc.* Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Ze stanowiska zamawiającego wynika, iż w jego ocenie brak było podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w kwestii rażąco niskiej ceny wobec wskazanych wykonawców. Izba zbadała zatem przesłanki ewentualnego przeprowadzenia takiego postępowania i skonstatowała, iż w przypadku cen zaoferowanych przez przystępujących i wykonawców Mostostal Warszawa SA i Arseff Sp. z o.o. istniały podstawy do żądania złożenia przez nich wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość

ceny. Zaoferowane ceny w sposób znaczny odbiegają zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i trzech spośród sześciu złożonych ofert.

Z uwagi na fakt, iż wykonawcy Mostostal Warszawa SA, Arsleff Sp. z o.o. nie przedłużyli terminu związania ofertą zarzuty podniesione w stosunku do nich w chwili orzekania są już bezprzedmiotowe. Izba nie nakazała zatem zamawiającemu dokonywania jakichkolwiek czynności wobec złożonej przez nich oferty.

Z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie mogła uwzględnić żądania odwołujących się co do nakazania odrzucenia oferty przystępujących. W przypadku zaistnienia wątpliwości co do zaoferowania rażąco niskiej ceny obowiązkiem zamawiającego jest wszczęcie postępowania wyjaśniającego w tym zakresie. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępujących do złożenia stosownych wyjaśnień. Dalsze czynności zamawiającego powinny wynikać z ustaleń dokonanych na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....