

WYROK
z dnia 27 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **konsorcjum: 1. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 47-200 Kędzierzyn Koźle, ul. 24 Kwietnia 4, 2. ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 42-141 Przystajń, ul. Słoneczna 11, 3. Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39, 4. A..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A..... B....., 48-100 Głubczyce, ul. Sosnowiecka 11 w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu, 45-231 Opole, ul. Oleska 127,**

przy udziale wykonawcy **DROG-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Lubojenka, 42-209 Częstochowa, ul. Prosta 88/90** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego oraz
- powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego wraz z oceną pozostałych nieodrzuconych ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu wyroku;

2) kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu, 45-231 Opole, ul. Oleska 127 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum:

1. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 47-200 Kędzierzyn Koźle, ul. 24 Kwietnia 4, 2. ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 42-141 Przystajń, ul. Słoneczna 11, 3. Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39, 4. A..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A..... B....., 48-100 Głubczyce, ul. Sosnowiecka 11, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu, 45-231 Opole, ul. Oleska 127 na rzecz konsorcjum: 1. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 47-200 Kędzierzyn Koźle, ul. 24 Kwietnia 4, 2. ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 42-141 Przystajń, ul. Słoneczna 11, 3. Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39, 4. A..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A..... B....., 48-100 Głubczyce,

ul. Sosnowiecka 11, kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Budowa obwodnicy w miejscowości Głubczyce w ciągu drogi wojewódzkiej nr 416”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 lutego 2013 r., poz. 2013/S 026-039047.

I. Odwołujący w postępowaniu odwoławczym - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tworzący konsorcjum: 1. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu, 2. ADAC-LEWAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Przystajni, 3. Himmel i Papesch Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Czarnowasach, 4. A..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A..... B..... z siedzibą w Głubczycach - wniósł odwołanie od podjętych przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, i wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty DROG-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie, zwanej w skrócie „Spółki DROG-BUD”.

Odwołujący zarzucił, że czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty Spółki DROG-BUD nastąpiły z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 91 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji także przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty Spółki DROG-BUD; 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał posiadanie interesu, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku czynności zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia w postępowaniu, w którym złożył ofertę najkorzystniejszą z punktu

widzenia kryterium oceny ofert wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł okoliczności faktyczne:

1. W SIWZ zamawiający zastrzegł, że:

- 1) jedynym kryterium oceny ofert będzie cena zaproponowana w ofercie (pkt 6 SIWZ);
- 2) cena oferty winna być wyliczona na podstawie kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji uproszczonej (pkt 11.1 i 11.2 SIWZ).

2. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 36.000.000,00 zł. W postępowaniu złożono 9 ofert z niżej podanymi cenami wraz ze wskazaniem procentowej proporcji w stosunku do kwoty podanej przez zamawiającego:

- 1) oferta odwołującego z ceną 24.846.001,14 zł - 69,02%;
- 2) oferta Spółki DROG-BUD z ceną 25.861.836,77 zł - 71,84%;
- 3) oferta Skanska S.A. z ceną 26.645.975,37 zł - 74,02%;
- 4) oferta Berger Bau Polska Spółka z o.o. z ceną 29.584.975,47 zł - 82,18%;
- 5) oferta BUDIMEX S.A. z ceną 30.994.560,90 zł - 86,10%;
- 6) oferta konsorcjum z udziałem M-Silnice a.s. z ceną 31.663.885,23 zł - 87,96%;
- 7) oferta HEILIT+WOERNER Spółka z o.o. z ceną 36.592.298,96 zł - 101,65%;
- 8) oferta konsorcjum z udziałem M+-Spółka z o.o. z ceną 39.788.119,25 zł - 110,52%;
- 9) oferta BOGL a KRYSL k.s. z ceną 40.148.154,61 zł - 111,52%.

3. W piśmie z dnia 10 maja 2013 r. skierowanym do odwołującego zamawiający:

1) stwierdził, że proponowana w ofercie odwołującego cena za wykonanie zamówienia różni się w znaczącym stopniu od ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, co sugerować może, że oferowana przez odwołującego cena za wykonanie zamówienia może zostać uznana za rażąco niską a ponadto, że ceny jednostkowe pozycji kosztorysu ofertowego odwołującego, wskazane w wykazie załączonym do pisma, mogą budzić wątpliwości co do należytego wykonania umowy;

2) zażądał od odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp przedłożenia w terminie 7 dni od otrzymania pisma: a) szczegółowego kosztorysu dla pozycji kosztorysu ofertowego odwołującego, wskazanych w wykazie załączonym do pisma, b) wyjaśnień dotyczących:

- elementów oferty odwołującego mających wpływ na wysokość zaoferowanej w niej ceny, w szczególności dotyczących pozycji kosztorysowych wskazanych w wykazie załączonym do pisma, - powodów, dla których ceny jednostkowe budowy ścianek szczelnych z grodziec G62, wskazane w kosztorysach branży drogowej i branży przepustów składających się na kosztorys ofertowy odwołującego, różnią się między sobą mimo, że zawarty w SIWZ opis tej

budowy jest dla powyższych branż jednakowy, - wskazanej w kosztorysie ofertowym odwołującego ceny urządzenia zaplecza wykonawcy.

W terminie określonym przez zamawiającego, odwołujący odpowiedział pismem z dnia 17 maja 2013 r., do którego załączył szczegółowy kosztorys dla wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego.

W piśmie odwołujący wskazał:

1) na następujące czynniki mające wpływ na wysokość ceny:

a) rzeczywiste warunki realizacji zamówienia ustalone w wyniku dokonanych przez odwołującego szczegółowych oględzin terenu wykonywania robót budowlanych,

b) kalkulacje własne cen poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, odzwierciedlające realne możliwości (doświadczenie i dyspozycyjność pracowników) zasobów kadrowych oraz rzeczywistą, osiąganą w praktyce wydajność sprzętu, którym odwołujący dysponuje;

c) fakt, że A..... B..... wykonawca zasadniczej części zamówienia ma swoją siedzibę, bazę sprzętową i bazę magazynową w miejscowości realizacji inwestycji, tj. w Głubczycach, a jego pracownicy zamieszkują w tej miejscowości lub w jej pobliżu;

d) okoliczność, że zarówno A..... B..... jak i ADAC-LEWAR Spółka o.o. oraz Himmel i Papesch Opole Spółka z o.o. cieszą się, z racji czasokresu prowadzenia i skali działalności gospodarczej w zakresie wykonawstwa robót drogowych, zaufaniem dostawców wyrobów służących tej działalności, wobec czego mogą nabywać wyroby na korzystnych warunkach i po preferencyjnych cenach, co w konsekwencji umożliwia oferowanie wykonawstwa robót drogowych po konkurencyjnych cenach;

2) powodem różnic w cenach jednostkowych budowy ścianek szczelnych z grodziec G62, wskazanych w kosztorysach branży drogowej i branży przepustów składających się na kosztorys ofertowy odwołującego, jest różna lokalizacja posadowienia tych ścianek generująca zróżnicowanie;

3) koszty wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysowych kosztorysu ofertowego odwołującego uwzględnione zostały w innych pozycjach tego kosztorysu, w tym w cenie urządzenia zaplecza wykonawcy, przy czym odwołujący zwrócił uwagę, że przenoszenie kosztów między poszczególnymi pozycjami kosztorysu ofertowego jest praktyką powszechną i w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych niekwestionowaną, zacytował przykład tego orzecznictwa oraz podniósł, że na podobną praktykę przenoszenia kosztów w kosztorysach ofertowych złożonych w postępowaniu przez innych wykonawców, w tym Spółkę DROG-BUD, wskazuje przedstawione zestawienie porównawcze poszczególnych przykładowych pozycji tych kosztorysów;

4) relacja pomiędzy ceną oferty odwołującego a oszacowaną przez zamawiającego wartością zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług, nie odbiega zasadniczo

od analogicznej relacji wynikającej w szczególności z ofert Spółki DROG-BUD i Skanska S.A. złożonych w postępowaniu, a ponadto wskazał, że w obecnych realiach rynkowych zjawiskiem powszechnym jest oferowanie wykonania zamówienia publicznego na roboty budowlane za cenę znacząco odbiegającą od wartości tych robót ustaloną przez zamawiającego, co zilustrował zestawieniem relacji cen ofert najtańszych do szacunkowej wartości zamówień w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane prowadzonych w 2013 r. i zakończonych wyborem oferty najtańszej.

4. W piśmie z dnia 10 maja 2013 r. adresowanym do Spółki DROG-BUD zamawiającej:

1) stwierdził, że proponowana w ofercie Spółki DROG-BUD cena różni się w znaczącym stopniu od ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, co sugerować może, że oferowana przez Spółkę DROG-BUD cena za wykonanie zamówienia może zostać uznana za rażąco niską, a ponadto że ceny jednostkowe pozycji kosztorysu ofertowego Spółki DROG-BUD, wskazane w wykazie załączonym do pisma, mogą budzić wątpliwości co do należytego wykonania umowy;

2) zażądał od Spółki DROG-BUD na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp przedłożenia w terminie 7 dni od otrzymania pisma:

a) szczegółowego kosztorysu dla pozycji kosztorysu ofertowego Spółki DROG-BUD wskazanych w wykazie załączonym do pisma,

b) wyjaśnień dotyczących elementów oferty Spółki DROG-BUD mających wpływ na wysokość zaoferowanej w ceny, w szczególności dotyczących pozycji kosztorysowych wskazanych w wykazie załączonym do pisma.

W terminie określonym przez zamawiającego Spółka DROG-BUD odpowiedziała pismem z dnia 17 maja 2013 r., do którego załączyła szczegółowy kosztorys dla wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego. W piśmie tym Spółka DROG-BUD:

1) wskazała na następujące czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny:

a) wielokrotne wykonywanie robót na terenie realizacji zamówienia i posiadanie w związku z tym gwarancji pozyskania placów składowych po preferencyjnych cenach,

b) uwzględnienie przy obliczeniu ceny oferty minimalnego zysku i chęć pozyskania zamówienia w celu utrzymania ciągłości zatrudnienia załogi i pracy sprzętu, a przez to obniżenia kosztów ich utrzymania;

2) wyjaśniła, że przedłożony kosztorys szczegółowy wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego Spółki sporządzony został na podstawie własnego programu do kalkulacji oraz norm zakładowych, za wyjątkiem dwóch pozycji, które skalkulowane zostały zgodnie z ofertą podwykonawcy robót objętych jedną z tych pozycji i ofertą właściciela sprzętu wynajmowanego do wykonania robót objętych drugą z tych pozycji.

5. Pismem z dnia 31 maja 2013 r. przekazany faksem, zamawiający zawiadomił wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania polegającym m.in. na:

1) odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, wobec niewykazania przez odwołującego, że zaoferowana przez niego cena za wykonanie zamówienia nie ma znamion ceny rażąco niskiej;

2) wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Spółki DROG-BUD.

Uzasadniając w piśmie odrzucenie oferty odwołującego - zamawiający podniósł następujące okoliczności:

a) odwołujący na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny - złożył wyjaśnienia ogólnikowe, niekonkretne, niepoparte żadnymi dowodami i sprowadzające się do potwierdzenia gotowości wykonania zamówienia bez wskazania czynnika cenotwórczego wpływającego na wysokość ceny oferowanej za wykonanie zamówienia, wobec czego wyjaśnienia te uznać należy za niezłożone;

b) niektóre pozycje przedłożonego przez odwołującego szczegółowego kosztorysu wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego odwołującego pomijają wycenę materiału lub zaniżają jego ilość w stosunku do wymaganej, albo pomijają lub zaniżają wycenę pracy niezbędnego sprzętu;

c) odwołujący - wyjaśniając, że koszty poszczególnych pozycji przedłożonego szczegółowego kosztorysu wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego uwzględnił w wycenie innych pozycjach tego kosztorysu, co do których zamawiający nie zażądał przedstawienia kosztorysu szczegółowego, w tym w wycenie zaplecza wykonawcy - nie ujawnił tym samym, choćby procentowo, mimo prośby zamawiającego, wysokości kosztów „przeniesionych” do wyceny zaplecza wykonawcy, przez co skandalicznie zawyżył koszty tego zaplecza, co dowodzi, że odwołujący nie ma środków na wykonanie zamówienia i chce pobrać od zamawiającego zaliczkę na poczet wynagrodzenia, co narusza przepis art. 7 P.z.p.

Uzasadnienie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Spółki DROG-BUD, nie ujawnia oceny złożonych przez tę Spółkę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i sprowadza się do lakonicznego stwierdzenia, że oferta Spółki DROG-BUD zawiera najniższą cenę spośród ważnych ofert złożonych w postępowaniu i wobec tego uzyskała najwyższą ocenę (100 pkt).

Mając na uwadze powyższe okoliczności odwołujący stwierdził, co następuje:

1. W pierwszym rzędzie odwołujący wskazał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej przydatne do oceny legalności czynności zamawiającego będących przedmiotem odwołania: sygn. akt -

KIO 2031/12, KIO 2005/12, KIO 2011/12, KIO 1935/12, KIO 1762/12, KIO 1609/12, KIO 1063/12, KIO 916/12 - wyrok powołany w piśmie odwoławczego z dnia 17 maja 2013 r., KIO 460/12, KIO 217/12, KIO 2814/11 i KIO 2819/11.

2. W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że uzasadnienie odrzucenia jego oferty, jako oferującej rażąco niską cenę za wykonanie zamówienia, zawarte w piśmie zamawiającego z dnia 31 maja 2013 r., stoi w oczywistej sprzeczności z prezentowanymi w wyrokach poglądami, co do przesłanek uznania ceny oferty za rażąco niską. Odwołujący wskazał, że uzasadnienie zamawiającego sprowadza się w gruncie rzeczy jedynie do wytknięcia pominięć w niektórych pozycjach przedłożonego przez odwołującego szczegółowego kosztorysu, wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego odwołującego. W efekcie z uzasadnienia nie sposób wywieść, dlaczego zamawiający uznał, że odwołujący oferuje wykonanie zamówienia za cenę rażąco niską w sytuacji, gdy:

1) cena oferowana przez odwołującego jest nieznacznie tylko niższa od ceny oferowanej w uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą ofercie Spółki DROG-BUD;

2) relacja między ceną oferowaną w ofercie odwołującego a oszacowaną przez zamawiającego wartością zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług jest nieznacznie tylko niższa od analogicznej relacji wynikającej z oferty Spółki DROG-BUD, a nadto wyższa od realnie występującej na rynku relacji cen ofert najtańszych do szacunkowej wartości zamówień w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane prowadzonych w 2013 r. i zakończonych wyborem oferty najtańszej.

Poza tym odwołujący wskazał, że zamawiający w ogóle pominął w uzasadnieniu odrzucenia oferty ocenę wyjaśnień odwołującego, co do czynników mających wpływ na wysokość ceny, zawartych w piśmie z dnia 17 maja 2013 r. Zamiast odniesienia się do wyjaśnień, zamawiający stwierdził w uzasadnieniu, wbrew oczywistym faktom, że odwołujący nie złożył wyjaśnień. W końcu odwołujący zwrócił uwagę, że zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty twierdzenie, iż odwołujący nie ma środków na wykonanie zamówienia i chce pobrać od zamawiającego zaliczkę na poczet wynagrodzenia, jest niczym nieuzasadnioną dywagacją, niemal insynuacją zamawiającego, której przeczy chociażby fakt, iż odwołujący wniósł, i to w pieniądzu, wymagane przez zamawiającego wadium w niemałej wysokości 1.000.000,00 zł.

3. Niezależnie od powyższego, odwołujący zwrócił uwagę na ewidentne, w jego ocenie, uprzywilejowanie przez zamawiającego Spółki DROG-BUD w ocenie wyjaśnień złożonych przez tę Spółkę dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz w ocenie przedłożonych przez Spółkę DROG-BUD szczegółowych kosztorysów wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego tej Spółki. W tym względzie podniósł, że złożone przez odwołującego i przez Spółkę DROG-BUD wyjaśnienia, co do elementów ofert tych wykonawców mających wpływ na wysokość zaoferowanych przez nich cen za wykonanie zamówienia wskazują na podobne, żeby nie

powiedzieć tożsame, czynniki. Tymczasem zamawiający, z jednej strony, stwierdził jakoby odwołujący wyjaśnień w ogóle nie złożył, a z drugiej strony uznał bez zastrzeżeń wyjaśnienia złożone przez Spółkę DROG-BUD, skoro wybrał jej ofertę jako najkorzystniejszą. Z kolei zamawiający, odnosząc się w piśmie z dnia 31 maja 2013 r. do przedłożonego przez odwołującego szczegółowego kosztorysu wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego odwołującego, skonstatował, że w wycenie niektórych pozycji tego szczegółowego kosztorysu pominięto wycenę materiału lub zaniżono jego ilość w stosunku do wymaganej, albo pominięto lub zaniżono wycenę pracy niezbędnego sprzętu. Tymczasem podobne pominięcia i zaniżenia pojawiają się także w szczegółowym kosztorysie wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego Spółki DROG-BUD (np. szczegółowy kosztorys do poz. 35, 41, 52 i 79 kosztorysu ofertowego „Prace budowlano-montażowe - branża drogowa DW 416” Spółki DROG-BUD).

Ponadto w szczegółowym kosztorysie przedłożonym przez Spółkę DROG-BUD wielokrotnie agregowano wycenę kilku wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego lub w ogóle pominięto szczegółową wycenę takich pozycji (np. szczegółowy kosztorys do poz. 20, 21, 42 i 43 kosztorysu ofertowego „Prace budowlano- montażowe - branża mostowa - budowa przepustów” Spółki DROG-BUD oraz pominięcie w szczegółowym kosztorysie wyceny poz. 76 kosztorysu ofertowego „Prace budowlano- montażowe - branża drogowa DK 38” tejże Spółki). W końcu w szczegółowym kosztorysie przedłożonym przez Spółkę DROG-BUD ceny jednostkowe wielu pozycji są niższe, i to czasami znacząco, niż wskazane w kosztorysie ofertowym (np. szczegółowy kosztorys do poz. 140 i 142 kosztorysu ofertowego „Prace budowlano- montażowe - branża drogowa DW 416” oraz do poz. 6 kosztorysu ofertowego „Infrastruktura towarzysząca nierozzerwalnie związana z realizacją inwestycji - branża sanitarna - kanalizacja deszczowa” Spółki DROG-BUD). Przejście przez zamawiającego do porządku nad takim wypełnieniem przez Spółkę DROG-BUD wezwania do przedłożenia szczegółowych kosztorysów wskazanych pozycji kosztorysu ofertowego sprawia wrażenie, że wezwanie zostało złożone *pro forma*, a nie w celu pozyskania przez zamawiającego wiedzy o realności wyceny tych pozycji.

W tym stanie rzeczy, odwołujący uznał zarzuty i wnioski zawarte w odwołaniu, jako w pełni uzasadnione faktycznie i prawnie.

II. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie uwzględnił odwołania i wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu pisma, przywołując zarzuty i żądania przedstawione w odwołaniu, zamawiający wskazał na obowiązek ustalenia w razie wątpliwości, co do ceny oferty, czy nie zachodzą przesłanki zaoferowania rażąco niskiej ceny (arg. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp). Powołał się na okoliczności zastosowania art. 90 ust. 1 i oceny złożonych wyjaśnień wskazując ust. 2 tego artykułu (oszczędność metody wykonania zamówienia,

wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na postawie odrębnych przepisów), również wszelkie inne czynniki wpływające na wysokość/wartość oferty, które wskaże wykonawca, jeśli są zgodne z prawem oraz nie zakłócają uczciwej konkurencji. Wskazał na obowiązek wykonawcy wykazania możliwości obniżenia ceny oraz w jakim stopniu przy zastosowaniu czynników cena oferty została obniżona. Zamawiający podał, że ustalił wartość zamówienia w prowadzonym postępowaniu na kwotę 40 122 286,02 PLN brutto (wartość zamówienia powiększona o podatek VAT) oraz poinformował bezpośrednio przed otwarciem ofert o środkach przeznaczonych na realizację zamówienia w kwocie 36 000 000,00 PLN.

Oferty złożyło 10 wykonawców - niżej podano ceny ofert (brutto) wraz z ich procentowym stosunkiem do kwoty stanowiącej wartość zamówienia powiększonej o podatek VAT:

1. Skanska S.A. z Warszawy - 26 645 975,37 - 66,41%,
2. RUDIMEX S.A. z Warszawy - 30 994 560,90 - 77,25%,
3. Konsorcjum Firm Lider: M-SILNICE a.s. Republika Czeska - 39 788 119,25 - 99,47%,
4. HEILIT+WOERNER Sp. z o.o. z Wrocławia - 36 592 298,96 - 91,20%,
5. Berger Bau Polska Sp. z o.o. z Wrocławia - 29 584 549,47 - 73,74%,
6. Konsorcjum Firm Lider: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. z Kędzierzyna-Koźla - 24 846 001,14 - 61,93%,
7. Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z Łodzi - 36 769 424,57 - 91,64%,
8. Bogi a Krysi k.s. Republika Czeska - 40 148 156,61 - 100,06%,
9. DROG-BUD Sp. z o.o. z Lubojenki - 25 861 836,77 - 64,46%,
10. Konsorcjum Firm Lider: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe M+ Sp. z o.o. z Kędzierzyna-Koźla - 31 663 885,23 - 78,92%.

Zamawiający stwierdził, że skierował zapytanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do wszystkich wykonawców, których oferty stanowiły poniżej 70% kwoty wartości szacunkowej i które odbiegały cenowo od pozostałych ofert, a co do których powziął wątpliwości dotyczące poszczególnych zaoferowanych elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny.

W SIWZ zamawiający określił, że:

- 1) kryterium oceny ofert w postępowaniu będzie - najniższa cena (pkt 6 SIWZ),
- 2) wykonawca powinien dokonać wyceny wszystkich robót objętych zadaniem (w tym

dotyczących konstrukcji drogi) w oparciu o pozycje kosztorysowe podane w przedmiarach robót (pkt 8.2. SIWZ tekst podkreślony i pogrubiony),

- 3) cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na załączniku nr 2. Podstawą obliczenia ceny oferty jest przedmiar robót, dokumentacja projektowa wraz ze Szczegółowymi Specyfikacjami Technicznymi, które stanowią załącznik do specyfikacji (pkt 11.3 SIWZ),
- 4) kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w druku kosztorysu ofertowego (pkt 11.2 SIWZ),
- 5) wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót. Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych powinny być przez wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu ofertowego; zamawiający zastrzegł prawo wglądu do kosztorysu szczegółowego na każdym etapie postępowania i realizacji zamówienia (pkt 11.3 SIWZ),
- 6) wyszczególnione w projekcie ilości robót (w poszczególnych asortymentach), mogą różnić się w stosunku do przedmiaru i kosztorysu pod względem ilości. Ilość rozliczanych robót na każdym etapie inwestycji będzie zgodna z ilością rzeczywiście wykonanych robót, co dotyczy również rozliczenia końcowego. Rozliczenie końcowe w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego może ulec zmianie i będzie zgodne z obmiarem końcowym wykonanym po realizacji zamówienia (pkt 11.4 SIWZ).

Zamawiający podniósł, że w obecnym stanie prawnym, gdzie jest wzmocniona rola specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, na podstawie których wykonawca sporządza kosztorys ofertowy bardzo ważne jest, jak kształtują się w nim ceny jednostkowe a zwłaszcza przy rozliczeniu obmiarowym. W szczególności, gdy realizacja i rozliczenie finansowe zamówienia będą oparte na cenach jednostkowych, zasadnym jest zweryfikowanie, czy dana cena jednostkowa nie jest rażąco niska.

Wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczególnego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót.

Stosownie do postanowień SIWZ wykonawca powinien dokonać wyceny wszystkich robót objętych zamówieniem (w tym dotyczących konstrukcji drogi) w oparciu o pozycje kosztorysowe podane w przedmiarach robót. Wykonawca tego nie uczynił. Przerzucając koszty z jednych pozycji do innych (tak naprawdę nie wiadomo do których), odwołujący - wykonawca tak naprawdę złożył ofertę niezgodną z wymogami SIWZ.

Przedmiar robót zawiera zestawienie przewidzianych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

Charakter wynagrodzenia umownego nakłada na wykonawców obowiązek rzetelnego kalkulowania kosztów wykonania poszczególnych prac wskazanych w przedmiarze robót. W razie bowiem zwiększenia się ilości prac w stosunku do ilości zakładanych w przedmiarze robót, co w praktyce nie jest wcale rzadkością, zaniżanie ceny jednostkowej może doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca może utracić płynność finansową zagrażającą należytemu wykonaniu zamówienia publicznego.

Zamawiający podał, że wykonawca w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a także wyjaśnieniach ceny zaproponowanej na urządzenie zaplecza, wskazał między innymi:

1. „cenę naszej oferty skalkulowaliśmy z uwzględnieniem:

a) cen poszczególnych pozycji przedmiaru robót, ustalonych według własnych kalkulacji nakładów na wykonanie tych pozycji, które to kalkulacje odzwierciedlają realne możliwości (doświadczenie i dyspozycyjność pracowników) zasobów kadrowych wykonawców wchodzących w skład naszego konsorcjum oraz rzeczywistość, osiąganą w praktyce wydajność sprzętu, którym wykonawcy ci dysponują do wykonania zamówienia będącego przedmiotem zamówienia,

b) wpływających na obniżkę kosztów wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania następujących okoliczności: - jeden z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, a mianowicie Przedsiębiorstwo Robót inżynierskich A..... B....., który będzie wykonywał zasadniczą część zamówienia, ma swoją siedzibę, bazę sprzętową i bazę magazynową w miejscowości, w której zamówienie to będzie wykonywane, tj. Głubczyce, a jego pracownicy zamieszkują w tej miejscowości lub w jej pobliżu,

- zarówno Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich A..... B..... jak dwaj inni wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum, a mianowicie ADAC-LEWAR - Sp. z o.o. oraz HIMMEL i PAPESCH OPOLE Sp. z o.o., cieszą się, z racji czasokresu prowadzenia i skali działalności gospodarczej w zakresie wykonawstwa robót drogowych, zaufaniem dostawców wyrobów

służących do tej działalności, wobec czego mogą owe wyroby nabywać na korzystnych warunkach i po preferencyjnych cenach, co w konsekwencji umożliwi im ofertowanie wykonawstwa robót drogowych po konkurencyjnych cenach,

- koszty wskazanych przez Państwa pozycji naszego kosztorysu ofertowego, które wyceniliśmy poniżej średnich cen robót budowlanych w III i IV kwartale 2012 r. notowanych w publikacjach „Sekoeenbud”, uwzględniliśmy w wycenach innych pozycji tego kosztorysu, w tym m.in. w wycenie urządzenia zaplecza budowy, nieodbiegających już swym poziomem od notowań „Sekocenbud”, a w przypadku tegoż zaplecza wręcz przewyższającym notowania”.
Analizując wyjaśnienia odwołującego zamawiający nie dał wiary przedstawionym argumentom. Przede wszystkim uznał, że złożone wyjaśnienia są nielogiczne i niespójne. Z jednej strony odwołujący argumentuje, że ceny zaproponowane w kosztorysach ofertowych mogą być niższe ze względu korzystną sytuację a mianowicie siedziba, baza sprzętowa i baza magazynowa w siedzibie u jednego z konsorcjantów w miejscowości Głubczyce, z drugiej jednak strony wyceniając zaplecze budowy drastycznie zawyżył tę pozycję, przy czym nie złożył rzeczowych i przekonujących wyjaśnień, w jaki sposób wyliczył koszty tego zaplecza.

W szczególności, odwołujący nie wskazał w swojej odpowiedzi jak kształtują się koszty zaplecza łącznie z innymi pozycjami przerzuconymi z pozostałych części kosztorysu, jakie obiekty, urządzenia i instalacje są ujęte w kosztach tej pozycji.

Nie wykazał również, po jakich cenach dzięki zaufaniu dostawców do współkonsorcjantów, owo konsorcjum będzie mogło nabywać „owe wyroby na korzystnych warunkach i po preferencyjnych cenach”.

Wszyscy inni uczestnicy tego postępowania przetargowego są doświadczonymi wykonawcami robót drogowych z wieloletnim stażem oraz doświadczeniem i uzyskują wyjątkowo preferencyjne warunki u dostawców. Na czym więc miałyby polegać przewaga konsorcjum w tym zakresie.

Odwołujący przy wycenie swojej oferty nie wykazał w wielu pozycjach kosztorysu ofertowego kosztów materiałów. W wyjaśnieniu wskazał lakonicznie, że „koszty materiału ujęte w innych pozycjach kosztorysowych” bez wskazania, w których i w jakich „preferencyjnych cenach”.

Nie wskazał, w jaki sposób kształtują się ceny „według własnych kalkulacji, nakładów na wykonanie tych pozycji, które to kalkulacje odzwierciedlają realne możliwości (doświadczenie i dyspozycyjność pracowników) zasobów kadrowych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum oraz rzeczywistość, osiąganą w praktyce wydajność sprzętu, którym wykonawcy ci dysponują do wykonania zamówienia będącego przedmiotem zamówienia”. Co sprawia, że doświadczenie kadrowe, wydajność sprzętowa, którym akurat to konsorcjum dysponuje jest tak cenowo korzystniejsze od innych wykonawców?

Nie wykazał wreszcie, w których pozycjach kosztorysu znajdują się ceny elementy cenotwórcze, o które pytał zamawiający w swoim piśmie i jak się one kształtują.

Ponadto zamawiający stwierdził, że: Kosztorys prace budowlano-montażowe (branża drogowa DW 416) prace budowlano-montażowe (branża mostowa-budowa przepustu):

1. Wykonawca nie wycenił materiału zasypowego w kalkulacji ceny jednostkowej w poz. 271,
2. Poz. 123 obejmuje wykonanie podkładów betonowych na podłożu gruntowym z betonu C 12/15 w ilości 380,53 m³, a wykonawca przyjął mieszankę betonową w ilości tylko 76,106 m³, czyli wykonawca przewiduje użycie znacznie zaniżonej ilości betonu przypadająca na jednostkę pomiarową,
3. Poz. 31 (kanalizacja deszczowa), 20, 21, 42, 43 (przepusty), 172, 173, 188,189, 207, 208, 226, 227, 245, 246, 264, 265 (branża drogowa DW 416) nie zawierają środków transportowych, które są niezbędne do przemieszczania ścianek,
4. (Branża mostowa - budowa mostu) poz. 2 wykonawca nie sprecyzował, w których pozycjach ujęto koszty sprawdzenia terenu pod względem niewybuchów oraz nie przedstawił do tych pozycji kosztorysów szczegółowych analogicznie do zadanego pytania,
5. (Branża drogowa - DK 38) - Poz. 24. 78 wykonawca nie wycenił kosztu materiału zasypowego w kalkulacji ceny jednostkowej,
6. Pozycje 50, 63, 79, 109, 114, 118, 145 (DW 416), 33 (budowa mostu), 9, 16, 43, 44 (kanalizacja deszczowa), 28, 29, 35, 36, 63, 65, 73, 81, 101 (DK 38) wykonawca nie wykazał kosztów materiałów oraz nie wskazał pozycji, w których zamieścił koszty materiałów posługując się lakonicznym stwierdzeniem, że „koszty pozyskania materiału ujęte w innych pozycjach kosztorysowych”. Jednocześnie nie przedstawił kosztorysu szczegółowego analogicznie do zapytania dla tych pozycji.

Wykonawca stwierdził, że znaczną część kosztów z poszczególnych pozycji uwzględnił w wycenie innych pozycji kosztorysu, w tym między innymi w wycenie urządzenia zaplecza budowy. Nie wskazał jednakże zamawiającemu, jak ta wartość została skalkulowana mimo prośby zamawiającego (choćby procentowo).

Zgodnie z SIWZ wykonawca miał obowiązek w kosztorysie ofertowym wycenić pozycję „Urządzenia zaplecza wykonawcy z dostosowaniem do wymogów BHP, utrzymanie na czas prowadzenia robót i jego likwidacja” ryczałtowo, zgodnie ze specyfikacją techniczną DM.00.00.01, która to wyszczególnia w pkt 5.3.1 jakie obiekty, urządzenia i instalacje powinny być ujęte w kosztach tej pozycji. Wykonawca tak naprawdę nie określił w odpowiedzi, co wchodzi w cenę ryczałtową tej pozycji.

Wyjaśnienia odwołującego są ogólnikowe i nie wskazują na szczegółowe wyliczenia czy też kalkulacje. Stanowią w rzeczywistości jedynie deklarację i potwierdzenie wykonania przedmiotu zamówienia, bez wskazania czynnika cenotwórczego wpływającego na wysokość ceny. W konsekwencji nie zostało obalone domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej i zaistniała podstawa odrzucenia oferty (KIO 516/12).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. Zasada ta ma zastosowanie na linii wykonawca-zamawiający. W złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił w sposób przekonujący, w oparciu o obiektywne czynniki i konkretne wyliczenia podstaw uzasadniających kalkulację ceny oferty. Wyjaśnienia nie były odpowiednio umotywowane i przekonujące oraz nie dały zamawiającemu pewności, iż przedmiot zamówienia będzie wykonywany w sposób należyty.

Mając na uwadze powyższe okoliczności zamawiający wskazał następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej przydatne do oceny legalności i zasadności czynności zamawiającego: sygn. akt - KIO 716/13, KIO/UZP 2512/10, KIO/UZP 2498/10, KIO/UZP 2465/10, KIO/UZP 704/10, KIO/UZP 3831/09, KIO 2907/12, KIO 2338/12, KIO 2345/12 oraz KIO 1444/12, KIO 1446/12, KIO 1451/12, a także wyrok S.O. w Poznaniu sygn. akt X Ga 127/08).

Zamawiający podniósł, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia precyzyjnie określała, jak wykonawca ma wycenić swoją ofertę (pkt 11 SIWZ). Nie dopuszczał dowolności przenoszenia kosztów z pozycji na pozycję. Wykonawca miał wycenić swoją cenę ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji. Kosztorys ofertowy należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji. Wykonawca miał określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w druku kosztorysu ofertowego (pkt 11.2 SIWZ). Wykonawca nie mógł samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu ofertowego.

Charakter wynagrodzenia wskazanego w SIWZ nakłada na wykonawców obowiązek rzetelnego kalkulowania kosztów wykonania poszczególnych prac wskazanych w przedmiarze robót, gdyż ma to swoje konsekwencje przy rozliczeniu zamówienia zgodnie z obmiarem. Zamawiający rozlicza się z wykonawcą zgodnie z cenami jednostkowymi wymienionymi za poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego, przy czym zasada to obowiązuje również w razie zwiększenia ilości prac w stosunku do ilości zakładanych w kosztorysie ofertowym, co w praktyce nie jest odosobnione.

Właściwa weryfikacja cen i eliminowanie z rynku ofert z rażąco niską ceną jest kwestią bardzo istotną z punktu widzenia zasad uczciwej konkurencji. Wygrywanie przetargów przez wykonawców, którzy przedłożyli oferty z rażąco niską ceną powoduje, iż wykonanie

zamówienia jest zagrożone niewykonaniem lub co najmniej nienależytym wykonaniem a z rynku wypierane są firmy, które właściwie skalkulowały koszty, wzięły pod uwagę wszystkie ryzyka i proponowały odpowiednią cenę za należyte wykonanie zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego w przedmiocie uprzywilejowania Spółki DROG-BUD (firmę, której oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza w postępowaniu), zamawiający zauważył, że w wyjaśnieniach tej Spółki nie ma takich argumentów, jakich użył odwołujący, przykładowo: „koszty materiałów ujęto w innych pozycjach”.

Zamawiający przeanalizował odpowiedź firmy DROG-BUD i stwierdził, że ceny przedstawiające kalkulacje własne tej firmy zawierały ceny za robociznę, materiały oraz sprzęt potrzebny do wykonania robót w poszczególnych pozycjach kosztorysowych. Analizując wskazane przez odwołującego pozycje 35, 41, 52 i 79 kosztorysu ofertowego „Prace budowlano-montażowe branża drogowa DW 416” są co prawda nisko wycenione, jednak kalkulacja własna wykonawcy potwierdza możliwość wykonania tych pozycji za wartość przedstawioną w kosztorysie ofertowym, gdyż wykonawca ujął w nim wycenę pracy sprzętu potrzebnego do wykonania tychże robót. Zamawiający nie stwierdził pominięcia materiałów w kosztorysie ofertowym firmy DROG-BUD, co zarzuca w swoim odwołaniu odwołujący. Agregacja pozycji nie wpływa na brak możliwości oceny tych pozycji przez zamawiającego.

Pozycje 20, 21 branża mostowa, 42 i 43 budowa przepustów zawierają szczegółową wycenę wykonania ścianek szczelnych, z kalkulacji wynika, że prace zostaną wykonane przy pomocy koparki z osprzętem do wbijania ścianek, co jest to powszechnie stosowane na budowach.

Pozycja 76 - wykonawca wyjaśnił, co zostało skalkulowane w tej pozycji. Zarzut odwołującego dotyczy wyceny pozycji o niższej wartości w piśmie wyjaśniającym firmy DROG-BUD nie jest trafny. Firma wskazała poprzez przedstawienie takiej kalkulacji, że wyceniła tę pozycję według własnej kalkulacji wykonania robót, a wartości tych kalkulacji są niższe niż w kosztorysie ofertowym.

Biorąc pod uwagę, że lider konsorcjum odwołującego się jest podmiotem nowo powstałym (data rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 13.02.2013 r.) bez żadnego doświadczenia w realizacji i kalkulowaniu robót drogowych, zamawiający nie dał wiary złożonym wyjaśnieniom.

Zdaniem zamawiającego, zaproponowana przez odwołującego cena nie jest poparta szczegółowymi wyliczeniami i wyjaśnieniami i z tych przyczyn uzasadniona jest konstatacja, że konsorcjum z góry przyjęło cenę, za którą realnie można wygrać przetarg i do jej wysokości dostosowano pozycje kosztorysowe.

III. W zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, przystępujący po stronie zamawiającego DROG-BUD Sp. z o.o. z siedzibą: Lubojenka, wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako bezprzedmiotowego z uwagi na poniższe okoliczności:

1. Wbrew twierdzeniom odwołującego, nie wykazał on w sposób zgodny z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, aby złożona przez niego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. Podał, że słusznie zamawiający zauważył na stronie 4 zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 31 maja 2013 r., iż złożone przez odwołującego wyjaśnienia na str. pierwszej i drugiej jego pisma z 17 maja 2013 r. są ogólnikowe i niekonkretne, stanowią jedynie deklarację bez wskazania żadnego czynnika cenotwórczego wpływającego na wysokość ceny. Zamawiający wskazał przy tym na stosowne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem przystępującego należało dodatkowo wskazać, że odwołujący - mimo zakwestionowania w odwołaniu prawa zamawiającego do badania złożonych ofert pod kątem kryterium ceny rażąco niskiej z uwagi na fakt, że ceny odwołującego oraz przystępującego różnią się nieznacznie - nie odwołał się od tej czynności zamawiającego w trybie art. 180 ust. 1 Pzp, zgodnie z wyrokiem KIO 1063/12. Przystępujący wskazał też wyroki: KIO 586/11, KIO 406/12, KIO 274/12.

Podniósł, że rolą odwołującego było udowodnienie okoliczności, na które powoływał się w piśmie z 17 maja 2013 r., a nie jedynie zadeklarowanie spełnienia wymogów art. 90 Pzp - KIO 2624/11, KIO 2209/11, KIO 460/12), KIO 2907/12. Uznał, że powyższe argumenty pozwalają jednoznacznie stwierdzić, iż odwołujący nie wykazał, aby uczynił zadość żądaniom zamawiającego przedstawionym w piśmie z 10 maja 2013 r. skierowanym w trybie art. 90 Pzp. Dodatkowo przystępujący wskazał wyroki - KIO 7/13, KIO 1934/12, KIO 640/11.

2. Przystępujący stwierdził, że zamawiający słusznie zakwestionował jedną z pierwszych pozycji kosztorysowych wykonawcy, w której tytułem urządzenia zaplecza budowy wskazał kwotę ponad 3 mln zł. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił tej pozycji, zastępując się jedynie orzecznictwem KIO w tym zakresie. Tak wysokie koszty urządzenia planu budowy, przekraczające 13% wartości całej ceny ofertowej, mogły wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego, o których wyjaśnienie zwrócił się do odwołującego. Przystępujący zauważył, że urządzenie zaplecza budowy jest jedną z pierwszych prac wykonywanych przez wykonawcę na budowie, przed przystąpieniem do zasadniczych prac budowlanych. Odwołujący nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnych argumentów uzasadniających przyjętą w ofercie cenę, stwierdzając jedynie, że w tej wartości ujął inne pozycje z kosztorysu (nie wskazując jednak, jakie) - str. 2 wyjaśnień odwołującego, pkt 2. Oznacza to w praktyce, że odwołujący chce uzyskać wysoką wartość pierwszej części swojego wynagrodzenia, dzięki której uzyska środki na sfinansowanie dalszych prac. Przystępujący zgodził się ze

stanowiskiem zamawiającego, że odwołujący naruszył SIWZ, w myśl której miał wycenić tę pozycję zgodnie ze specyfikacją techniczną DM.00.00.01, która w pozycji 5.3.1 wyszczególniała, jakie obiekty, urządzenia i instalacje powinny być ujęte w tej pozycji.

Przystępujący zakwestionował przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysu, uznając, że w takim przypadku zamawiający nie miałby możliwość zweryfikowania przedstawionego kosztorysu, szczególnie, że wynagrodzenie w zamówieniu zostało określone kosztorysowo. Uznał, że taka argumentacja pozwala na wykazanie, że twierdzenie odwołującego przedstawione w odwołaniu jest absurdalne, a zacytowana część uzasadnienia wyroku KIO 916/12 została wyrwana z kontekstu. Sprawa dotyczyła braku wszczęcia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego z art. 90 Pzp. Wskazał komentarz do Prawa Zamówień publicznych z 2011 r.: Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Babiarz Stefan, Czarnik Zbigniew, LexisNexis, Warszawa, wydanie II oraz wyrok KIO 2624/11.

Powołując się na SIWZ podniósł, że zgodnie z pkt 11 SIWZ - Sposób obliczenia ceny - cena oferty miała zostać wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy. Podstawą obliczenia ceny był przedmiar robót.

Przystępujący przedstawił kwestię związaną z przedmiarem robót w świetle rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, opracowania „Polskie standardy kosztorysowania robót budowlanych” wydanego przez Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych w 2005 r., normy PN-ISO 67047-2 (z 2000 r.): Budownictwo. Terminologia. Terminy stosowane w umowach.

Stwierdził, że odwołujący przesuwając ceny z innych pozycji obmiarowych do pozycji „Urządzenie zaplecza wykonawcy (budowy)”, która jest pozycją ryczałtową, uniemożliwił faktycznie zamawiającemu ocenę złożonej oferty w ww. zakresie, a nie udzielając wyjaśnień w piśmie z 17 maja 2013 r. uniemożliwił ocenę również pod kątem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 90 Pzp.

Wskazał, że działanie odwołującego może doprowadzić do sytuacji, w której zamawiający będzie musiał zapłacić za roboty *de facto* jeszcze nie wykonane przez wykonawcę. Zgodnie z SIWZ rozliczenie za wykonane przez wykonawcę prace ma charakter obmiarowy. W takiej sytuacji zamawiający, zgadzając się na przyjęcie takiego kosztorysu, jaki przedstawił odwołujący, zmuszony byłby zapłacić z góry za niewykonany zakres robót, gdyż zgodnie z wyjaśnieniami odwołującego zawartymi w pkt 8 na str. 8 odwołania oraz w pkt 2 na str. 2 wyjaśnień z 17 maja 2013 r., do pozycji „Urządzenie zaplecza wykonawcy” przesunął on koszty wykonania innych pozycji kosztorysowych.

Odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający na stronie 4 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 31 maja 2013 r. podał, że we wskazanych kosztorysach nie wykazał i nie wycenił odpowiednich materiałów lub też przedstawił i wycenił je w zaniżonych ilościach, a zatem odwołujący naruszył pkt 11 SIWZ.

Ponadto, okoliczności te stanowią również podstawę do stwierdzenia, że odwołujący nie złożył prawidłowych wyjaśnień, zgodnie z treścią wezwania zamawiającego, które pozwoliłyby przekonać zamawiającego, iż cena oferty nie jest rażąco niska.

3. Przystępujący uznał, że nie jest prawdą twierdzenie odwołującego, iż złożone przez niego oraz przystępującego wyjaśnienia w trybie art. 90 Pzp, co do elementów ofert mających wpływ na wysokość zaoferowanych przez wykonawców cen wskazują na podobne, czy tożsame czynniki. W załączeniu przystępujący złożył zestawienie wszystkich pozycji kosztorysowanych, z którego wynikają istotne różnice pomiędzy poszczególnymi wartościami kosztorysowymi w ofertach obu uczestników postępowania. Odwołujący w załączeniu do odwołania wskazał jedynie na kilka z tych pozycji, w których oferty obu uczestników są podobne, pomijając jednak skrętnie te pozycje, z których wynikają znaczące różnice.

Większość pominiętych pozycji są to pozycje materiałowe (z bardzo dużym udziałem materiałów), w których należało wycenić wszystkie składowe, czyli koszty robocizny, materiałów oraz sprzętu. Przyjęte ceny w większości przypadków są poniżej samych kosztów materiałowych np. poz. 63,109,123 itd.

Przystępujący wskazał, że zestawienie zawiera wszystkie pozycje wyszczególnione przez zamawiającego, a nie tylko wybrane pozycje, korzystne dla odwołującego. Z zestawienia wynika, że pozycje pominięte w odwołaniu przez odwołującego zostały pominięte celowo jako pozycje, których poziom cen jest niemożliwy do wyjaśnienia z uwagi na drastyczne zniżenia w stosunku do samych cen materiałów.

Ponadto przystępujący wskazał, że należy zwrócić uwagę, iż zarzuty przedstawione przez odwołującego w pkt 3 odwołania są bezprzedmiotowe w świetle jego żądań przedstawionych w *petitum* odwołania, gdyż w rzeczywistości zmierzają do wykazania, że zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego, a taki zarzut nie został przez odwołującego sformułowany i nie może być przedmiotem badania w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny w zakresie niezbędnym dla rozstrzygnięcia odwołania.

Zamawiający opisał w SIWZ sposób obliczenia ceny oferty, którego zakres został przedstawiony w stanowiskach stron postępowania i uczestnika postępowania odwoławczego (w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie przystępującego), powtórzonymi z niewielkimi skrótami w uzasadnieniu wyroku. Stan faktyczny w tym zakresie nie jest sporny i nie budzi wątpliwości. Podstawę wyceny oferty stanowił opis zamawiającego zamieszczony w pkt 8.2-8.4 i 11 SIWZ. Z opisu wynika, że wykonawca powinien dokonać wyceny wszystkich robót objętych zadaniem (w tym dotyczących konstrukcji drogi) w oparciu o pozycje kosztorysowe podane w przedmiarach robot (pkt 8.2 ostatnie zdanie SIWZ). Cena miała być wyliczona w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony „na załączniku nr 2”. Podstawą obliczenia oferty miał być przedmiar robót, dokumentacja projektowa wraz ze szczegółowymi specyfikacjami technicznymi stanowiącymi załączniki do SIWZ. Kosztorys ofertowy należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji. Wykonawca miał określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w druku kosztorysu ofertowego. Obliczając cenę oferty wykonawca musiał uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarze robót. Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz operacyjnych powinny być przez wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych w stosownych pozycjach kosztorysu ofertowego. Wykonawca nie mógł samodzielnie wprowadzić zmian do kosztorysu (pkt 11.1 11.13 SIWZ).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono 10 ofert. Nazwy wykonawców, ceny ich ofert oraz udział procentowy cen ofert w cenie przedmiotu zamówienia (wartość zamówienia w rozumieniu art. 32 ust. 1 Pzp zwiększona o kwotę podatku od towarów i usług) zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie. Przy czym należy wskazać, że cena przedmiotu zamówienia podstawowego (bez zamówień uzupełniających) została ustalona na kwotę 40 122 286,02 zł i do tej kwoty powinny być odnoszone ceny ofert dla ustaleń porównawczych. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 36 000 000 zł, zaplanowaną w budżecie zamawiającego, z możliwością jej zwiększenia w toku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia (oświadczenie złożone na rozprawie).

Z 10 złożonych ofert, 3 przedstawiały najniższe ceny - konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. - 24 846 001,14 zł - 61,93% (odwołujący), DROG-BUD Sp. z o.o. - 25 861 836,77 zł - 64,46% (przystępujący), Skanska S.A. - 26 645 975,37 zł -

66,41% (oferta odrzucona w toku badania i oceny ofert z innych przyczyn niż rażąco niska cena).

Zamawiający wskazując w pismach z dnia 10 maja 2013 r., „że proponowana cena za wykonanie zamówienia różni się w znacznym stopniu od wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego i powiększonej o podatek VAT, co sugerować może, że cena zaoferowana przez Państwa może zostać uznana za rażąco niską”, zwrócił się do trzech wskazanych wykonawców o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. W następnej części pisma skierowanego do odwołującego podał, że niektóre pozycje w kosztorysach ofertowych w zakresie cen jednostkowych mogą budzić wątpliwości, co do należytego wykonania umowy, załączył do pisma zestawienie pozycji kosztorysowych. Określił, że w terminie 7 dni wykonawcy zobowiązani są do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, ze szczególnym uwzględnieniem cen wymienionych w załączonym zestawie pozycji kosztorysowych wraz z przedłożeniem szczegółowego kosztorysu dotyczącego wskazanych pozycji zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wezwaniu skierowanym do odwołującego, zamawiający wskazał pozycje kosztorysowe, ponadto prosił o wyjaśnienie - z czego wynikają różnice w cenie jednostkowej dotyczącej budowy ścianek szczelnych z grodzic G62, dla identycznego opisu robót pomiędzy kosztorysem branży drogowej i przepustów, podając przykładowo 5 pozycji kosztorysu - poz. 226 i 227 w branży drogowej, poz. 42 i 43 w branży przepustów i poz. 31 w branży sanitarnej - kanalizacja deszczowa.

Wykonawcy złożyli wyjaśnienia. Odwołujący wskazał następujące elementy mające wpływ na cenę oferty - opisowo: dokonanie oględzin terenu wykonania zamówienia; własne kalkulacje cen nakładów na wykonanie robót podanych w pozycjach kosztorysowych, które odzwierciedlają realne możliwości wykonania zamówienia (doświadczenie i dyspozycyjność pracowników), zasoby kadrowe wykonawców oraz rzeczywistością osiąganą w praktyce wydajność sprzętu; wpływ na obniżkę kosztów - okoliczności: współwykonawca A..... B...., ewentualny wykonawca zasadniczej części zamówienia, ma swoją siedzibę, bazę sprzętową i bazę magazynową w miejscowości wykonywania zamówienia, tj. w Głubczycach, a pracownicy wykonawcy zamieszkują w tej miejscowości lub w jej pobliżu. Odwołujący załączył szczegółowe kosztorysy. Załączył też porównawcze zestawienia: 13 pozycji kosztorysów odwołującego i przystępującego; 10 pozycji kosztorysów odwołującego, przystępującego i SKANSKA S.A.; 19 pozycji kosztorysów odwołującego i SKANSKA S.A. oraz zestawienie relacji cen ofert najtańszych i szacunkowej wartości zamówień w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane prowadzonych w 2013 r., zakończonych wyborem oferty najtańszej.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia zawiadamiając odwołującego pismem z dnia 31 maja 2013 r. o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w nawiązaniu do art. 90 ust. 3 Pzp, „gdyż wykonawca nie wykazał, iż oferowana cena nie ma znamion rażąco niskiej ceny”. W uzasadnieniu czynności zamawiający podał, że złożone wyjaśnienia są ogólnikowe i niekonkretne, niepoparte żadnymi dowodami, o których mowa w art. 90 ust. 2 Pzp, a co za tym idzie takie wyjaśnienia należy uznać za niezłożone. Wyjaśnienia stanowią jedynie deklarację i potwierdzenie wykonania przedmiotu zamówienia bez wskazania żadnego czynnika cenotwórczego wpływającego na wysokość ceny. W konsekwencji nie zostało obalone domniemanie zaferowania ceny rażąco niskiej i zaistniała podstawa odrzucenia oferty.

Zamawiający przedstawił w tym piśmie analizę wybranych pozycji kosztorysowych, w sumie 42 wskazując, że: *wykonawca nie wycenił materiału zasypowego w kalkulacji ceny jednostkowej w poz. 271; poz. 123 obejmuje wykonanie podkładów betonowych na podłożu gruntowym z betonu C 12/15 w ilości 380,53 m³, a wykonawca przyjął mieszankę betonową w ilości tylko 76,106 m³, a więc wykonawca znacznie zaniżył ilości betonu przypadającą na jednostkę pomiarową; poz. 31 (kanalizacja deszczowa), 20, 21, 42, 43 (przepusty), 172, 173, 188,189, 207, 208, 226, 227, 245, 246, 264, 265 (branża drogowa DW 416) nie zawierają środków transportowych, które są niezbędne do przemieszczania ścianek, (branża mostowa - budowa mostu) poz. 2, wykonawca nie sprecyzował, w których pozycjach ujęto koszty sprawdzenia terenu pod względem niewybuchów oraz nie przedstawił do tych pozycji kosztorysów szczegółowych analogicznie do zadanego pytania; (branża drogowa - DK 38) - poz. 24. 78 wykonawca nie wycenił kosztu materiału zasypowego w kalkulacji ceny jednostkowej; poz. 50, 63, 79, 109, 114, 118, 145 (DW 416), 33 (budowa mostu), 9, 16, 43, 44 (kanalizacja deszczowa), 28, 29, 35, 36, 63, 65, 73, 81, 101 (DK 38) wykonawca nie wykazał kosztów materiałów oraz nie wskazał pozycji, w których zamieścił koszty materiałów posługując się lakonicznym stwierdzeniem, że „koszty pozyskania materiału ujęte w innych pozycjach kosztorysowych”. Jednocześnie nie przedstawił kosztorysu szczegółowego analogicznie do zapytania dla tych pozycji.*

Wykonawca stwierdził, że znaczną część kosztów z poszczególnych pozycji uwzględnił w wycenie innych pozycji kosztorysu, w tym między innymi w wycenie urządzenia zaplecza budowy. Nie wskazał jednakże zamawiającemu, jak ta wartość została skalkulowana mimo prośby zamawiającego (choćby procentowo).

Ponadto, zgodnie z SIWZ wykonawca miał obowiązek w kosztorysie ofertowym wycenić pozycję „Urządzenia zaplecza wykonawcy z dostosowaniem do wymogów BHP, utrzymanie na czas prowadzenia robót i jego likwidacja” ryczałtowo, zgodnie ze specyfikacją techniczną DM.00.00.01, która wyszczególnia w pkt 5.3.1, jakie obiekty, urządzenia i instalacje powinny

być ujęte w kosztach tej pozycji. Wykonawca nie określił w odpowiedzi, co wchodzi w cenę ryczałtową tej pozycji.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu zarzuty niezasadnego odrzucenia jego oferty, a w następstwie odrzucenia wybór oferty przystępującego, wskazując naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, odnośnie do ostatniego przepisu, przez nierówne traktowanie wykonawców, tj. uprzywilejowanie przystępującego.

Odwołujący zażądał powtórzenia badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego. Wskazał zakres swoich wyjaśnień oraz wyjaśnień przystępującego, podnosząc na zasadzie porównania, że zamawiający bezzasadnie przyjął podobne pominięcia i zaniżenia w szczegółowym kosztorysie pozycji kosztorysu ofertowego przystępującego (np. szczegółowy kosztorys do poz. 35, 41, 52 i 79 kosztorysu ofertowego „Prace budowlano-montażowe - branża drogowa DW 416”). Ponadto wskazał, że w szczegółowym kosztorysie przystępującego agregowano wycenę kilku wskazanych przez zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego lub w ogóle pominięto szczegółową wycenę pozycji (np. szczegółowy kosztorys do poz. 20, 21, 42 i 43 kosztorysu ofertowego „Prace budowlano-montażowe - branża mostowa - budowa przepustów”) oraz pominięcie (w szczegółowym kosztorysie wyceny poz. 76 kosztorysu ofertowego „Prace budowlano-montażowe - branża drogowa DK 38”). W końcu w szczegółowym kosztorysie przedłożonym przez przystępującego ceny jednostkowe wielu pozycji są niższe, i to czasami znacząco, niż wskazane w kosztorysie ofertowym (np. szczegółowy kosztorys do poz. 140 i 142 kosztorysu ofertowego „Prace budowlano-montażowe - branża drogowa DW 416” oraz do poz. 6 kosztorysu ofertowego „Infrastruktura towarzysząca nierozzerwalnie związana z realizacją inwestycji - branża sanitarna - kanalizacja deszczowa”).

Na rozprawie potwierdzono opisowy charakter pozycji kosztorysowych: 42, 43, 20, 21, 31, 31 (zbiorcza ilość ścianek na całym kontrakcie) oraz zagregowanie niektórych pozycji kosztorysowych, w branży drogowej - DW 416 poz. 32 i DK 38 poz. 13 - wywożenie gałęzi na odległość na składowisko wykonawcy wraz z kosztami utylizacji, załączono ofertę podwykonawcy, bez szczegółowego kosztorysu.

W części opisowej wyjaśnień przystępujący podał, jako elementy oferty mające wpływ na jej cenę, następujące okoliczności: firma wielokrotnie wykonywała roboty na tym terenie w związku z tym ma rozeznanie, zagwarantowane place składowe materiałów po preferencyjnych cenach; obliczając cenę oferty przystępujący uwzględnił minimalny zysk ze względu na małą ilość zamówień na rynku oraz, że uzyskanie zamówienia pozwoli zapewnić przystępującemu ciągłość pracy osób i sprzętu, także zmniejszy koszty ich utrzymania.

Ponadto, przestępujący założył wykorzystanie zakupionych wcześniej po preferencyjnych cenach materiałów składowanych w magazynach. Wskazał też, że szczegółowe kalkulacje pozycji zostały sporządzone na podstawie własnego programu zakładowego do kalkulacji oraz zakładowych norm i sprzętu, jakimi dysponuje. Podał, że wywożenie gałęzi na składowisko wykonawcy wraz z kosztami utylizacji zostało przyjęte zgodnie z ofertą podwykonawcy. Branża mostowa - budowa mostu poz. 24 „wykonanie kolumn DSM o średnicy 80 cm (wraz ze skuciem pala)”, przyjęto sprzęt z najmu według załączonej oferty.

Odwołujący podkreślił w odniesieniu do swojej oferty, brak uzasadnienia rażąco niskiej ceny, gdyż zamawiający wskazał pominięcia niektórych elementów w szczegółowych kosztorysach, w sytuacji, gdy w stosunku do wybranej oferty występuje porównywalność opisu, niemal tożsamość, także w wyjaśnieniach przystępującego występuje brak wyceny pozycji według żądanego szczegółowego kosztorysu, w istocie, przy niewielkiej różnicy stosunku cen ofert do ceny przedmiotu zamówienia, ustalonej przez zamawiającego.

Izba zważyła.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp wnosząc odwołanie, służy mu status wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną spośród 10 ofert, w sytuacji, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena o znaczeniu 100%. Zatem, wykazanie naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp skutkujące uwzględnieniem odwołania, stwarza odwołującemu, co do zasady, ewentualną możliwość uzyskania zamówienia.

Wykonawca DROG-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Lubojenka, zwany w uzasadnieniu w skrócie „przystępującym”, w wyniku skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego.

Rozpoznając odwołanie w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp) oraz oceniając postępowanie dowodowe w kontekście żądań przedstawionych w odwołaniu, Izba uwzględniła odwołanie podważające czynność uznania ceny oferty odwołującego za rażąco niską, na podstawie szczegółowego podziału cen jednostkowych niewymaganego w SIWZ, bez uwzględnienia stosunku ceny oferty do przedmiotu zamówienia i ceny wybranej oferty.

Procedura prawna wynikająca z Pzp: przepis art. 90 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, w celu ustalenia czy cena oferty nie jest rażąco niska.

W praktyce stosowania prawa ukształtowała się interpretacja przepisu, że ocena ziszczenia się przesłanki zobowiązującej do wystąpienia o złożenie wyjaśnień należy do zamawiającego, aczkolwiek w wielu sprawach, okoliczności uzasadniały wydanie orzeczeń zobowiązujących zamawiającego do wykonania czynności wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Czynność zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień powinna być wynikiem analizy oferty. Zwrócenie się o złożenie wyjaśnień powoduje powstanie domniemania rażąco niskiej ceny i obalenie takiego domniemania należy do wezwanego wykonawcy, składającego wyjaśnienia poparte dowodami.

Przepis nie określa treści, zakresu wezwania, poza wymogiem wskazania terminu, w jakim wyjaśnienia mają być złożone.

Elementy, jakie zamawiający jest zobowiązany wziąć pod uwagę przy ocenie wyjaśnień zostały wskazane w art. 90 ust. 2 Pzp, z możliwością uwzględniania również innych okoliczności. Przepis stanowi, że ocena wyjaśnień powinna być dokonana z uwzględnieniem obiektywnych czynników, w szczególności powinna uwzględniać oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Skutki oceny wyjaśnień wynikają z przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, stanowiącego zobowiązanie zamawiającego do odrzucenia oferty w dwóch przypadkach - nie złożenia wyjaśnień lub złożenia wyjaśnień, które wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty wynika też z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia).

Posługując się opisem zamieszczonym w streszczeniu sprawozdania Trybunału Europejskiego - orzeczenie Trybunału z dnia 22 czerwca 1989 r., sprawa C-103/88 („Costanzo”) - można uznać, że tryb z art. 90 ust. 1-3 Pzp wraz z konsekwencjami określonymi w tym przepisie ma zastosowanie w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdy w sposób oczywisty oferta przedstawia rażąco niską cenę.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający za podstawę zwrócenia się do trzech wykonawców o złożenie wyjaśnień, przyjął wielkość matematyczną - cena ofert kształtująca się poniżej 70% wartości zamówienia zwiększonej o kwotę podatku VAT. Odrzucając ofertę odwołującego wskazał jednoznacznie podstawę czynności „art. 89 ust. 1 pkt 4 w nawiązaniu do art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonawca nie wykazał, iż

oferowana cena nie ma znamion rażąco niskiej ceny”. Zatem ocenił, że wyjaśnienia odwołującego potwierdzają ewidentnie rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (przepisy art. 90 ust. 1, ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odwołują się wyłącznie do przedmiotu zamówienia).

W uzasadnieniu czynności zamawiający przedstawił analizę wyjaśnień odwołującego wskazując na braki w szczegółowym kosztorysie ofertowym: wyceny materiału zasypowego, zaniżoną ilość betonu, wyszczególnienia środków transportowych, kosztów sprawdzenia terenu pod względem niewybuchów, wskazania pozycji, w których zamieszczono tzw. przeniesione koszty, zawyżenie kosztów urządzenia zaplecza wykonawcy (wynagrodzenie ryczałtowe za tę część).

Uzasadnienie faktyczne - wyjaśnienia odwołującego dotyczące części opisowych - jest porównywalne z wyjaśnieniami opisowymi przystępującego. Zaś poszczególne pozycje kosztorysowe dotyczyły cen jednostkowych, a w istocie nieczytelnego ich przedstawienia, jako podziału zagregowanej stawki jednostkowej na części składowe: robocizna, materiały, sprzęt - wykazując pominięcia, opuszczenia pozycji, przeniesienia niektórych pozycji w zakres innych itp.

Powyższa ocena wyjaśnień odwołującego, dokonana przez zamawiającego sugeruje ocenę: zakresu zaoferowanych robót, wewnętrznego podziału kosztów, w tym zawyżenie ceny urządzenia zaplecza, co w porównaniu z wymaganiami zamieszczonymi w SIWZ w przedmiocie wymogu zgodności opisu kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót, w ocenie Izby, wskazuje na inną podstawę faktyczną i prawną oceny oferty odwołującego, a mianowicie ocenę zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący nie postawił zarzutu rażąco niskiej ceny oferty przystępującego (zarzutu, jako wyraźnie wskazanej czynności zamawiającego mającej naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia - samo powołanie przepisu Pzp, który zamawiający miałby naruszyć, nie tworzy zarzutu, zarzut tworzy wskazanie czynności bądź ich zaniechania, do których zobowiązany jest zobowiązany na podstawie Pzp - wyrok Izby z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 589/13). Również nie postawił zarzutu niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ, jedynie zarzucił wybór tej oferty, jako naturalnej konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego. Przedstawiając porównawczo ocenę wyjaśnień obu wykonawców, wskazał w uzasadnieniu odwołania na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ocena czynności zamawiającego w sytuacji standardowej, przewidzianej w przepisach Pzp,

w przypadku domniemania rażąco niskiej ceny byłaby inna, gdyby wskazano cenę rażąco niską jednej oferty z najniższą ceną, różniącą się od ceny zamówienia ustalonej przez zamawiającego i od następnej lub następnych cen ofert wskazanych w rankingu. W rozpoznawanym przypadku, przedmiotem oceny są ceny dwóch ofert, co do których zamawiający zwracając się o złożenie wyjaśnień, stworzył w konsekwencji domniemanie rażąco niskich cen. W wyniku oceny wyjaśnień przyjął rażąco niską cenę oferty odwołującego w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp), potwierdzając na rozprawie tę podstawę odrzucenia oferty oraz cenę właściwą, realną przystępującego, dokonując wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

W toku badania oferty dopuszczalna i przyjęta jest możliwość analizowania przez zamawiającego poszczególnych składników ceny, w sytuacji, gdy całkowita cena budzi wątpliwości z punktu widzenia uznania jej za rażąco niską. Dlatego też zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień może odnieść się do poszczególnych pozycji kosztorysowych składających się na cenę.

Zamawiający żądał dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarze robót. Jako wyjaśnienia zażądał szczegółowego kosztorysu, nie wskazując przy tym, jaki ma być poziom szczegółowości składników cenotwórczych, czy też, jaką metodę kalkulacyjną należy zastosować (wyrok KIO z dnia 30 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 944/09).

Co do zasady, w ocenie Izby, części opisowe wyjaśnień obu wykonawców są porównywalne, różnice występują w pozycjach szczegółowych kosztorysów. Oceniając wyjaśnienia przystępującego w szczegółowej części (kosztorysowej), zamawiający odstąpił od egzekwowania wymogu określonego w wezwaniu - szczegółowego kosztorysu ofertowego wskazanych w wezwaniu pozycji kosztorysowych, uznając dopuszczalność agregacji pozycji oraz możliwość zastąpienia kosztorysów szczegółowych (cena robocizny, materiałów oraz sprzętu potrzebnego do wykonania robót w poszczególnych pozycjach kosztorysowych) ofertą podwykonawcy.

Cena rażąco niska, to cena nierealna, nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, za którą nie ma możliwości wykonania zamówienia. Ocena wyjaśnień i uznanie, że potwierdzają one rażąco niską cenę należy do zamawiającego, obciążając jednocześnie zamawiającego obowiązkiem udowodnienia rażąco niskiej ceny, w razie sporu w tym zakresie.

W przedmiocie rażąco niskiej ceny w sądownictwie wskazano: w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Ten sam sąd w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że „Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. (...) Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska, to taka która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. W ostatnim wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13 wskazany sąd podniósł: „Powszechnie przyjmuje się, że rażąco niska cena, to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych. Podkreślenia jednak wymaga, że na chwilę oceny oferty, jedynym rzeczywiście obiektywnym miernikiem tego, czy cena jest niska, jest wartość zamówienia z podatkiem VAT”. W wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08 Sąd Okręgowy w Poznaniu orzekł: „przepisy Pzp ani przepisy unijne czy też orzecznictwo zarówno krajowe, jak i ETS nie wykształciło definicji pojęcia „rażąco niska cena”. (...) W czasie wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje czy składniki ceny, zamawiający nabierze podejrzeń czy przypuszczeń, co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczyna procedurę wyjaśnienia. (...) Zatem, charakter ceny rażąco niskiej można przypisać, gdy jest ona niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych”.

Odrzucenie oferty odwołującego i wybór, jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, nastąpiło w następującej relacji cenowej ofert: odwołujący - 24 846 001,14 zł (61,93% ceny przedmiotu zamówienia) i przystępujący - 25 861 836,77 zł (64,46% ceny przedmiotu zamówienia), różnica cen obu ofert wynosi 1 015 835,63 zł, co stanowi różnicę w stosunku do ceny przedmiotu zamówienia (40 122 286,02 zł) 2,53%.

Przy różnicy cen obu ofert o wielkości 2,53% w stosunku do ceny przedmiotu zamówienia, trudno jest uznać, kierując się linią interpretacyjną przepisu przyjętą we wskazanych wyrokach sądów okręgowych, kształtującą linię orzeczniczą Izby, że w jednym przypadku cena jest ceną właściwą, realną w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w drugim nierealną, nierzeczywistą w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając odwołanie w przedmiocie oceny oferty odwołującego naruszającej też zasadę równego traktowania wykonawców, Izba uznała za zasadne powtórzenie czynności badania i oceny tej oferty w kontekście rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia wraz z oceną pozostałych nieodrzuconych ofert.

Reasumując powyższe, Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 z uwzględnieniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w nawiązaniu do art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji także przepisu art. 91 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), obciążając zamawiającego kwotą wpisu uiszczanego przez odwołującego.

Przewodniczący: