

Sygn. akt: KIO/UZP 671/09

**WYROK**  
**z dnia 8 czerwca 2009r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie:** **Barbara Bettman**  
**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant:** **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **J&P-AVAX S.A., 15125 Marousi, Ateny, Grecja, Amarousiou-Halandriou 16** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 30 kwietnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Budimex Dromex S.A., Mostostal Warszawa S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **J&P-AVAX S.A., 15125 Marousi, Ateny, Grecja, Amarousiou-Halandriou 16**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **J&P-AVAX S.A., 15125 Marousi, Ateny, Grecja, Amarousiou -Halandriou 16,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **J&P-AVAX S.A., 15125 Marousi, Ateny, Grecja, Amarousiou -Halandriou 16.**

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

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych Autostrad w Warszawie, w imieniu której prowadzi postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych Autostrad Oddział w Katowicach prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa autostrady A1 na odcinku Pyrzowice (z węzłem) - Piekary Śląskie (z węzłem), km 474+350 do km 490+427.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26.06.2008 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 122- 163315.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - *zwanej dalej ustawą pzp.*

Pismem z dnia 30.04.2009 roku Odwołujący - J&P - Avax S.A., wykazując swój interes prawny złożył protest na czynności i zaniechania Zamawiającego, o których powziął informację dnia 23.04.2009 roku.

Wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i pkt 3 w zw. z art. 3 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a także naruszenie art. 90 ust. 1 i 91 ust. 1 ustawy pzp, Odwołujący podniósł:

1. bezzasadne uznanie, że Konsorcjum Budimex Dromex S.A. oraz Mostostal Warszawa S.A. - zwane dalej Konsorcjum, nie złożyło oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy w pozycji 130 przedmiaru Robót Drogowych Tom V2 D.02.04.02 Umacnianie spoiwami hydraulicznymi ilość 1 907 971,00 m<sup>3</sup>, Konsorcjum zaproponowało cenę jednostkową za 1m<sup>3</sup> - 0,22 złotych, co w sumie dało cenę 419.753,62 złotych. W ocenie Odwołującego stanowi to rażąco niską cenę zarówno w odniesieniu do wartości samego materiału koniecznego do wykonania przedmiotowej części oferty jak również do wartości tego materiału, powiększonego o wartość robocizny, sprzętu i mobilizacji do jej wykonania i rzutuje w istotnym zakresie na wartość całej oferty.
2. zaniechanie przez Zamawiającego pisemnego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanego elementu oferty rażąco zaniżającego całą jej wartość,
3. bezzasadne uznanie, że złożenie przez Konsorcjum oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (czyn opisany w art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, polegający na sprzedaży towarów i usług poniżej wartości ich wytworzenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, w tym także w celu wyeliminowania szansy wygrania ofert konkurencyjnych w niniejszym postępowaniu),
4. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum i wybraniu jej jako najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp,
5. nie wybranie jako najkorzystniejszej oferty Protestującego.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wskazał, że do wykonania umocnienia konieczne jest zastosowanie jako materiału wapna sucho gaszonego (hydratyzowane) Ca(OH)<sub>2</sub> albo wapna palonego mielonego (Specyfikacja Techniczna pkt 2). Wartość rynkowa takiego materiału bez dodatkowych kosztów robocizny, mobilizacji sprzętu, narzutów kształtuje się w granicach od 300 zł do 390 złotych netto za 1 tonę wapna.

Po przeliczeniu tonażu na 1 m<sup>3</sup> przyjąć należy, iż na jeden m<sup>3</sup> stabilizacji zużywa się ok. 0,06 tony. Zatem cena materiału dla wykonania 1 m<sup>3</sup> ulepszenia wynosi w granicach od 18 do 23,40 złotych. Przy czym wartość ta jest wyłącznie wartością materiału netto, bez robocizny, sprzętu czy narzutu wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że kalkulacje powyższe uwzględnili w swoich ofertach pozostali wykonawcy, których cena za 1m<sup>3</sup> wykonania umocnienia spoiwami hydraulicznymi kształtuje się od 26,80 zł za 1 m<sup>3</sup> (oferta Odwołującego ) przez 29,51 zł (konsorcjum Mota Engil Polska

S.A.), 30,50 zł (Dragados S.A.), 33,41 zł (konsorcjum Hentschke Bau GmbH -Bautzen) do 43,67 zł (konsorcjum Polimer - Mostostal Warszawa i in.).

Odwołujący wywiódł, że oferta Konsorcjum jest od 80 - 100 razy mniejsza od wartości samego materiału, co oznacza, że oferta na samym materiale generuje stratę w granicach 34 – 44 mln.

Niezależnie od wyczerpania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp Odwołujący podniósł iż takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem narusza dobre obyczaje, reguły rynkowe i jest działaniem zagrażającym nie tylko Zamawiającemu ale także innym podmiotom zainteresowanym wykonaniem robót.

Zamawiający w dniu 8.05.2009 roku oddalił protest, wskazując, że Odwołujący zakwestionował jedną pozycję kosztorysową na ok. kilka tysięcy takich pozycji i na tej podstawie oparł swoje twierdzenia o rażąco niskiej cenie oferty. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy pzp ocena czy Wykonawca złożył ofertę z rażąco niską ceną odnosi się do całego przedmiotu zamówienia, a nie do wybranego elementu kosztorysowego.

Wskazał na porównanie cen rynkowych, z których wynika, że wybrana oferta różni się od ceny oferty drugiej w rankingu o 4%, od trzeciej o 6,7 % a od kolejnej ok. 9 %. Zatem, w ocenie Zamawiającego, skoro ceny ofert są zbliżone do siebie to nie ma mowy o cenie rażąco niskiej. Zamawiający powołał się na dotychczasowe orzecznictwo ZA oraz Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie KIO/UZP 466/08, KIO/UZP 126/09, KIO/UZP 284/09, KIO/UZP 293/08 i 294/09, KIO/UZP297/09.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący w dniu 18.05.2009 złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na oddaleniu protestu z dnia 30 kwietnia 2009 r. i nakazanie Zamawiającemu uwzględnienie protestu w całości,
2. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej,
3. dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert
4. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum,
5. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej

alternatywnie:

nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny złożonych w mniejszym postępowaniu ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Konsorcjum.

**Skład orzekający Izby dopuścił dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych w postępowaniu. Biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia pełnomocników stron, złożone w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił co następuje:**

Izba ustaliła, że do upływu terminu wyznaczonego na składanie ofert wpłynęło 8 ofert wg. następującej kolejności pod względem ceny:

1. Konsorcjum: BUDIMEX DROMEX S.A., MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. - z ceną 1 829 367 854,48 zł.
2. J & P – AVAX S.A. - z ceną 1 903 152 382,70 zł
3. DRAGADOS S.A. - z ceną 1 951 685 099,31 zł.
4. Konsorcjum: POLIMEX - MOSTOSTAL S.A., DOPRASTAV a.s. Eurovia Polska S.A., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. Kędzierzyn Koźle - z ceną 1 996 219 665,79 zł.
5. Konsorcjum: HERMANN KIRCHNER Polska Sp. z o.o. HERMANN KIRCHNER Bauunternehmung GmbH - Niemcy, STRABAG Sp. z o.o., PRM MOSTY – ŁÓDŹ S.A. - z ceną 2 044 810 048,03 zł,
6. Konsorcjum: HENTSCHKE Bau GmbH - Bautzen, Henczke Budownictwo Sp. z o.o. DROGBUD Podkarpacki Holding Budowy Dróg Sp. z o.o. DROG – BUD Sp. z o.o. ENERGOPOL - Południe S.A. - z ceną 2 092 539 163,05 zł,
7. Konsorcjum: Mota - Engil Polska S.A. i Mota - Engil, Engenharia e Construcao, S.A. Portugalia z ceną 2 155 385 355,72 zł.
8. Konsorcjum: Astaldi S.A. - Włochy, PBDiM Sp. z o.o. - Mińsk Maz., PBDiM „ERBEDIM” Sp. z o.o. - z ceną 2 374 980 084,67 zł.

Izba zważyła co następuje:

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

W związku z tym, że protest w niniejszej sprawie został złożony w dniu 30.04.2009 r., tj. po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu aktualnie

obowiązujący stan prawny i ustalił, że terminy na wniesienie środków ochrony prawnej zostały zachowane.

Izba uznała także, że Odwołujący jako podmiot, który złożył ofertę w rozpatrywanym postępowaniu, kwestionujący wybór oferty najkorzystniejszej posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy, bowiem potwierdzenie się zarzutów zgłoszonych przez Odwołującego i uwzględnienie żądań zgłoszonych w proteście powoduje, że ma on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Bezspornym jest, że w kwestionowanej przez Odwołującego poz. 130 kosztorysu ofertowego dotyczącej „umacniania spoiwami hydraulicznymi - ilość 1 907 971,00 m<sup>3</sup>”, Konsorcjum zaproponowało cenę jednostkową za 1m<sup>3</sup> - 0,22 złotych, zaś wartość tej pozycji kosztorysowej wynosi 419.753,62 złotych. Natomiast cena jednostkowa tej samej pozycji 130 w kosztorysie ofertowym Odwołującego wynosi 26,80 zł za 1m<sup>3</sup>, co daje wartość 51. 133. 622 zł., a zatem stanowi o 50. 713. 869 zł więcej niż w ofercie Konsorcjum.

Izba ustaliła, że różnica pomiędzy ceną oferty Konsorcjum, uznaną za najkorzystniejszą a ceną oferty Odwołującego wynosi 73. 784. 528,22 zł. a jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

Zarówno ustawa pzp jak również dyrektywy Unii Europejskiej nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa, istotne jest to, że przy ocenie czy mamy do czynienia z „rażąco niską ceną” należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty a nie ceny jednostkowe za poszczególne elementy oferty - pozycje kosztorysowe. Wniosek taki wypływa wprost z literalnego brzmienia treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś w stosunku do pewnej części (w tym przypadku jednej pozycji kosztorysowej) przedmiotu zamówienia. Podobne stanowisko zajął również Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 24.03.2005 roku (Sygn. akt II Ca 425/04) oraz Sąd Okręgowy w Poznaniu w dniu 17.01.2006 roku (Sygn. akt II Ca 219/05).

Odwołujący zakwestionował cenę jednostkową jednej z szeregu tysięcy pozycji kosztorysowych i zarzut „rażąco niskiej ceny” sformułował jedynie w odniesieniu do wskazanej pozycji kosztorysowej a nie ceny całkowitej oferty zaproponowanej przez Konsorcjum.

W ocenie Izby, nawet, gdyby uznać, że wskazana pozycja 130 kosztorysu ofertowego Konsorcjum jest ceną zaniżoną, to jednak nie jest uzasadniony pogląd co do uznania ceny rażąco niskiej w stosunku do całego przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem przyjąć, że oferta zawiera rażąco niską cenę wyłącznie na podstawie jednej z kilku tysięcy pozycji kosztorysowych.

Stanowisko to jest tym bardziej uzasadnione, że zaproponowana przez Konsorcjum cena jednostkowa tej pozycji kosztorysowej nie wpływa na ranking ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, bowiem nawet gdyby przyjąć, że jest ona zaniżona o ok. 50 mln zł (przy przyjęciu, że cena jednostkowa w poz. 130 wynosi ok. 26 zł) to i tak nadal oferta Konsorcjum jest ofertą najkorzystniejszą cenowo.

Izba stoi na stanowisku, że również cena całkowita oferty Konsorcjum nie odbiega w sposób rażący od cen rynkowych, wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego i wynoszącej 1 801 059 830,52 netto jak również cen innych złożonych w postępowaniu ofert, gdzie różnice wynoszą ok. 4 - 10 %. Nie można zatem uznać, że całkowita cena oferty Konsorcjum jest ceną nierealną, niewiarygodną, za którą nie jest możliwa należyta i zgodna z wymaganiami realizacja przedmiotu zamówienia.

Konkludując, przyjęta przez Konsorcjum cena jednostkowa w poz. 130 dotycząca umacniania spoiwami hydraulicznymi, nie czyni zatem całkowitej ceny oferty ceną rażąco niską i nie gwarantuje wykonania całego zamówienia w sposób należyty.

Wykonawca, kalkulując ofertę bierze na siebie ryzyko gospodarcze i zobowiązuje się do wykonania zamówienia za wskazaną w ofercie cenę.

W ocenie Izby, samo wskazanie na sprzedaż danego produktu poniżej kosztów własnych nie jest jeszcze wystarczające dla zakwalifikowania danego działania jako czyn nieuczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji istotne jest bowiem wykazanie, że takie działanie doprowadzi do eliminacji innych podmiotów z rynku. Zarówno Odwołujący jak i pozostałe podmioty, ubiegające się o udzielenie przedmiotowego zamówienia działają w warunkach rynku konkurencyjnego w branży budowlanej i naturalnym jest podejmowanie działań przez te podmioty, mających na celu uzyskanie zamówienia publicznego i obniżenie kosztów realizowanych przez siebie inwestycji. Możliwe jest uzyskanie niezwykle korzystnych rabatów, szczególnie od współpracujących stale z wykonawcą podmiotów. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że działanie Konsorcjum polegające na wycenie umacniania spoiwami hydraulicznymi poniżej kosztów ich wytworzenia eliminuje Odwołującego z rynku budowlanego a zatem nie wykazał, że działanie takie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i pkt 3 w zw. z art. 3 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a także art. 90 ust. 1 i 91 ust. 1 ustawy pzp.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....