

WYROK

z dnia 12 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Lesznie, 64-100 Leszno, ul. Śniadeckich 5**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego "ENERGOPOL" S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego "ENERGOPOL" S.A., 40-301 Katowice, ul. Siemianowicka 5a

2. kosztami postępowania obciąża **Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Lesznie, 64-100 Leszno, ul. Śniadeckich 5** 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 **Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Wielkopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Lesznie, 64-100 Leszno, ul. Śniadeckich 5** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex S.A., Ferroviał Agroman S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu, oddział w Lesznie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zadanie pn. „Rów Polski – regulacja i obwałowanie w km 8+100 – 21+100 ze zbiornikiem wodnym Rydzyna. Zbiornik wodny Rydzyna”.

Pismem z dnia 21 września 2011 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego „ENERGOPOL” S.A. z siedzibą w Katowicach, [dalej także „Energopol”].

Wobec takiej czynności zamawiającego w dniu 30 września 2011 r. odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. (lider konsorcjum) oraz Ferrovial Agroman S.A. (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Warszawie [dalej także „konsorcjum Budimex”] zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej „ustawa p.z.p.”], poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Energopol, pomimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. poprzez wadliwą ocenę przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy Energopol złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p., w szczególności pominięcie obiektywnych czynników przywołanych w art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. i tym samym przyjęcie, że oferta wykonawcy Energopol nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 3) art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Energopol, chociaż wykonawca ten na wezwanie zamawiającego nie złożył wyjaśnień wystarczających, tj. wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny i potwierdzających tym samym, że cena ta nie jest ceną rażąco niską,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., poprzez wybór oferty podlegającej odrzućeniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wnosil o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania o oceny oferty, odrzućenie oferty wykonawcy Energopol oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,

- 2) ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie zamawiającemu ponownego wezwania wykonawcy Energopol do złożenia wyjaśnień i konsekwentnie dokonanie ponownej oceny złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień z uwzględnieniem wszystkich dokumentów złożonych przez wykonawcę Energopol w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż wykonawca Energopol zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 22.081.233,88 zł, a więc o ponad o 16 mln zł niższą niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT. Wskazywał również, iż zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnienia złożonych przez wykonawcę Energopol w następstwie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż pominął ich merytoryczną zawartość. W ocenie odwołującego samo złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p., nie jest wystarczające, gdyż muszą być to wyjaśnienia obalające domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny. Odwołujący podnosił, iż zamawiający oceniając złożone przez Energopol wyjaśnienia winien był wziąć pod uwagę obiektywne czynniki, które pozwoliły wykonawcy zaoferować taką cenę.. Wskazywał również, iż żaden z przywołanych przez wykonawcę Energopol w wyjaśnieniach czynników wpływających na cenę nie jest właściwy tylko dla tego wykonawcy. Odwołujący podnosił również, iż roboty ziemne stanowią najistotniejszy zakres zleconych robót, zarówno pod względem wartościowym jak i ilościowym. W ocenie odwołującego porównując wartość pozycji 47-48 oraz 52-58 kosztorysów ofertowych złożonych przez wykonawców, kwoty przyjęte przez wybranego wykonawcę nie wystarczą nawet na pokrycie kosztów paliwa dla maszyn wykorzystywanych przy tych pracach. Odwołujący wykazywał również, że wymienione pozycje odnoszą się do największego zakresu prac składających się na przedmiot umowy, a co za tym idzie zaniżenie tych cen jednostkowych pozwala na przyjęcie, iż cała cena oferowana jest nierealna.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu, oddział w Lesznie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zadanie pn. „Rów Polski – regulacja i obwałowanie w km 8+100 – 21+100 ze zbiornikiem wodnym Rydzyna. Zbiornik wodny Rydzyna”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2011 r. pod numerem 2011/S 146-242394.

Zgodnie z protokołem postępowania zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 31.125.378,08 zł. Wartość zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Konsorcjum: PBG S.A., Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Melioracji Hydromel Sp. z o. o., Wojciech Ferenc Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych – na kwotę 34.562.823,75 zł brutto;
- 2) Konsorcjum Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A. – na kwotę 29.746.000,86 zł brutto;
- 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego Energopol S.A. – na kwotę 22.081.233,88 zł brutto;
- 4) Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o. o. – na kwotę 50.007.565,41 zł brutto;
- 5) Konsorcjum: Hydrowat Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych Sp. z o. o., RPM S.A. – na kwotę 38.680.600,00 zł brutto;
- 6) Bilfinger Berger Budownictwo S.A. – na kwotę 42.723.413,03 zł brutto;
- 7) Skanska S.A. – na kwotę 29.911.923,93 zł brutto.

Pismem z dnia 16 września 2011 r. zamawiający wobec złożenia przez wykonawcę Energopol oferty zawierającej niską cenę, odbiegającą od cen innych oferentów oraz cen kosztorysu inwestorskiego, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. zwrócił się do tego wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Energopol w piśmie z dnia 20 września 2011 r. wyjaśnił m.in., iż: „(...) w wycenie poszczególnych elementów uwzględniono oszczędność metody wykonania zamówienia z uwagi na przyjęte technologie realizacji robót. Po przeprowadzeniu wizji lokalnej opracowano i przyjęto założenia techniczno-organizacyjne związane z wykonaniem poszczególnych elementów robót. Szczególny nacisk położono na zbilansowanie przemieszczania i zabudowy mas ziemnych w obiekcie. Optymalne wykorzystanie własnego sprzętu jak i krótki czas realizacji robót budowlanych pozwolił nam na znaczne obniżenie własnych kosztów, co przy dużym zaangażowaniu sprzętu stanowi niebagatelną kwotę. Przyjęto również sprzyjające warunki dla robót ziemnych, jakim jest okres zimowy dla gruntów występujących na obszarze przyszłego zbiornika. Wyceny jednostkowe dla pracy sprzętu w poszczególnych elementach robót zostały opracowane na bazie własnych doświadczeń jak i norm wydajnościowych posiadanego sprzętu. Proponowana cena ofertowa może wydawać się niska, niemniej podtrzymujemy naszą ofertę i deklarujemy wykonanie robót zgodnie ze złożoną ofertą.”

Pismem z dnia 21 września 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Energopol.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 30 września 2011 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Mostowego Energopol S.A. z siedzibą w Katowicach, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Rozważając niniejszą sprawę należy mieć przede wszystkim na uwadze treść art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p., według którego zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawców o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przepis ust. 2 art. 90 ustawy p.z.p. zawiera natomiast kryteria oceny wyjaśnień, którymi powinien kierować się zamawiający przy ocenie tychże wyjaśnień. W przedmiotowej sprawie zamawiający miał podstawy do przypuszczeń, że cena określona w ofercie wykonawcy Energopol jest rażąco niska. Cena ta odbiegała znacząco zarówno od wartości szacunkowej zamówienia jak i od cen kolejno złożonych ofert. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Energopol nie realizują obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. Przede wszystkim na ich podstawie zamawiający nie mógł stwierdzić, że wskazane okoliczności uzasadniają wysokość ceny oferty i różnicę jej wysokości w stosunku zarówno do wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego jak i cen ofert pozostałych wykonawców, zwłaszcza w kontekście znacznego rozmiaru przedmiotu zamówienia jak i krótkiego terminu realizacji. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Energopol nie wskazują na obiektywne czynniki i do tego dostępne wyłącznie przystępującemu, które mogłyby uzasadniać wysokość zaoferowanej ceny

i w konsekwencji potwierdzać, że należyte wykonanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest realne.

Należy mieć na uwadze, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. ustanawia domniemanie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Izba stoi na stanowisku, że to na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania. W ocenie Izby dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. W przedmiotowej sprawie wykonawca Energopol ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że w wycenie poszczególnych elementów uwzględniono oszczędność metody wykonania zamówienia z uwagi na technologię realizacji robót. Brak jest jakiegokolwiek określenia, jaka to metoda wykonania, czy technologia realizacji robót miała wpływ na cenę ofert. Za wystarczające nie sposób również uznać stwierdzeń wykonawcy Energopol, że to optymalne wykorzystanie własnego sprzętu jak i krótki czas realizacji robót budowlanych pozwolił na znaczne obniżenie kosztów, co przy dużym zaangażowaniu sprzętu stanowi niebagatelną kwotę. Stwierdzenie to nie zostało poparte żadnymi dalszymi wywodami, wyjaśnieniami, dowodami. Za obiektywne czynniki nie sposób również uznać warunków pogodowych. Ponadto w złożonych wyjaśnieniach brak jest wskazania, dlaczego w/w czynniki są dostępne wyłącznie przystępującemu.

Izba zwraca uwagę, iż przywoływane przez przystępującego w toku rozprawy argumenty, dodatkowe wyliczenia, czy też rozwinięcie stwierdzenia „metoda wykonania zamówienia”, „technologia realizacji robót”, winny być przytoczone na etapie składania wyjaśnień a nie w trakcie postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby poprzestając jedynie na złożeniu lakonicznych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia realności zaoferowanej ceny, wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Zmawiający nie miał możliwości dokonywania głębszej analizy złożonych wyjaśnień gdyż nie zawierały one żadnych obszerniejszych danych, które takiej analizie mogłyby być przez zamawiającego poddane. Izba stoi na stanowisku, iż udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Należy podkreślić, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny mają doprowadzić do obalenia domniemania, że zaproponowana w ofercie cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ciężar udowodnienia zamawiającemu okoliczności wskazujących na brak zaoferowania ceny

rażąc niskiej spoczywa w całości na wykonawcy, do którego skierowano wezwanie do złożenia wyjaśnień. W ocenie Izby to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień powinien dążyć do przekonania zamawiającego, iż wątpliwości, co do zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. Izba wskazuje, że na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu, ale co do wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. a nie w zakresie wykazania, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska.

W przedmiotowej sprawie Izba stoi na stanowisku, iż zamawiający, uznając złożone przez przystępującego wyjaśnienia za wystarczające, nie dokonał prawidłowej i pełnej oceny tych wyjaśnień, przez co dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. Zdaniem Izby ocena dokonana przez zamawiającego nie została oparta na kryteriach określonych w ust. 2 art. 90 ustawy p.z.p. a sprowadziła się faktycznie do uznania za wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, niezależnie od zawartej w nich treści. Konsekwentnie należy stwierdzić, że skoro przystępujący złożył wyjaśnienia, których nie można było ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy p.z.p. z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność, to prowadzi to do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone. Potwierdza to zasadność zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. gdyż wobec braku wyjaśnień zamawiający winien był ofertę przystępującego odrzucić..

Powyższe determinuje również stanowisko Izby w zakresie uznania, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. gdyż powinien był odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. w związku z art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. Wobec potwierdzenia się w/w zarzutów zgłoszonych przez odwołującego należało również uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż działanie zamawiającego naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: