

**Sygn. akt KIO/UZP 1126/09**

**WYROK**  
**z dnia 21 września 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk**  
**Ewa Jankowska**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 września 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **SAFEGE S.A., Parc de l Ile 15/27 rue du Port, 92-022 Nanterre** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa** protestu z dnia **17 lipca 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **Zakłady Budownictwa Mostowego – Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Ulianowska 13, 03-338 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego\*

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **SAFEGE S.A., Parc de l Ile 15/27 rue du Port, 92-022 Nanterre;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 **538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SAFEGE S.A., Parc de l Ile 15/27 rue du Port, 92-022 Nanterre.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na >>Zarządzanie kontraktem w zakresie budowy „Budowa obwodnicy Serocka w ciągu drogi krajowej nr 61 od km 35+888 do około 42+900”, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie w ramach projektu unijnego<<.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742), zwanej dalej Pzp.

**09.04. 2009 r.** w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich ukazało się ogłoszenie o zamówieniu: DZ. Urz. UE Nr 2009/S 69-100208.

**07.07. 2009 r.** zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy sp. z o.o. Warszawa i ECM Group Polska sp. z o.o. Warszawa, o wykluczeniu wykonawcy SGS Polska sp. z o.o.

ze względu na wniesienie wadium niespełniającego wymagania pkt 10.3 specyfikacji i o nieodrżuceniu żadnej oferty.

**17.07. 2009 r.** wykonawca Safage SA Oddział w Polsce Warszawa wniósł protest wobec czynności podjętych oraz bezprawnie zaniechanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum Zakład Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. i ECM Group Polska Sp. z o.o.;
- 2) zaniechaniu odrzucenia wykonawcy Konsorcjum ZBMIZ z postępowania.

Czynności zamawiającego naruszają:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oraz inne przepisy wskazane w uzasadnieniu;
- 2) art. 90 ust. 2 Pzp;
- 3) w wyniku naruszenia tych przepisów prowadzą do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu protestu.

Protestujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie protestu;
- 2) unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum ZBMIZ;
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru, jako najkorzystniejszej oferty – oferty protestującego.

Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, gdyż wybrał ofertę której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Konsorcjum zaoferował **rażąco niską cenę** wykonania zamówienia.

Cena oferty wykonawcy Konsorcjum wynosi 4 416 402,01 zł brutto przy wartości przedmiotu zamówienia określonej przez zamawiającego z należytą starannością na kwotę 7 755 904,00 zł netto (kwota podana przed otwarciem ofert, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 9 462 202,88 zł) i przez to znacząco odbiega od wartości określonych przez zamawiającego, ale także od cen ofert pozostałych wykonawców, którzy przy dochowaniu należytej staranności, walcząc o kontrakt przy minimalizacji kosztów swe oferty wyliczyli odpowiednio na:

Wykonawca	Cena brutto w zł
-----------	------------------

Konsorcjum ZBMIZ	4 416 402,01
Safage SA	7 898 680,40
WS Atkins Polska Sp. z o.o.	8 252 080,00
=====	=====
Mott MacDonald Limited	9 580 674,64
ARCADIS Sp. z o.o. z o.o. z o.o.	9 824 833,24
Egis Poland Sp. z o.o. z o.o. z o.o.	10 142 116,20
=====	=====
TPF Planege – Consultores de Engenharia e Gestao S.A.	12 798 637,13
Scott Wilson Sp. z o.o.	13 515 249,99
SGS Polska Sp. z o.o.	13 598 120,00
=====	=====
Transprojekt Warszawa Sp. z o.o.	15 018 512,32

Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, to w określeniu jego znaczenia znakomitą rolę odgrywa orzecznictwo Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, a w szczególności sądów powszechnych.

W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny jest wartość przedmiotu zamówienia (postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt II Ca 2 194/05). Uzasadnione jest również odniesienie tej ceny do cen innych ofert złożonych w postępowaniu.

Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 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.

Zamawiający słusznie dostrzegł, że oferowanie przez Konsorcjum realizacji umowy na zarządzanie kontraktem za cenę stanowiącą mniej niż 50% wartości jego szacunków jest ceną na tyle niską, że wymaga, co najmniej wyjaśnień w zakresie określonym treścią art. 90 Pzp (pismo Zamawiającego z dnia 2 czerwca 2009 r.).

Jednak ocena przedstawionych przez Konsorcjum w piśmie z dnia 4 czerwca 2009 r. wyjaśnień narusza przepisy art. 90 ust. 2 Pzp. Zamawiający uznał bowiem za przekonujące i uzasadniające zaproponowaną cenę oferty wyjaśnienia Konsorcjum, pomimo iż wyjaśnienia są ogólnikowe i nie zawierają żadnych merytorycznych argumentów ani dowodów uzasadniających zaproponowaną cenę.

Tryb wyjaśnień z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp służy weryfikacji zasadności wskazanej w ofercie ceny i wymaga oceny wyjaśnień przez zamawiającego, pod kątem obiektywnych czynników umożliwiających zaproponowanie ocenianej ceny, w szczególności:

- oszczędności metody wykonania zamówienia,
- wybranych rozwiązań technicznych,
- wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy,
- oryginalności projektu wykonawcy,
- wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Skoro Zamawiający powziął wątpliwości co do wysokości ceny oferty i uznał ją za niewiarygodną żądając wyjaśnień, to nie może poprzestać na fakcie złożenia wyjaśnień przez wykonawcę Konsorcjum bez merytorycznej oceny wyjaśnień.

Tymczasem wykonawca Konsorcjum w wyjaśnieniach nie odniósł się do żadnych z wymienionych powyżej kategorii czynników, a oświadczył jedynie, że wątpliwości zamawiającego dotyczące ceny oferty nie zostały poparte żadnymi dowodami, pomimo że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferowana cena nie jest rażąco niska. Pozostała treść wyjaśnień odnosi się jedynie do krytyki wyliczeń wartości zamówienia dokonanych przez zamawiającego jako niewiarygodnych oraz do pouczeń skierowanych do zamawiającego w kwestii zakresu żądań zamawiającego wobec wykonawcy w celu uzyskania wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Wyjaśnienia te zatem w żaden sposób nie realizują obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 Pzp i nie wyjaśniają elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny choćby w odniesieniu do pozycji ujawnionych w formularzu cenowym, zaś ich ocena narusza przepis art. 90 ust. 2 Pzp. Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp oraz utrwalonym orzecznictwem KIO (wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 752/08; KIO/UZP 788/08; KIO/UZP 789/08), jeśli wykonawca w wyjaśnieniach przedstawia jedynie ogólnikowe stwierdzenia nie poparte żadnymi dowodami, nie należy ich uznawać za wystarczające, a ofertę należy odrzucić, czego zamawiający zaniechał.

Odnosząc się zatem do samej oferty wykonawcy należy wskazać, iż o zasadności zarzutów rażąco niskiej ceny świadczą wartości poszczególnych pozycji cenowych (Formularz cenowy) oferty Konsorcjum.

W szczególności zgodnie z postanowieniami pkt 9.2. specyfikacji cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty

towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w Dziale I i II specyfikacji i ryzyka związanego z okresem trwania przerwy zimowej. Zgodnie z pkt 9.3. specyfikacji („Koszt utrzymania biura”) w cenie oferty wykonawca powinien uwzględnić wiele czynników, a w tym:

- koszt zapewnienia (np. wynajęcia) i wyposażenia biur przez okres realizacji Kontraktu,
- opłaty za media (energia elektryczna, telefon, ogrzewanie, woda itp.),
- koszty ochrony i utrzymania czystości,
- koszty materiałów biurowych,
- wyposażenie sal konferencyjnych wg pkt 4.2 Działu II specyfikacji,
- koszty wynikające z użytkowania umeblowania i sprzętu,
- koszty wynikające z organizowanych na potrzeby projektu narad i spotkań,
- koszty przesyłek pocztowych i kurierskich.

Oferta Konsorcjum w tej pozycji jest zaniżona, skoro wykonawca przewidział sumaryczny miesięczny koszt utrzymania biura dla wieloosobowej kadry w wysokości 18 046 zł miesięcznie w okresie realizacji nadzorów i 3 868,75 zł. w okresie zgłaszania wad.

Zgodnie z pkt 9.3.2. specyfikacji w pozycji „Usługi nadzoru” dla każdej ze wskazanych w ofercie osób Wykonawca powinien uwzględnić koszty:

- wynagrodzenia wraz z narzutami,
- urządzenia stanowiska pracy, szkoleń personelu nadzoru,
- zakwaterowania i delegacji,
- wyposażenia bhp,
- transportu i łączności,
- wynagrodzenia wraz z narzutami pracy dodatkowego personelu, wykraczającego poza wskazany w pkt 4 Działu I specyfikacji,
- urlopów i zwolnień oraz
- wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.

Koszty powyższe dotyczyć powinny całego okresu realizacji zamówienia.

Gdy tymczasem uśredniona stawka zawierająca wszystkie te elementy dla personelu średniego i niższego szczebla wynosi pomiędzy 73,05 zł przez 79,83 zł, 85,54 zł, 86,75zł, do 91,32 zł netto za dzień pracy. Wartości takie są nieralne zważywszy na wymogi specyfikacji dotyczące zatrudnienia personelu i przepisy prawa pracy ustalające minimalne miesięczne wynagrodzenie pracownika, co nie powinno umknąć uwadze zamawiającego, skoro zwracał na nie uwagę szczegółowo opisując to w specyfikacji.

Wykonawca nie ujął w ofercie wszystkich elementów cenotwórczych, co doprowadziło do zaferowania ceny nierealnie niskiej, nieadekwatnej do rzeczywistych kosztów realizacji tego zamówienia.

Dla przykładu m.in. wykonawca Konsorcjum nie wyjaśnia, gdzie zawarł element cenotwórczy związany z badaniami wymaganymi specyfikacją w laboratoriach wskazanych przez zamawiającego.

Zważywszy na powyższe oferta wykonawcy Konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, a z ostrożności procesowej także z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji.

Niezależnie od zarzutu rażąco niskiej ceny, ofercie wykonawcy Konsorcjum należy postawić zarzut, iż **złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji** (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.), gdyż w ocenie protestującego cena oferowana przez wykonawcę Konsorcjum rodzi uzasadnione podejrzenie, iż występują sytuacje wskazane w art. 9 ust. 2 pkt 1 oraz w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 3 i art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Jeżeli działania przedsiębiorcy nie wynikają z istoty konkurencji lecz mają na celu utrudnienie dostępu do rynku za pomocą środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji (pismo UOKiK z 4 lutego 2003 r.), a taka sytuacja występuje w przypadku oferty wykonawcy Konsorcjum.

**20.07. 2009 r.** zamawiający powiadomił o wniesieniu protestu.

**23.07. 2009 r.** (pismo z 22.07. 2009 r.) wykonawca konsorcjum Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy sp. z o.o. Warszawa i ECM Group Polska sp. z o.o. Warszawa w zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

**27.07. 2009 r.** zamawiający oddalił protest.

Protest został wniesiony w ustawowym terminie a protestujący miał interes prawny w jego wniesieniu.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a) art. 90 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z brakiem odrzucenia oferty Konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę;

b) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz związanych z tym zarzutem naruszeń artykułów: 9 ust. 2 pkt 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „ustawa UOKiK”) oraz art. 3 i art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „ustawa ZNKU”) w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,

c) art. 7 Pzp w związku z „naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców” powstałymi w wyniku naruszeń przepisów zawartych w lit. a i c;

d) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z brakiem odrzucenia oferty Konsorcjum, której treść nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie nie ujęcia w ofercie wszystkich elementów cenotwórczych, w szczególności związanego z badaniami laboratoryjnymi wymaganymi przez specyfikację.

Ad a. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo KIO/UZP765/08) oraz orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (wyrok z dnia 22 czerwca 1989 r. w Sprawie C-103/88 Constanzo) niedopuszczalne jest, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu. Dlatego też przesłanki uznania oferty za rażąco niską, zawarte w proteście, a dotyczące relacji ceny oferty do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia a także do cen pozostałych ofert mogą mieć znaczenie jedynie pomocnicze i mogą uzasadniać jedynie wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp co też zamawiający uczynił.

Motywy wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień było ustalenie (zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 Pzp), czy oferta złożona przez Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia a nie jak twierdzi protestujący uznanie jej z góry, przed badaniem wyjaśnień, za niewiarygodną.

5 czerwca 2009 r. a więc zgodnie z wyznaczonym terminem, Konsorcjum złożyło wyjaśnienia odnosząc się do obiektywnych czynników mających wpływ na zaproponowaną cenę, wskazując na elementy stanowiące wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy takie jak posiadanie dobrze zorganizowanej i funkcjonującej od wielu lat siatki biur, dysponowanie szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem narzędzi informatycznych oraz odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjno-logistycznym, kadrą wykwalifikowanych pracowników na stałe związaną z kontraktami realizowanymi przez wykonawcę, co pozwoliło obniżyć koszty, oraz doświadczeniem związanym z bieżącym wykonywaniem nadzorów inwestorskich, które pozwoliło właściwie ocenić ryzyko odnośnie spodziewanego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia. Trudno mówić w takiej sytuacji, że złożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy, nie zawierają żadnych merytorycznych argumentów i dowodów uzasadniających zaproponowaną cenę, ani nie odnoszą się do obiektywnych czynników umożliwiających ocenę zaproponowanej ceny jak zostało to podniesione w proteście.

Protestujący dowodzi że „o zasadności zarzutów rażąco niskiej ceny świadczą wartości poszczególnych pozycji cenowych” odnosząc to w szczególności do pozycji związanych z kosztem prowadzenia biura oraz usług nadzoru (które łącznie stanowią blisko 100% czynnik cenotwórczy), tymczasem Konsorcjum w wyjaśnieniach zapewnia iż „kwoty określone podczas szacowania ceny ofertowej są rzeczywiste i wynikają z realnych stawek płaconych przez wykonawców podczas realizacji tego typu usług”. Mimo że ustawa nakazuje brać pod uwagę przy ustalaniu przestanki ceny rażąco niskiej całkowitą cenę należną za wykonanie zamówienia – to porównując złożone oferty w przedmiotowym postępowaniu należy stwierdzić iż ceny zaproponowane przez Konsorcjum w kwestionowanych pozycjach nie są wcale najniższe. I tak ARCADIS sp. z oo. zaproponowała za koszt utrzymania biura w pozycji 1 punkt 1 i 2 Formularza cenowego odpowiednio 16 000 i 2 000 zł netto gdy tymczasem Konsorcjum odpowiednio 18 046 zł i 3 868 zł netto. Również w odniesieniu do poszczególnych pozycji Usług nadzoru inny wykonawca (Mott MacDonald Limited) zaproponował niższe stawki niż stawki Konsorcjum. Należy tutaj podkreślić iż w pkt 9.3 specyfikacji, zamawiający dokładnie określił co powinno znajdować się w poszczególnych grupach wycenianych pozycji (Koszt utrzymania biura, Usługi nadzoru oraz Działania promocyjne) a więc nie było możliwości przenoszenia kosztów z jednej grupy do innej a jedynie w ramach jednej z nich. Oznacza to że zaproponowane przez Konsorcjum stawki są realne a cena nie może być uznana za niewiarygodną i oderwana, całkowicie od realiów rynkowych dlatego też żądanie odrzucenia oferty z powodu zaistnienia przesłanek wymienionych w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp należy uznać za bezzasadne.

Ad b. Zamawiający nie stwierdził iż zaproponowana przez Konsorcjum cena usługi jest ceną niższą niż koszt jej świadczenia, ani że fakt złożenia oferty utrudnił przedsiębiorcom dostęp do rynku, ani że jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami co jest koniecznym by uznać dane działanie za czyn nieuczciwej konkurencji.

Również zarzuty dotyczące naruszeń ustawy UOKIK należy uznać za chybione, gdyż w zakresie zarzutu występowania sytuacji określonej w art. 9 ust. 2 pkt 1 należy stwierdzić, że Konsorcjum nie ma pozycji dominującej na rynku właściwym (m.in. nie posiada 40 % udziału w rynku) a więc nie może tej pozycji nadużywać, natomiast w odniesieniu do art. 24 ust. 2 pkt 3 jak zostało dowiedzione nie została spełniona przesłanka nieuczciwej konkurencji.

Ad c. Protestujący wywodzi naruszenie art. 7 Pzp w zakresie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z powodu naruszenia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 2 Pzp co – jak zostało dowiedzione – nie nastąpiło a więc nie mogło w konsekwencji prowadzić do naruszenia art. 7 Pzp.

Ad d. Z treści wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wynika iż „cena przedstawiona w ofercie, uwzględnia wszystkie podstawowe elementy mające wpływ na szacowanie ceny zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówieniu” dlatego tezę protestującego o nieujęciu w ofercie Konsorcjum wszystkich elementów cenotwórczych należy uznać za co najmniej nie udowodnioną.

Odnosząc się natomiast do konkretnego zarzutu związanego z badaniami wymaganymi w specyfikacji, które mają się odbywać w laboratoriach wskazanych przez zamawiającego należy stwierdzić iż zgodnie z rozdz. I § 2 ust. 7 Istotnych Postanowień Umowy kontrolne badania laboratoryjne wykonane będą na koszt zamawiającego, a więc brak tutaj „elementu cenotwórczego” po stronie wykonawcy. W związku z tym element ten nie był wyszczególniony w Formularzu Cenowym, jak również zamawiający nie wymagał wykazania w ofercie miejsca gdzie koszt tych badań bądź koszt czynności przygotowawczych związanych z przeprowadzeniem badań został ujęty. Zatem należy stwierdzić iż nie doszło tutaj do naruszenia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

**06.08. 2009 r.** wykonawca Safega SA Oddział w Polsce Warszawa wniósł odwołanie.

**21.08. 2009 r.** wykonawca konsorcjum Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy sp. z o.o. Warszawa i ECM Group Polska sp. z o.o. Warszawa zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**Na podstawie dokumentacji postępowania i pism między stronami, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane podczas rozprawy oraz dowód złożony przez przystępującego (zestawienie wyników przetargów), skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 Pzp – polegający na zaniechaniu odrzucenia wykonawcy konsorcjum ZBMIZ z postępowania, podczas gdy z wyjaśnień tego wykonawcy, złożonych zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, nie można wywnioskować, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia – należy uznać za zasadny.

W rozpoznawanym postępowaniu u zamawiającego podczas badania ofert zrodziły się wątpliwości co do wysokości ceny ofertowej wykonawcy konsorcjum ZBMIZ. Wątpliwości te zrodziły się u zamawiającego na tle ustalonej kwoty wartości zamówienia dokonanej 03.04.2009 r., zgodnie z art. 35 ust. 1 Pzp, nie tylko nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem wszczęcia postępowania, ale wprost kilka dni przed wszczęciem postępowania – ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 09.04. 2009 r. Wątpliwości te zrodziły się u zamawiającego również ze względu na znaczną różnicę cen ofertowych poszczególnych wykonawców. Cena oferowana przez wykonawcę konsorcjum ZBMIZ wyniosła 4 416 402.01 zł, a ceny pozostałych wykonawców mieściły się w granicach od 7 898 680,40 do 15 018 512,32 zł. Ponadto kwota, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 9 462 202,88 zł (wartość zamówienia z rubryki 2 protokołu postępowania na druku ZP-1 – 7 755 904 zł powiększona o 22% podatku od towarów i usług).

Wobec tych wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum ZBMIZ, zamawiający zwrócił się do wykonawcy konsorcjum ZBMIZ o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. W wyznaczonym terminie wykonawca konsorcjum ZBMIZ udzieliło wyjaśnień wskazując, że cena ofertowa tego wykonawcy została ustalona na podstawie tego, że dla wykonawcy konsorcjum ZBMIZ pojawiły się wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia i wykonawca konsorcjum ZBMIZ:

- 1) aktualnie realizuje wiele podobnych kontraktów na terenie Polski;
- 2) posiada dobrze zorganizowaną siatkę biur;
- 3) dysponuje szerokopasmową siecią teleinformatyczną;
- 4) wykorzystuje zaawansowane narzędzia informatyczne;
- 5) posiada odpowiednie zaplecze techniczno-organizacyjno-logistyczne;
- 6) dysponuje wykwalifikowaną i doświadczoną kadrą.

Poza tym wykonawca konsorcjum ZBMIZ stwierdził, że personel przewidziany do wykonania przedmiotu zamówienia jest na stałe związany z wykonawcą, co pozwala na znaczne obniżenie ceny w zakresie kosztów osobowych. Również wykonawca trafnie (na podstawie bogatego doświadczenia) oszacował proporcje ryzyk i ceny, co dało możliwość prawidłowego wykonania umowy w atrakcyjnej cenie. Ponadto wykonawca konsorcjum ZBMIZ powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych i wyrok Zespołu Arbitrów z 7 czerwca 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1204/05 w przedmiocie rażąco niskiej ceny i wykonawca ten stwierdził, że jego cena ofertowa opiewa na kwotę wynikającą z rzetelnych szacunków wynikających z postanowień specyfikacji (w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia i formularza cenowego) i rzeczywistych warunków realizacji usługi. Na zakończenie swoich wyjaśnień wykonawca konsorcjum ZBMIZ zauważył, że to na zamawiającym odrzucającym

ofertę ciąży obowiązek uzasadnienia swojej decyzji i dowiedzenia, że wskazana cena jest rzeczywiście rażąco niska i zamawiający nie wskazał które czynniki cenotwórcze ma wyjaśnić wykonawca.

Na podstawie tak ogólnych wyjaśnień zamawiający uznał, że oferta wykonawcy konsorcjum ZBMIZ nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i oceniając oferty wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą. Na co zaprotestował i następnie odwołał się wykonawca SAFEGE.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim poniższe czynniki (1) wartość przedmiotu zamówienia (postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt II Ca 2 194/05) i (2) ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, również takimi czynnikami są (3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego.

Skoro wszystkie czynniki brane pod uwagę przez zamawiającego podczas badania ofert wskazywały na zasadne powzięcie wątpliwości co do kwestii rażąco niskiej ceny i zobligowały zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy konsorcjum ZBMIZ o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 Pzp), to zamawiający działając z należytą starannością musiał, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, oceniając wyjaśnienia, wziąć pod uwagę obiektywne czynniki przedstawione wraz z dowodami na ich wystąpienie przez wykonawcę, co jest unormowane w art. 90 ust. 3 Pzp.

Skład orzekający Izby nie podziela zdania zamawiającego, że wziął on pod uwagę okoliczności występujące na rynku i ogólną zniżkę oferowanych cen, gdyż proces ten występuje od około roku i w takim przypadku zamawiający przede wszystkim byłby zobligowany do zmiany wartości zamówienia, a tego nie uczynił. Zapewne nie uczynił tej zmiany wartości zamówienia również ze względu na to że uznał ją za właściwą i dokonał kilka dni przed wszczęciem postępowania, a więc z wzięciem pod uwagę trendów występujących na rynku – zniżania cen przedmiotowych usług przez wykonawców.

Również pozostały czynnik wskazuje na brak możliwości obiektywnego zakwalifikowania oferty wykonawcy konsorcjum ZBMIZ jako nie zawierającej rażąco niskiej ceny – cen pozostałych ofert, skoro najtańsza oferta z pozostałych jest o 80% wyższa niż cena wykonawcy konsorcjum ZBMIZ.

Stwierdzić należy, że skoro zamawiający dokonał wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, obowiązkiem wykonawcy konsorcjum ZBMIZ było złożenie wyjaśnień na tyle szczegółowych i umotywowanych, aby wątpliwości zamawiającego, które legły u podstaw wezwania, uległy rozwianiu.

Jeśli zamawiający dokonał wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp – ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy, w tym przypadku na wykonawcy konsorcjum ZBMIZ.

Art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli w wyniku badania ofert zamawiający uzna, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w ogóle nie zostały złożone. W takim przypadku obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp. Późniejsze, po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, uzupełnienie złożonych wyjaśnień jest niedopuszczalne, w szczególności na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej.

Zatem słusznie zauważył odwołujący, że zamawiający podczas badania ofert powinien wziąć pod uwagę tylko czynniki, które były mu znane w momencie dokonywania tej czynności, a nie tłumaczenia złożone w trakcie rozpoznawania środków ochrony prawnej. Dlatego też skład orzekający Izby musiał ze znacznie mniejszym natężeniem wziąć pod uwagę argumenty zamawiającego i przystępującego odnośnie (a) stawek wynagrodzenia, (b) kosztów logistycznych, (c) zysku stosowanych przez wykonawcę konsorcjum ZBMIZ i (d) ogólnych tendencji rynkowych. Zresztą jak wynika z zastrzeżeń odwołującego, żaden z tych elementów nie został bezsprzecznie udowodniony. I tak (ad a) stawki wynagrodzenia na poziomie 73-90 zł za dzień przedstawione przez przystępującego ze względu na konieczność zapewnienia minimalnego wynagrodzenia są obliczone na zbyt niskim poziomie lub ze względu na konieczność zatrudnienia inspektorów podczas większej liczby dni w miesiącu – nie przedstawiają właściwych zarobków, które będzie zobowiązany wypłacać wykonawca konsorcjum ZBMIZ. Również (ad b) koszty logistyczne nie mogły wpłynąć na tak ogromne zmniejszenie ceny przystępującego w stosunku do pozostałych cen, gdyż przystępujący nie wykazał, że posiada jakieś specjalne uwarunkowania niedostępne dla innych wykonawców, które zmniejszałyby tak radykalnie koszty przystępującego, aby mógł zaoferować cenę o tyle niższą od pozostałych. Także przystępujący nie przedstawił w sposób przekonujący, że zastosował (ad c) wyliczenia zysku na tak dalece niższym poziomie, aby to uwiarygodniało zaoferowanie ceny o tyle niższej od pozostałych, szczególnie, że przystępujący stwierdzał, że w swoim kreowaniu ceny kierował się koniecznością uzyskania zysku. Natomiast odwołujący wskazał, że rynek nie uległ tak dalekiej zmianie, czego wykazaniem są pozostałe ceny zaoferowane przez innych wykonawców w postępowaniu. Ceny te w pięciu przypadkach niedalece odbiegały od kwoty, którą zamawiający podał przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 Pzp), a w pozostałych czterech

przypadkach były wyższe od ok. 2 do 4,5 mln od podanej przez zamawiającego kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wobec powyższego na obecnym etapie rozpoznawania sprawy Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła brać pod uwagę dowodu przedstawionego przez przystępującego, gdyż nie wnosił on do sprawy nowej wiedzy, której nie wziął w odpowiednim momencie pod uwagę zamawiający.

Wykonawca konsorcjum ZBMIZ w wyjaśnieniach nie odniósł się do żadnych z wymienionych w art. 90 ust. 2 Pzp czynników, ani nie przedstawił z udokumentowaniem wystarczająco dokładnie żadnych innych czynników wpływających na wysokość zaoferowanej ceny, a oświadczył jedynie, że to wątpliwości zamawiającego dotyczące ceny oferty nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Wyjaśnienia te zatem w żaden sposób nie realizują obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 Pzp i nie wyjaśniają elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny choćby w odniesieniu do pozycji ujawnionych w formularzu cenowym. Wykonawca konsorcjum ZBMIZ w wyjaśnieniach przedstawił jedynie ogólne stwierdzenia nie poparte żadnymi dowodami i dlatego nie można ich uznawać za wystarczające.

Skład orzekający Izby wskazuje, że przywołane orzecznictwo było wydane w stosunku do innego stanu faktycznego. Wobec tego nie można tego orzeczenia brać pod uwagę do rozpoznawanej sprawy.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że złożenie oferty wykonawcy ZBMIZ stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp i w związku z tym zarzut wykluczenia odwołującego pozostał bez rozpatrzenia.

Wobec powyższych konstatacji skład orzekający Izby przychylił się do zarzutów odwołującego i orzekł jak w sentencji.

Zdaniem składu orzekającego Izby zamawiający naruszył art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, a w związku z tym – art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545 i Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie-Praga.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....