

Sygn. akt: KIO 1251/13

WYROK
z dnia 6 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 6 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2013 r. przez wykonawcę **BUDIMEX S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, 90-447 Łódź, ul. Piotrkowska 175**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Kral Sp. z o.o., MPK Łódź Sp. o.o., PD-B KEMY Sp. z o.o., 90-505 Łódź, ul. M. Skłodowskiej-Curie 12/14** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** 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 ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu prowadzi publicznego w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Przebudowę układu drogowo-torowego w ul. Kopernika na odcinku od al. Włókniarzy do ul. Żeromskiego. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się dniu 07.03.2013r., pod numerem: 2013/S 047-075821.

Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Kral Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, (Lider Konsorcjum), MPK - Łódź Sp. z o.o., w Łodzi, Przedsiębiorstwo Drogowo - Budowlane „KEMY” Sp. z o.o., Łódź - (dalej zwanej „Konsorcjum Kral” lub Wykonawcą),

- zaniechaniu ustalenia, czy oferta Konsorcjum Kral zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia poprzez wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz jej ewentualnego odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 Pzp,

- zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Kral pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającego naruszenie:

- art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 Pzp polegające na zaniechaniu ustalenia, czy oferta Konsorcjum Kral zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia poprzez wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy podejrzenie co takiego charakteru ceny oferty winno - w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy - powstać po stronie Zamawiającego oraz poprzez zaniechanie ewentualnego odrzucenia oferty Konsorcjum Kral na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 Pzp;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp polegające na błędnym uznaniu, że brak wyceny przez Konsorcjum Kral poz. 1.10. Kosztorysu ofertowego - „Branża sanitarna - odwodnienie drogi” dla zadania 1 stanowi „inną omyłkę” wykonawcy, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty tego Wykonawcy;

- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum Kral w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny i badania ofert,

odrzućenia oferty Konsorcjum Kral na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, ewentualnie:

dokonania ponownej oceny i badania ofert, w tym wezwania Konsorcjum Kral do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

Odwołujący nie zgadza się z wyborem oferty i wskazuje, jak niżej.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest przebudowa ul. Kopernika w Łodzi w zakresie opisanym w dokumentacji projektowej przez Zamawiającego wraz z niezbędną przebudową infrastruktury i remontem torowiska tramwajowego w skrzyżowaniu ulic Gdańskiej i Zielonej w Łodzi. Na wykonanie zadania Zamawiający zamierza przeznaczyć 37 730 154,24 zł brutto. Wybrany wykonawca za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferował cenę 28 844 975,85 zł brutto, tj. cenę o 8 885 178,39 zł, tj. o ok. 24% niższą. Odwołujący, który zajął drugą pozycję na liście rankingowej, za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferował cenę w wysokości 35 102 901,60 zł. Cena ofertowa wykonawcy sklasyfikowanego na trzeciej pozycji wynosiła 35 568 411,29 zł, a więc była zbliżona do ceny ofertowej Odwołującego oraz do budżetu Zamawiającego.

Wobec powyższego, cena jaką zaproponował Wykonawca za wykonanie przedmiotu zamówienia była o 4 327 120,52 zł tj. 14% niższa od średniej ceny wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu i o 6 490 680,59 zł, tj. o ok. 19% niższa od średniej ceny pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

Jak wynika z powyższego zachodzi istotna różnica pomiędzy ceną ofertową Konsorcjum Kral a szacunkami Zamawiającego co do wartości przedmiotu zamówienia, jak i pomiędzy ceną tą a ofertami pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Te dwie okoliczności oceniane łącznie, zwłaszcza zaś znacząca dysproporcja pomiędzy ceną zaoferowaną przez Wykonawcę a cenami pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu winny - w ocenie Odwołującego - obligować Zamawiającego do wdrożenia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp.

Odnosnie różnic pomiędzy cenami ofert złożonych w tym postępowaniu przypomnieć należy, iż to ceny zaoferowane w danym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a zatem w tych samych warunkach gospodarczych, charakterystycznych w danym czasie dla rynku danej branży (por. wyrok KIO/1847/10). Innymi słowy, istotne różnice pomiędzy cenami ofertowymi - a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie - przestają być wyrazem waliki konkurencyjnej o zamówienie, a mogą wskazywać na gotowość wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia poniżej kosztów świadczenia danej usługi, wykonania danej roboty. Ustawodawca nie wskazał wprawdzie w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp konkretnych wartości obligujących Zamawiającego do podjęcia decyzji, czy w danych okolicznościach faktycznych uzasadnione jest podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny i

wdrożenia procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp, to jednak - jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - w zasadzie samo powzięcie podejrzenia powinno wynikać ze stwierdzonej istotnej różnicy pomiędzy ofertami, przy czym za „istotną” uznaje się różnicę, która wynosi więcej niż 10% pomiędzy ofertami zbliżonymi cenowo (KIO 1906/09, 95/10, 1526/11).

W niniejszym postępowaniu obok znaczącej dysproporcji pomiędzy ceną zaoferowaną przez Wykonawcę, a cenami pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu do wdrożenia procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp, powinna Zamawiającego skłonić także znacząca różnica między ceną zaoferowaną przez Wykonawcę a kwotą jaką zamierza przeznaczyć Zamawiający na realizację przedmiotowego zamówienia. Podobnie bowiem jak różnica, jaka zachodzi pomiędzy wartością szacunkową zamówienia, a ceną oferty Wykonawcy, różnica między ceną zaoferowaną przez Wykonawcę, a kwotą jaką zamierza przeznaczyć Zamawiający na realizację przedmiotowego zamówienia, nie przesądza o tym, że cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, to jednak uzasadnia ona konieczność wdrożenia trybu określonego w art. 90 ust. 1 Pzp. Zwłaszcza gdy różnica ta wynosi ponad 20%, jak ma to miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy (wyrok KIO 1526/11, KIO 228/11).

W okolicznościach faktycznych nie tylko różnica pomiędzy cenami innych wykonawców powinna skłonić zamawiającego do wdrożenia procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp. Zważyć bowiem należy, że oferty pomiędzy ofertą Odwołującego, który zajął drugą pozycję na liście rankingowej (35 102 901,60 zł), a ofertą wykonawcy sklasyfikowanego na trzeciej - ostatniej - pozycji listy rankingowej (35 568 411,29 zł), wynosi zaledwie 46 5509,69 zł, a więc 1,3%. Tak niewielka różnica pomiędzy cenami ofert jest jak najbardziej uzasadniona realiami rynkowymi, gdzie ceny ofert z założenia są kalkulowane nieomal "po kosztach własnych", i gdzie nawet różnica jednego procenta lub kilku procent może przesądzać, czy wykonawca z takiej umowy osiągnie jakikolwiek zysk, czy też stratę. Tym bardziej zatem budzi zdziwienie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest od powyższych ofert odpowiednio o 17% i 18% niższa.

Tak istotne różnice w cenach ofertowych nie mogą być wynikiem pozycji rynkowej Konsorcjum Kral, a co za tym idzie ceny poszczególnych ofert powinny być względem siebie zbliżone.

Odwołujący jest jedną z największych działających na terenie kraju firm budowlanych, wchodzi w skład grupy kapitałowej wykraczającej swym zakresem działania nie tylko poza granice naszego kraju, ale i Europy, dysponuje ogromnym doświadczeniem i kontaktami z firmami podwykonawczymi, dostawczymi także na rynkach lokalnych, jak również od lat stosuje wraz z innymi spółkami z grupy wspólną politykę zakupową pozwalającą na uzyskanie mu korzystnych cen, a pomimo tych obiektywnie korzystnych czynników nie był w stanie zaoferować w niniejszym postępowaniu tak niskiej ceny jak Konsorcjum Kral.

Powyższej opisanych - sprzyjających warunków - co do kształtowania poziomu ceny z pewnością nie posiada Konsorcjum Kral, które by wziąć udział w niniejszym postępowaniu musiało połączyć potencjały aż trzech firm. Przeciwnie, konieczność łączenia „potencjałów” wpływa na podwyższenie kosztów związanych z realizacją zamówienia m. in. poprzez wzrost kosztów związanych z koniecznością zaangażowania dodatkowych zasobów osobowych, co z kolei powinno rzutować na podwyższenie ceny oferty. Pomimo tego cena Wykonawcy różni się od cen innych wykonawców w niniejszym postępowaniu, nie o kilka punktów procentowych, a o kilkanaście - odpowiednio o 17% i 18%, co nie można wytłumaczyć wyłącznie tym, iż wskazane Konsorcjum tworzą spółki lokalne.

Różnice pomiędzy ceną Konsorcjum Kral a cenami pozostałych ofert są wynikiem przede wszystkim różnic w kalkulacji w zakresie prac branży tramwajowej - układu drogowo - tramwajowego. I tak. Cena z oferty Konsorcjum Kral w poz. 1.13 wynosi odpowiednio 11.832.842,40 zł, gdy ta sama pozycja w ofercie Odwołującego została wyceniona na kwotę 16.875.802,77 zł, a w trzeciej z ofert na kwotę 17.147.039,20 zł. Podobnie, poz. 2.1. została przez Konsorcjum Kral wyceniona na kwotę 2.439.232,98 zł, gdy pozostali wykonawcy zaoferowali wykonanie tych prac odpowiednio za 4.062.749,27 zł i 3.317.460,50 zł. W ocenie Odwołującego, sposób wyceny prac branży tramwajowej przez Konsorcjum Kral wskazuje, iż cena ofertowa tego wykonawcy jako taka może mieć charakter ceny rażąco niskiej.

Okoliczność wskazane powyżej z pewnością stawiają pod znakiem zapytania rzetelność zaproponowanej przez Konsorcjum Kral ceny, zasadnym czyniąc pytanie, czy wykonawca ten jest za cenę tą w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia. Wątpliwości te zaś obligują Zamawiającego do wdrożenia względem Konsorcjum Kral procedury z art. 90 ust. 1 Pzp.

II. Zamawiający błędnie uznał, że w treści oferty Konsorcjum Kral wystąpiła inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W pkt 16.1 - 16.4 SIWZ Zamawiający określił:

16.1. Cenę oferty należy obliczyć na Formularzu cenowym stanowiącym Formularz nr 2, a następnie cenę oferty wpisać na formularzu oferty liczbowo - Formularz Nr 1 pkt 4. Cena musi zawierać dane o podatku VAT.

16.2. Cena oferty jest sumą cen ryczałtowych brutto wszystkich pozycji wyszczególnionych w formularzu cenowym.

16.3. Ustalona przez Wykonawcę cena oferty będzie sumą cen ryczałtowych określonych w formularzu cenowym nr 2, które obowiązywać będą przez okres ważności umowy i pozostanie niezmienną, nie będzie podlegała waloryzacji. Przekazane przedmiary robót stanowią dla Wykonawcy jedynie pomoc przy obliczeniu ceny oferty.

16.4. Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w formularzu cenowym. Brak wypełnienia i określenia wartości w każdej pozycji oraz dokonywanie zmian w treści formularza spowoduje odrzucenie oferty za wyjątkiem omyłek o których mowa w rozdziale 19.3 pkt 19.3.1. ppkt c). Wykonawca nie może wprowadzić zmian do formularza cenowego.

Wykonawca nie określił wartości - „ceny jednostkowej” dla pozycji 1.10 Formularza cenowego - Branża Sanitarna-Odwodnienie Drogi. W tej sytuacji przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak i wskazane zapisy SIWZ nie dawały Zamawiającemu podstaw do poprawienia tego „błędu”. Brak wskazania przez Wykonawcę ceny jednostkowej w pozycji 1.10 sugeruje iż Konsorcjum Kral nie zaoferowało świadczenia obejmującego wykonanie prac opisanych pod tą pozycją, co z kolei powoduje, że zakres oferty tego wykonawcy odbiega w sposób istotny od oczekiwań Zamawiającego.

W toku rozprawy odwołujący stwierdził dodatkowo, że zaistniały przesłanki z art. 90 ustęp 1 ustawy w stosunku do oferty wybranej. Zauważył, że ceny pozostałych złożonych ofert przygotowanych przez profesjonalistów można uznać jako rynkowe.

Złożył zestawienie porównawcze z cen elementów ofert wskazując w szczególności na niedoszacowanie wybranego wykonawcy w zakresie prac branży tramwajowej układu drogowo-torowego, w tym poz. 1.13 (porównania wartości dokonał także w odwołaniu) i stwierdził, że wartość materiałów na te prace przekracza kwotę zaoferowaną przez przystępującego. Powyższego oszacowanie dokonał na podstawie cen dostawców materiałów z uwzględnieniem upustów. W efekcie wartość ta wynosi ok. 10mln zł.

Odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie zauważył, że zamawiający, który deklaruje prawidłowe obliczenie wartości przedmiotu zamówienia, przedstawił kwotę, w stosunku do której cena oferty jest niższa o 23,6%. Stwierdził, że dane porównawcze przedstawione przez zamawiającego mają jedynie walor historyczny, a istotne jest dokonanie porównania cen rynkowych, którymi są w tej sprawie ceny przedstawione w tym postępowaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na zawartą w odpowiedzi na odwołanie argumentację, w szczególności na zasadność porównania cen w analogicznych postępowaniach, które przedstawił w załączniku do tej odpowiedzi. Powyższe zestawienie jest właściwym sposobem odniesienia do cen rynkowych w tej konkretnej branży. Wskazał, że ceny te są nawet niższe od zaoferowanych przez konsorcjum Kral w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do zestawienia złożonego przez odwołującego stwierdził, że w większości pozycji ceny cząstkowe odwołującego są niższe od cen przystępującego. Stwierdził, że analiza cen materiałów dokonana przez odwołującego nie oznacza, że inni wykonawcy nie są w stanie pozyskać niższych cen materiałów.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że przygotowując ofertę dokonał rozeznania cen niezbędnych materiałów. Zauważył, że jeden z konsorcjantów jest producentem rozjazdów tramwajowych, co znacząco wpływa na obniżenie kosztów. Wskazał na zestawienie aktualnych analogicznych realizacji opisanych załączniku do odpowiedzi na odwołanie. Przypomniął, że w postępowaniu cena jest ustalona jako ryczałtowa.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść oferty wybranej oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 Pzp polegającym na zaniechaniu ustalenia, czy oferta Konsorcjum Kral zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, należy zauważyć, że postępowaniu zostały złożone trzy oferty, z których każda była niższa od wartości szacunkowej zamówienia. Ze stanowiska zamawiającego wynika, iż przewidywał on taką relację cen, a w swojej praktyce z reguły dokonywał raczej przeszacowywania kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, co wynika z jego statusu jednostki budżetowej, która nie może sfinansować zamówienia za kwotę większą niż przewidziana w uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego. Z literalnego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy pzp wynika, że podjęcie procedury wyjaśniającej wysokość ceny następuje przy domniemaniu zaniżenia ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Niesporne jest jednak, że procedura taka może być spowodowana podejrzeniem, że cena zaoferowana jest niewiarygodna i nierealna w stosunku do stosowanych cen rynkowych. Izba uznała, że zamawiający w sposób należyty dokonał oceny ofert uwzględniając trzy postępowania zbliżone do niniejszego przetargu tj. na rozbudowę układu drogowo – torowego, prowadzone przez niego w ostatnich trzech latach w analogicznych uwarunkowaniach, które są na etapie realizacji umowy. Ustalenie, że ceny ofertowe w postępowaniach przyjętych do porównania zawierały ceny brutto jednego kilometra toru z uwzględnieniem konieczności przebudowy drogi, są niższe niż cena zaoferowana w rozpatrywanej sprawie przez przystępującego (odpowiednio 24,33%, 19,32% i 11,58%) daje podstawę do przyjęcia, że wykonawca zaoferował cenę, co do której nie ma podstaw formułować podejrzenia, że jest rażąco niska. Tym samym zarzut zaniechania zastosowania art. 90 ust. 1 w związku z art. 89n ust. 1 pkt 4 jest niezasadny.

Oдноśnie zarzutu niezgodności treści oferty wybranej z treścią siwz oraz naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba uznaje, że zamawiający miał podstawy do dokonania poprawienia pominiętej w formularzu cenowym pozycji 1.10 branża sanitarna – odwodnienie

drogi poprzez wpisanie tej ceny jako różnicy powstałej z odjęcia ceny podanej w ofercie jako cena brutto dla zadania w poz. 1 od sumy pozycji pozostałych (od 1.1 do 1.6). Należy zauważyć, że poprawienie omyłki nastąpiło w oparciu o treść oferty, nie wymagało uzyskania dodatkowych informacji od wykonawcy i nie wpływało na wysokość ceny oferty stanowiącej cenę ryczałtową.

Biorąc pod uwagę dokonane ustalenia orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z rozporządzeniem 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: