

WYROK

z dnia 6 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę

Strabag Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków

w postępowaniu prowadzonym przez

Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa

przy udziale wykonawcy **Budimex Budownictwo Sp. z o.o. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Strabag Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Strabag Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków tytułem wpisu od odwołania.**

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 Warszawie.

Przewodniczący:

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

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę pola wlotów w Porcie Lotniczym im. Fryderyka Chopina w Warszawie – budowa dróg kołowania, etap I DK-N2” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 4 kwietnia 2012 r. pod numerem 2012/S 66-108333, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

14 sierpnia 2012 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Budimex Budownictwo Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego – Strabag Sp. z o.o. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż, jego zdaniem, ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, gdyż zaproponowana cena brutto stanowi 67,22% wartości szacunkowej zamówienia i jest o 21,65% niższa od ceny kolejnej oferty. Cena oferty jest o 1.449.493,73 zł i o 1.684.672,35 zł niższa od ceny pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty. Natomiast same złożone wyjaśnienia są zbyt ogólne i nie wyjaśniają przyczyny tak niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i do ofert konkurencji. Stwierdzenie, że uzyskane ceny materiałów po uwzględnieniu upustów mogą być kilkakrotnie niższe niż ceny oferowane przez producentów – stąd różnica w cenach materiałów branży elektrycznej – jest niewiarygodne ze względu chociażby na rodzaj lamp i funkcje, jakie cały system pełni na lotnisku. Z wiedzy oraz doświadczenia, jakie posiada zamawiający, w tym stałej współpracy z dostawcami/producentami oświetlenia wynika, iż ceny zaproponowane w kosztorysie są kilkakrotnie niższe niż ceny rynkowe tych samych lamp. Z pisma wyjaśniającego wynika, że elementy składające się na ofertę zostały ujęte w każdej pozycji zgodnie z wytycznymi zamawiającego, nie może więc być mowy o ujęciu kosztów lamp w innych pozycjach kosztorysu ofertowego.

W ocenie zamawiającego rażąco niska cena oferty jako całości wynika w dużej mierze z zaniżonych kosztów ujętych w kosztorysie branży elektrycznej, choć wątpliwości zamawiającego budzi cena oferty jako w całości rażąco niskiej. Wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a różnica w stosunku do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu prowadzi do stwierdzenia, iż cena nie odpowiada cenom rynkowym. Wykonawca

nie wykazał żadnych nadzwyczaj korzystnych okoliczności uzasadniających tak dużą dysproporcję w cenie. Zdaniem zamawiającego wieloletnie doświadczenie na wielu europejskich lotniskach nie może mieć wprost przełożenia na ceny materiałów, w szczególności, że przynajmniej część prac wskazanych w wyjaśnieniach odbiegała zakresem od przedmiotu zamówienia, w tym nie obejmowała wykonania oświetlenia nawigacyjnego.

24 sierpnia 2012 r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, pomimo że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą według kryteriów ustanowionych przez zamawiającego w rozdz. XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez bezpodstawne i błędne uznanie, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na zaniżenie „kosztów ujętych w kosztorysie branży elektrycznej”, co w ocenie zamawiającego rzutuje na cenę oferty jako całości, podczas gdy oferta wykonawców Skanska S.A. i Skanska a.s. nie została odrzucona, mimo iż nie wycenili materiałów w rubryce „ułożenie rur PCV o średnicy 110”.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Budimex Budownictwo Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny oferty odwołującego, a w konsekwencji jej wyboru jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 6.150.000 zł. Spośród złożonych ofert jedynie oferta odwołującego przedstawia cenę niższą od tej kwoty, a oferując wykonanie zamówienia za 5.246.735,40 zł odwołujący wycenił je tylko o 14,69% taniej, niż zrobił to zamawiający.

Wzywając odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty zamawiający wskazał, że jest ona nieporównywalnie niższa od pozostałych zaproponowanych w przedmiotowym postępowaniu i od wartości, na którą opiewa kosztorys inwestorski, w związku z czym ma wątpliwości, czy cena ta zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową. Zamawiający 1) zażądał wyjaśnienia rozbieżności cenowej pomiędzy cenami kosztorysu ofertowego odwołującego, a pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu w zakresie dotyczącym branży elektrycznej (poz. 1-44), 2) wezwał do wskazania, czy w tych pozycjach odwołujący zastosuje materiały wynikające

z dokumentacji projektowej i spełniające warunki wskazane w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, 3) zażądał podania typów lamp, osprzętu i okablowania, które odwołujący zastosuje zgodnie z kosztorysem branży elektrycznej, 4) zażądał wskazania, w jaki sposób dokonano wyceny modeli lamp i transformatorów wskazanych w dokumentacji projektowej tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący w odpowiedzi przekazał zestawienie materiałów zastosowanych do kalkulacji i późniejszej realizacji kontraktu wraz z zapewnieniem, iż w branży elektrycznej zastosował materiały z dokumentacji projektowej i spełniające warunki specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Wskazał też, iż o wiarygodności Strabag Sp. z o.o. świadczy jej dwudziestosiedmioletnie doświadczenie na rynku polskim i pozycja największej firmy budowlanej w Polsce oraz przynależność do koncernu Strabag SE. Kalkulacja cen ofertowych odbywa się z uwzględnieniem cen materiałów dostępnych bezpośrednio u producentów na całym świecie, z którymi koncern Strabag SE współpracuje od lat realizując roboty na wielu lotniskach, co zapewnia upusty cenowe na poziomie nieosiągalnym dla firm realizujących takie roboty sporadycznie i lokalnie. Ceny materiałów po uwzględnieniu upustów mogą być kilkukrotnie niższe niż ceny oferowane przez producentów, stąd różnica w cenach materiałów w branży elektrycznej. Odwołujący stale współpracuje z podwykonawcami robót elektrycznych w branży oświetlenia nawigacyjnego, którzy przedstawili mu wyjątkowo atrakcyjne oferty cenowe na kompleksowe wykonanie montażu oświetlenia (materiał + robocizna). Tym samym dysponuje wyjątkowo korzystnymi warunkami wykonania zamówienia.

Odwołujący zakwestionował zasadność decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, gdyż matematyczne wskazanie na różnicę pomiędzy daną ceną ofertową a wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną do wartości brutto nie może uprawdopodobniać rażąco niskiej ceny ofertowej (poza tym zaproponowana przez odwołującego cena brutto stanowi nie 67,22%, lecz 85,31% wartości szacunkowej zamówienia i jest o 21,65 % niższa od ceny kolejnej oferty), a kwota podawana na otwarciu ofert nie stanowi wprost o wartości zamówienia, lecz o możliwościach finansowych zamawiającego w odniesieniu do danego zamówienia i nie może stanowić o uprawdopodobnieniu okoliczności związanych z rażąco niską ceną, bowiem nie musi to być kwota oparta o szczegółowy szacunek inwestycji.

Zestawienia wartości oferty odwołującego i ofert konkurencji czy wartości przedmiotu zamówienia nie mogą uprawdopodobniać zaferowania przez odwołującego rażąco niskiej ceny, w szczególności, iż rozbieżności te są niewielkie.

Zamawiający zarzucił odwołującemu także, iż przedstawione przez niego wyjaśnienia są zbyt ogólne i nie wyjaśniły przyczyny tak niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia i do ofert konkurencji. Zamawiający arbitralnie stwierdził, iż rażąco niska cena oferty jako całości

wynika w dużej mierze z zaniżonych kosztów ujętych w kosztorysie branży elektrycznej, a wątpliwości budzi cena oferty jako całość. Jednak twierdzenie, że niektóre pozycje kosztorysowe w ofercie są znacznie zaniżone, nie uzasadnia jeszcze tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie stwarza podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pogląd ten zdaje się również wyrażać zamawiający, ponieważ nie podjął żadnych czynności w celu wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej przez wykonawców Skanska S.A. i Skanska a.s. za ułożenie rur PCV o średnicy 110 w pozycji nr 30 kosztorysu branży elektrycznej, gdzie wykonawca ten wycenił położenie 1 m rury za cenę 0,68 zł, podczas gdy odwołujący przewidział za tę pozycję cenę 17,30 zł, a Budimex Budownictwo Sp. z o.o. kwotę 34,63 zł. Konsorcjum to, jak wynika z wyjaśnień, w kalkulacji ceny nie uwzględniło kosztu materiałów. Zamawiający nie odrzucił oferty z uwagi na nieuwzględnienie w cenie kosztu materiałów, co dowodzi nierównego traktowania wykonawców, skoro zamawiający akceptuje możliwość niewycenienia materiałów przez jednego wykonawcę, a odrzuca ofertę odwołującego nie zarzucając mu pominięcia wyceny, lecz tylko zniżenie jej wartości.

Odwołujący posiada potencjał i środki, aby wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę i nie zgadza się, że złożone przez niego wyjaśnienia nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny i że nie wykazał nadzwyczajnych okoliczności uzasadniających tak dużą dysproporcję w cenie. Zamawiający nie bierze pod uwagę, iż doświadczenie bezpośrednio przekłada się na wypracowane kontakty handlowe z licznymi dostawcami i podwykonawcami, którzy są w stanie zaoferować wyjątkowo atrakcyjne ceny i upusty przyszłemu generalnemu wykonawcy. Generalne czynniki, które miały znaczenie dla konstruowania ceny ofertowej, jak m.in. czynniki związane z kondycją firmy, wieloletnia obecność na rynku i wypracowanie takich form i cen zakupów oraz grupy stałych dostawców, które gwarantują konkurencyjność cenową wykonawcy, czy czynniki związane z lokalizacją inwestycji mają znaczenie i odniesienie do korzystnej sytuacji dla tego konkretnie wykonawcy, co odpowiada wytycznym z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podtrzymując swoje stanowisko wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty. Dodał też, iż w toku postępowania wyjaśniającego dokonał przeszacowania i weryfikacji kosztorysu inwestorskiego, co potwierdziło jego przekonanie, że niemożliwe jest osiągnięcie takich cen, jak zaoferował odwołujący, a wartość netto oferty odwołującego jest o 23% za niska w stosunku do realnej, w tym w branży elektrycznej o 12%, wartość oferty jest zaniżona o co najmniej 632.000 zł netto. Zamawiający ma doświadczenie na tym rynku, zna ceny rynkowe i, jego zdaniem, niemożliwe jest uzyskanie rabatów większych niż 5%.

Co do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wady w ofercie wykonawców Skanska S.A. i Skanska a.s., wykonawca nie ma interesu w kwestionowaniu tej oferty, która jest 3. w rankingu, ma najwyższą cenę i w związku z tym nie wpływa ani na sytuację odwołującego, ani postępowania. Zarzut odwołującego dotyczy jednej pozycji, a biorąc pod uwagę fakt, że oferta ta jest najdroższa, pozycja ta nie ma znaczenia dla podejrzeń dotyczących rażąco niskiej ceny tej oferty.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił Budimex Budownictwo Sp. z o.o. popierając stanowisko zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W trakcie postępowania zamawiający otrzymał trzy oferty: odwołującego z ceną 5.246.735,40 zł brutto, przystępującego z ceną 6.696.229,13 zł brutto (skorygowana przez zamawiającego na 6.696.210,86 zł brutto) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Skanska S.A. i Skanska a.s. z ceną 6.931.407,75 zł. Wartość zamówienia wynikająca z kosztorysu inwestorskiego (zgodnie z oświadczeniem zamawiającego w zakresie odnoszącym się wyłącznie do robót objętych niniejszym postępowaniem, czyli odpowiadającym zakresem kosztorysom wykonawców) to 6.345.678,23 zł netto, 7.805.183,90 zł brutto. Podczas otwarcia zamawiający podał kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia w wysokości 6.150.000 zł brutto.

Zdaniem Izby różnica pomiędzy ceną oferty odwołującego a pozostałymi powyżej wskazanymi kwotami uzasadniała wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśnień ceny opisanej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na tym etapie postępowania zamawiający uznał, do czego miał prawo na gruncie brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszącego się do elementów ceny, iż „elementami mającymi wpływ na wysokość ceny oferty”, o których mowa w tym przepisie, są pozycje kosztorysu z zakresu branży elektrycznej i jego żądanie dotyczyło tylko tego

kosztorysu. Również wskazana podstawa odrzucenia oferty związana jest tylko z kosztorysem tej branży, a i samo odwołanie dotyczy tylko tej podstawy. Dlatego Izba, rozpatrując odwołanie, odnosi się do sprawy tylko w granicach sporu stwierdzając, iż dodatkowa argumentacja zamawiającego odnosząca się do kosztorysów innych branż wykracza poza zakres odwołania i podstawę faktyczną odrzucenia oferty.

Odrzucając ofertę zamawiający uznał, że zaniżenie cen w kosztorysie branży elektrycznej powoduje niedoszacowanie globalnej ceny oferty, a przy tym, iż kosztorysy pozostałych branż są również na tak niskim poziomie cenowym, że strat branży elektrycznej nie da się pokryć zyskami z innych branż. Zatem zamawiający nie odniósł się do pojedynczego elementu oferty, np. jednej czy kilku pozycji kosztorysowych, lecz ceny całej oferty. Jest to więc działanie poprawne z punktu widzenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sytuacja ta jest odmienna od wskazanego przez odwołującego błędu w wyliczeniu ceny w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Skanska S.A. i Skanska a.s., u których błąd ten (niedoszacowanie) odnosi się do jednej pozycji kosztorysu, a przy tym nie powoduje podejrzeń zaniżenia całkowitej ceny oferty (jest to oferta najdroższa w postępowaniu). Zatem trudno porównywać sytuację obu wykonawców i wskazywać na ich nierówne traktowanie w takich samych okolicznościach.

Jak powyżej wskazano, różnica między cenami oferty odwołującego a ofertami pozostałych wykonawców, wartością kosztorysu inwestorskiego i ewentualnie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia uzasadniała wszczęcie procedury wyjaśniającej kwestię rażąco niskiej ceny, jednak nie oznacza sama w sobie istnienia tej ceny w ofercie wykonawcy. Są to bowiem jedynie przesłanki uzasadniające powzięcie przez zamawiającego podejrzeń co do istnienia takiej ceny lub mniemania, że cena może być ceną rażąco niską (nazywane skrótowo domniemaniem, jakkolwiek nie mają nic wspólnego z cywilistycznym *praesumptio*), które jednak z domniemaniem mają tę wspólną cechę, że wykonawca musi zamawiającego przekonać, iż okoliczności te (rażąco niska cena) w stosunku do jego oferty nie zachodzą. W tym celu wykonawca musi złożyć wyjaśnienia na tyle przekonujące, aby zamawiający, oceniając je, doszedł do takiego wniosku. I choć złożenie dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest z formalnego punktu konieczne, to dostarczenie dowodów na poparcie twierdzeń ma niewątpliwe znaczenie dla tej oceny.

Zatem choć wszczęcie procedury wyjaśniającej może zostać zapoczątkowane przez porównanie ww. cen i wartości, to samo ustalanie, czy cena oferty jest, czy nie jest rażąco niska, odnosi się wyłącznie do tej oferty, a wyznacznikiem poprawności ceny jest, czy wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę, m.in. czy jest w stanie uzyskać deklarowane ceny materiałów, robocizny, pracy sprzętu itd.

Odwołujący – oprócz wyspecyfikowania materiałów i podania konkretnych cen (podobnie jak w kosztorysie), o co prosił zamawiający – powołał się jedynie na szczególnie wysokie rabaty, a tym samym wyjątkowo niskie ceny, które uzyskuje, nieosiągalne dla innych wykonawców. Nie poparł tego jednak żadnymi dowodami, a nawet – na co zwróciła uwagę strona przeciwna – nie podał choćby wysokości tych rabatów (co i tak znaczenie miałyby wyłącznie razem z dowodami). Przy tym należy zwrócić uwagę, że zamawiający w swoim wezwaniu do wyjaśnień zwrócił się o wskazanie, w jaki sposób dokonano wyceny modeli lamp i transformatorów (najbardziej istotne według niego elementy kosztorysu branży elektrycznej) tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska.

Przy tym, jeśli, jak twierdzi odwołujący, prośba zamawiającego o wyjaśnienia nie była wystarczająco klarowna i jednoznaczna, odwołujący miał sposobność przedstawienia takich dowodów podczas rozprawy przed Izbą. Od chwili otrzymania informacji o odrzuceniu jego oferty odwołujący wiedział bowiem, że zdaniem zamawiającego wskazane przez niego ceny nie odpowiadają cenom rynkowym (są kilkukrotnie niższe), a jego twierdzenie, że ceny materiałów po uwzględnieniu upustów mogą być kilkukrotnie niższe niż ceny oferowane innym wykonawcom, jest niewiarygodne. Tym samym powinien tę tezę zamawiającego obalić podczas rozprawy za pomocą dowodów, czego nie zrobił.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: