

Sygn. akt: KIO/UZP 752/10

**WYROK**

z dnia 11 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: **SIAC CONSTRUCTION Ltd.; APRIVIA S.A, HYDROBUDOWA POLSKA S.A.; PBG S.A.** z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania przy ul. Skórzewskiej 35, 62-081 Przeźmierowo, reprezentowani przez **PBG S.A.** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Rzeszów, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** protestu z dnia 2 kwietnia 2010 r.

Przy udziale wykonawcy XXX zgłaszającego swoje przystąpienie do odwołania po stronie XXX.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2.** kosztami postępowania obciąża konsorcjum firm: **SIAC CONSTRUCTION Ltd.; APRIVIA S.A, HYDROBUDOWA POLSKA S.A.; PBG S.A.** z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania przy ul. Skórzewskiej 35, 62-081 Przeźmierowo i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł. 00 gr.** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez konsorcjum firm: **SIAC CONSTRUCTION Ltd.; APRIVIA S.A,**

**HYDROBUDOWA POLSKA S.A.; PBG S.A.** z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania przy ul. Skórzewskiej 35, 62-081 Przeźmierowo,

2) dokonać wpłaty kwoty **3 600,00 zł.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez konsorcjum firm: **SIAC CONSTRUCTION Ltd.; APRIVIA S.A, HYDROBUDOWA POLSKA S.A.; PBG S.A.** z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania przy ul. Skórzewskiej 35, 62-081 Przeźmierowo, na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Rzeszów, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika,

3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł. 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum firm: **SIAC CONSTRUCTION Ltd.; APRIVIA S.A, HYDROBUDOWA POLSKA S.A.; PBG S.A.** z siedzibą w Wysogotowie k. Poznania przy ul. Skórzewskiej 35, 62-081 Przeźmierowo.

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, na zadanie pn. „Budowa autostrady A-4 na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia km 502+796,97 do około 537+550” (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej Nr 2009/S 120 -174878 z 26.06.2009 r.), w dniu 6 kwietnia 2010 r. (pismem z dnia 2 kwietnia 2010 r.) został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm: SIAC CONSTRUCTION Ltd., APRIVIA S.A, HYDROBUDOWA POLSKA S.A, PBG S.A., reprezentowani przez SIAC CONSTRUCTION Ltd. - lidera konsorcjum, (zwanego dalej konsorcjum SIAC).

Wniesienie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 26 marca 2010 r. o wyborze oferty konsorcjum firm: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, SB Granit S.A. z siedzibą w Skopje Macedonia (zwanym dalej konsorcjum NDI);

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie naruszenie przepisów 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, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706, Nr 223, poz. 1778), dalej ustawy Pzp, tj.:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tej ustawy,

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum NDI z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo nie wniesienia przez w/w konsorcjum wadium do upływu terminu składania ofert;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum NDI, pomimo, iż złożona ona została przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
4. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy - konsorcjum NDI do udzielenia w trybie art. 90 Pzp wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; ewentualnie
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum NDI pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący domagał się:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum NDI;
2. wykluczenia wykonawcy - konsorcjum NDI z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu nie wniesienia przez w/w wykonawcę wadium do upływu terminu składania ofert;
3. wezwania wykonawcy - konsorcjum NDI do udzielenia - w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
4. powtórzenia czynności oceny oferty złożonej przez wykonawcę - konsorcjum NDI i odrzucenia jej jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. wyboru oferty konsorcjum SIAC jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego - przejawiającego się w tym, że gdyby zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert, wówczas oferta konsorcjum SIAC zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem oferta konsorcjum NDI powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Odwołujący przytoczył punkt 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców) wskazujący, że „wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji powinno być złożone w oryginale.” Istotą złożenia wadium jest „techniczna i prawna możliwość skorzystania z wadialnego zabezpieczenia oferty.” W przypadku wadium wniesionego w formie poręczeń lub gwarancji, możliwość skorzystania z zabezpieczenia oferty uzależniona jest od złożenia przez wykonawcę wadium w formie oryginału stosownego dokumentu. Jeżeli dokument - przez co należy rozumieć jego oryginał - pozostaje w dyspozycji innego podmiotu niż zamawiający, niezależnie od tego czy podmiotem tym będzie gwarant czy też wykonawca, zamawiający nie ma praktycznej możliwości skorzystania z

wadialnego zabezpieczenia oferty. Nie ma w tym wypadku znaczenia to, że przedmiotowy dokument został faktycznie wystawiony. Zgodnie z linią orzecniczą, w takiej sytuacji należy uznać, że wadium w ogóle nie zostało wniesione. Odwołujący zaznaczał, iż konsorcjum NDI do swojej oferty załączyło kopie gwarancji wadialnych (str. 328 i następne) z uwierzytelnieniem za zgodność z oryginałem. W przekonaniu odwołującego, zamawiający nie ma zatem możliwości skorzystania z wadialnego zabezpieczenia oferty, w związku z czym uznał, że konsorcjum NDI w ogóle nie złożyło wadium, co zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowi przyczynę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym, że zamawiający nie wykluczył na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp konsorcjum NDI z przedmiotowego postępowania, odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp.

W dalszej części uzasadnienia protestu, odwołujący wskazywał, że zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz utrwalonym w tym zakresie orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, (wcześniej także Zespołów Arbitrów) oraz jednolitymi poglądami doktryny, w przypadku gdy powstają uzasadnione wątpliwości co do tego czy wykonawcy nie zaferowali rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócić się o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jako istotną okoliczność, odwołujący podkreślał, iż zastosowanie art. 90 ust. 1 Pzp nie jest jedynie uprawnieniem zamawiającego, a jego obowiązkiem o czym świadczy imperatywny charakter przepisu art. 90 ust. 1 Pzp „Zamawiający (...) zwraca się (...)” W konsekwencji w każdym przypadku uzasadnionych wątpliwości co do tego czy uczestnicy postępowania nie zastosowali rażąco niskiej ceny, zamawiający powinien wezwać wykonawców do udzielenia wyjaśnień. W niniejszym postępowaniu, pomimo oczywistych zdaniem odwołującego, wątpliwości zamawiający zaniechał zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, czym naruszył dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący przytoczył utrwalone poglądy, iż „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.” Ponadto za cenę rażąco niską należy uznać cenę, która „nie tylko odbiega od ceny rynkowej, ale również taką cenę, za którą nie można wykonać danego zamówienia, przy założeniu, że wykonawca zastosował wszelkie możliwe oszczędności.” Odwołujący wskazywał, że zamawiający, przy typowaniu ofert, które mogą zawierać rażąco niską cenę powinien się kierować kryterium arytmetycznym, a „punktem odniesienia przy kwalifikacji ceny jako rażąco

niskiej może być nie tylko szacunkowa wartość zamówienia, ale także jego specyfika, charakter oraz ceny ofert konkurencji."

W związku z powyższym odwołujący zwracał uwagę, iż w ofercie konsorcjum NDI wystąpiły znaczne niedoszacowania robót żelbetowych w obiektach inżynierskich. Średnie ceny betonu mostowego B50 i B37 na dzień 10.11.2009 r., zgodnie z ofertami dwóch producentów betonu z okolic Rzeszowa kształtowały się na następującym poziomie: od 330 zł. netto do 390 zł. netto za m<sup>3</sup>. W ofercie konsorcjum NDI przewidziano zastosowanie betonu B35 oraz B50 (odwołujący wyjaśniał, iż różnica w cenie betonu B35 i B37 jest bardzo niewielka, dlatego ceny tych betonów mogą być ze sobą porównywane). Odwołujący wywodził dalej, iż wszystkie wskazane w kosztorysie konsorcjum NDI elementy z betonu B35 posiadają stałą jednostkową cenę w wysokości 309,10 zł. Cena ta, w opinii odwołującego, nie pokrywa nawet kosztu zakupu samego betonu, nie wspominając już o kosztach robocizny, szalunków i sprzętu. Cena ta nie odzwierciedla też w żaden sposób stopnia trudności wykonania tych elementów. Ponadto elementy ustroju niosącego, wykonane z betonu B50 w kosztorysie konsorcjum NDI raz posiadają cenę jednostkową na poziomie 424,72 zł, a raz na poziomie 396,40 zł. Nawet gdyby przyjąć, że konsorcjum NDI dysponuje własnymi szalunkami i rusztowaniami niezbędnymi do wykonania ustroju nośnego, to podane powyżej ceny nadal nie uwzględniają kosztów robocizny związanej z montażem szalunków, robót betoniarskich oraz kosztów pracy sprzętu. Zdaniem odwołującego, zaniżone zostały również koszty dostawy i montażu zbrojenia, ponieważ cena 1,65 zł/kg jest ceną dostawy prefabrykatów loco budowa, z wyłączeniem ich montażu. Odwołujący wskazywał również na niedoszacowanie cen jednostkowych nawierzchni dróg. Podnoszone zarzuty w szczególności dotyczyły robót żelbetowych w obiektach inżynierskich. Odwołujący utrzymywał, że niedoszacowanie wartości tych robót jest na tyle duże, że konsorcjum NDI nie ma technicznej możliwości zrekompensowania tego niedoszacowania przez odpowiednie podniesienie ceny na innym fragmencie robót. Zdaniem odwołującego, kompleksowo powoduje to niedoszacowanie wartości całości prac, co z kolei wpływa na to, że cena zaoferowana przez konsorcjum NDI jest zbyt niska, aby pokryć wszelkie koszty, których poniesienie niezbędne jest do prawidłowej realizacji przedmiotowej inwestycji. W związku z tym przyjął, że cena zaoferowana przez wybrane konsorcjum jest rażąco niska.

Ponadto, odwołujący porównał cenę zaoferowaną przez konsorcjum NDI z cenami pozostałych oferentów jak i z cenami oferowanymi w innych postępowaniach w sprawie zamówień publicznych na podobny przedmiot zamówienia. Konsorcjum NDI zaoferowało cenę w wysokości 1 340 235 558,06 zł. Druga w kolejności oferta konsorcjum SIAC zawiera cenę 1 750 408 749,72 zł, co stanowi kwotę, o około 30,6% wyższą. Trzecia w kolejności oferta podaje kwotę 1 873 824 438,90 zł co stanowi cenę o około 39,8% wyższą.

Odwołujący podnosił, że różnica pomiędzy ofertą złożoną przez konsorcjum - NDI, a najdroższą ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu wynosi aż 78,3%.

Odwołujący porównywał ceny ofert z innych postępowań w sprawie zamówień publicznych. Przykładowo wymienił postępowanie dotyczące kolejnego odcinka autostrady A-4, pod nazwą „Budowa autostrady A-4 na odcinku od węzła Dębica Pustynia do węzła Rzeszów Zachodni km 537+555 do około 570+300.” Najtańsza oferta w tym postępowaniu opiewała na kwotę 1 730 461 418,77 zł., a jest to kwota bardzo zbliżona do oferty konsorcjum SIAC, a zarazem o około 29,1% wyższa niż oferta konsorcjum NDI w danym postępowaniu. Na dowód przedstawił: informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu pn „Budowa autostrady A-4 na odcinku od węzła Dębica Pustynia do węzła Rzeszów Zachodni km 537+555 do około 570+300.”

Odwołujący uznał, iż tak znaczące różnice pomiędzy cenami ofert, przy bardzo konkurencyjnym rynku, na którym występują stosunkowo niskie marże, świadczy o tym, że zaproponowana przez konsorcjum NDI cena jest rażąco niską. W związku z tym, podnosił, iż zamawiający miał obowiązek wezwać w/w konsorcjum, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z ostrożności procesowej zaznaczał, że jeżeli nawet zamawiający wezwał konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę (a odwołujący jedynie nie posiadał o tym fakcie stosownej wiedzy), to i tak zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum NDI pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W oparciu o przytoczoną argumentację, odwołujący podtrzymał twierdzenia, że cena zaoferowana przez konsorcjum NDI jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie tylko nie pozwala na osiągnięcie przez wymienione konsorcjum jakiegokolwiek zysku, ale również nie umożliwia pokrycia wszelkich niezbędnych do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia kosztów, a więc jest ponadto czynem nieuczciwej konkurencji - jako świadczenie usług za cenę niższą od kosztów ich wytworzenia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2010 r., pismem z 8 kwietnia 2010 r. do postępowania wywołanego protestem przystąpiło konsorcjum firm w składzie: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz SB Granit S.A. z siedzibą w Skopje (Macedonia). Przystępujący do postępowania protestacyjnego:

- 1) oponował przeciwko zarzutom protestu: oraz
- 2) wnosił o oddalenie protestu w całości, jako bezzasadnego, a w szczególności w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego prawa materialnego:

art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 90 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, iż wskazywane przez odwołującego naruszenia przepisów tej ustawy nie miały miejsca.

Przystępujący powoływał się na interes prawny, w przyłączeniu się do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego, gdyż w przedmiotowym postępowaniu ofertą najkorzystniejszą została wybrana oferta konsorcjum NDI, zatem rozstrzygnięcie wywrze bezpośredni skutek w sferze prawnej interesów przystępującego. Przystępujący wnosił o oddalenie protestu i utrzymanie czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się do treści uzasadnienia protestu, uznał stanowisko konsorcjum SIAC za nieuzasadnione. Wskazywał, iż odwołujący dokonał nieprawidłowej oceny oferty złożonej konsorcjum NDI SA i SB Granit S.A., gdyż do oferty zostały załączone gwarancje wadialne wymagane przez zamawiającego - w formie oryginałów. Przystępujący przyznał, iż w ofercie na wskazywanej stronie 328 i dalszych, znajdują się kopie gwarancji wadialnych, jednakże bezsporną okolicznością, jest fakt, iż do oferty dołączone zostały oryginały gwarancji wadialnych, złożone w osobnej kopercie. W związku z powyższym, nie zachodziła podstawa do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i oferta złożona przez NDI S.A. i SB Granit S.A. prawidłowo nie została na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp odrzucona przez zamawiającego, albowiem gwarancje wadialne zostały złożone w wymaganej formie przed upływem terminu do składania ofert.

Zdaniem przystępującego, zarzut iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w niniejszym postępowaniu powstały uzasadnione wątpliwości, czy konsorcjum NDI-Granit nie zaoferowało rażąco niskich cen – także przyjął za bezpodstawny. Przystępujący wyjaśnił, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający skorzystał z procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zwrócił się do konsorcjum NDI-Granit - pismem z dnia 17 marca 2010 r. o wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W dniu 19 marca 2010 r. przystępujący udzielił odpowiedzi na wymienione wezwanie. Reasumując, w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający ocenił, iż nie ma podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez NDI S.A. i SB Granit S.A. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jako że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2010 r. zamawiający oddalił protest w całości, uznając zarzuty za bezpodstawne.

W uzasadnieniu podał, iż nie naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wobec faktu, iż pismem z dnia 17.03.2010 r. zwrócił się do konsorcjum NDI i SB Granit S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Decyzję o zastosowaniu procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny zamawiający łączył z

rozbieżnościami cen podanych w ofertach jedynie w oparciu o kryterium arytmetyczne. Zamawiający po ponownym przeanalizowaniu ofert uznał, że wezwanie o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny było nadmierne, gdyż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zaznaczył, iż wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie nie stanowiły podstawy do podjęcia decyzji zamawiającego, gdyż ta podjęta została w oparciu o analizę aktualnej sytuacji rynkowej, szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia i ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający zaprzeczył również zarzutom naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp. Zarzut o rażąco niskiej cenie oferty konsorcjum NDI i SB Granit S.A. – Skopje, odwołujący argumentował bowiem zbyt niską ceną betonu mostowego S50 I B37, która jego zdaniem, jest ceną powodującą niedoszacowanie oferty, skutkującą niemożnością pokrycia wszelkich kosztów związanych z prawidłową realizacją inwestycji. Odnosząc się do argumentacji odwołującego, zamawiający wskazywał, iż „kalkulacja ceny jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku, osiągnięcia zysku w każdym z elementów ceny” (KIO/UZP 878/09, wyrok z dnia 2009.07.27). Niska w stosunku do innych ofert cena betonu w kosztorysie ofertowym konsorcjum NDI S.A. - SB Granit S.A. – Skopje, sama w sobie nie może być podstawą uznania oferowanej ceny za rażąco niską. Zdaniem zamawiającego, cena ta nie odbiega w sposób znaczący od cen aktualnie zauważalnych na lokalnym rynku (ok. 434 zł. za m3 betonu B35 i 593 zł. za m3 betonu B50), po wtóre jest to tylko jeden z elementów składających się na cenę. Za rażąco niską cenę może być uznana cena, która jest niewiarygodna, nierealistyczna, ale odnosząca się do całej oferty (wyrok z dnia 6 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 760/08, w którego sentencji wskazano, że o rażąco niskiej cenie nie stanowią składowe części ceny, ale cena całkowita oferty brutto. Podobnie: "Prawo zamówień publicznych. Komentarz" Warszawa 2007 r., pod redakcją T. Czajkowskiego, str. 305, postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 7194/05, w którym zaznaczono, że "choćby nawet cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niskiej ceny całej oferty." Dodatkowo wskazywał, iż punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia oraz wiedza, doświadczenie życiowe, rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego (tak: wyrok KIO/UZP 1126/09). Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż aktualnie w całej Polsce toczyło się i nadal toczy się wiele postępowań przetargowych na realizację inwestycji drogowych, w tym na budowę autostrad. Jako zamawiający w wielu tych postępowaniach GDDKiA zna aktualne ceny rynkowe budowy 1 km autostrady, a te kształtują się już od 29 063 654,71 zł (np, oferowana cena budowy 1 km autostrady A-4



Kraków – Tarnów, węzeł Brzesko - węzeł Wierzchałowice wynosiła 29 928 769,33 zł. - według najkorzystniejszej oferty NDI S.A., z którym to wykonawcą w dniu 05.02.2010 r. została zawarta umowa). W 56 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych przez zamawiającego w latach 2009 - 2010 średnia cena budowy 1 km drogi wynosiła około 39 207 000,00 zł. brutto. Przy czym tak uśredniona cena, zawiera w sobie ceny 1 km dróg realizowanych w systemie projektuj i buduj (9 przetargów, w których do ceny doliczone zostały także koszty sporządzenia dokumentacji projektowej). W przedmiotowym postępowaniu cena budowy 1 km drogi w ofercie wybranego wykonawcy wynosi 38 567 930,02 zł brutto. Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający uznał, że oferowana cena jest konkurencyjna ale nie rażąco niska, gdyż pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający podnosił, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium. Fakt, że inne oferty miały znacząco wyższe ceny za beton, nie może zostać uznany za powód uznania oferty NDI - SB Granit S. A.- Skopie za rażąco niską.

W odwołaniu wniesionym w dniu 26 kwietnia 2010 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości, wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum NDI;
2. wykluczenia wykonawcy - konsorcjum NDI z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu nie wniesienia przez wymienionego wykonawcę wadium do upływu terminu składania ofert;
3. wezwania wykonawcy - konsorcjum NDI do udzielenia - w trybie art. 90 Pzp - wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
4. powtórzenia czynności oceny oferty złożonej przez wykonawcę - konsorcjum NDI - i odrzucenia jej - jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. wyboru oferty konsorcjum SIAC jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił w całości argumentację podnoszoną w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty konsorcjum NDI, pisma zamawiającego z dnia 17 marca 2010 r. - wezwania do wyjaśnienia

elementów ceny oferty wraz z udzieloną odpowiedzią z dnia 19 marca 2010 r., okazanych przez zamawiającego oryginałów gwarancji wadialnych wybranego wykonawcy, dokumentów obrazujących ceny rynkowe wykonania zbliżonego przedmiotu zamówienia – zestawienia cen ofert z najniższą ceną w stosunku do planowanej wartości szacunkowej w 56 postępowaniach w 2009 r., informacji o wyborze oferty w postępowaniu na budowę autostrady A-4 odcinka Dębica Pustynia – Rzeszów Zachodni.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Izba nie dopuściła dowodu wnioskowanego przez odwołującego – z opinii biegłego, na okoliczność ustalenia, czy za cenę oferty wybranego konsorcjum można wykonać przedmiot zamówienia z pokryciem niezbędnych kosztów. Izba uznał, iż zgromadzony materiał dowodowy pozwala na podjęcie rozstrzygnięcia w danej sprawie.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia określony w rozdziale 1 pkt 5 SIWZ obejmuje między innymi:

- budowę odcinka autostrady długości 34,8 km o przekroju poprzecznym 2x2 pasy ruchu + pas awaryjny i parametrach technicznych drogi klasy A;
- budowę 2 bezkolizyjnych węzłów autostradowych,
- budowę dwupoziomowych skrzyżowań z drogami poprzecznymi w postaci;
- wiaduktów drogowych 10 szt.,
- wiaduktów autostradowych 10 szt.,
- mostów autostradowych 5 szt.,
- estakad 1 szt.,
- przejścia dla pieszych pod autostradą 1 szt.,
- budowę miejsca obsługi podróżnych,
- budowę obwodu utrzymania autostrady,
- budowę drogowego odcinka lotniskowego,
- budowę stacji transformatorowych wraz z przyłączami zasilania,
- przebudowę kolizji z sieciami wodociągowymi, kanalizacyjnymi i urządzeniami elektroenergetycznymi,
- budowę zasilania elektrycznego i oświetlenia obiektów autostradowych,
- budowę ekranów i ogrodzeń.

W rozdziale 1 pkt 9 SIWZ punkcie 9.3 zamawiający wymagał, aby wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji było złożone w oryginale i obejmowało cały okres związania ofertą.

Zgodnie z pkt. 12.1 rozdziału 1 SIWZ jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

W postępowaniu zostało złożone 9 ofert z cenami brutto:

1. konsorcjum odwołującego - lider: SIAC CONSTRUCTION Ltd. – 1 750 408 749,72 zł.;
2. konsorcjum firm – lider POLDIM S.A. – 1 873 824 438,90 zł.,
3. BUDIMEX S.A. – 1 882 697 328,76 zł.,
4. DRAGADOS S.A. – 2 108 142 946,85 zł.,
5. konsorcjum firm – lider SBR Civil Engineering Ltd. –Henpol Sp. z o. o. –Jon Sisk – 2 097 279 982,66 zł.,
6. konsorcjum firm – lider – Mota Engil Central Europe S.A. – 2 017 931 884,28 zł.,
7. konsorcjum firm –lider - NDI S.A. SB Granit S.A. Skopje – 1 340 235 568,06 zł.,
8. konsorcjum firm – lider – ALPINE Bau GmbH – 2 389 531 011,59 zł.,
9. konsorcjum firm – lider STRABAG Sp. z o.o. – 2 253 187 896,38 zł.

Na stronach od 328 do 332 oferty wybranego wykonawcy NDI S.A. oraz Granit S.A. Skopje, zostały przedstawione 2 kopie gwarancji wadialnych:

1. wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. z dnia 17 lutego 2010 r. na kwotę 6 000 000 zł. na zlecenie NDI S.A.,
2. wystawiona przez NLB Tutunska banka z dnia 3 lutego 2010 r. na kwotę 6 000 000 zł. na zlecenie firmy GRANIT AD Skopje.

W trakcie rozprawy zamawiający okazał składowi orzekającemu Izby oryginały opisanych wyżej gwarancji wadialnych, pozostające w jego posiadaniu przed złożeniem oferty przez konsorcjum NDI. Odwołujący nie zaprzeczył, iż są one zbieżne z kopiami przedłożonymi na stronie 328-332 wybranej oferty.

Pismem z dnia 17 marca 2010 r. zamawiający zwrócił się do wybranego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W określonym terminie została udzielona odpowiedź, iż kalkulacja cenowa zawarta w ofercie wykonawców występujących wspólnie, tj. NDI S.A. w Sopocie i SB granit S.A. Skopje (Macedonia) została skalkulowana poprawnie, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz załącznikami, jak również na podstawie ofert uzyskanych od potencjalnych podwykonawców. Jednocześnie wykonawca zaznaczył, iż w jego opinii, złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wyliczył szacunkową wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 1 822 131 147,54 zł z uwzględnieniem zamówień uzupełniających - ustaloną w maju 2009 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego. We wniosku o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 23 czerwca 2009 r. zamawiający odrębnie ustalił szacunkową wartość zamówienia w kwocie netto 1 214 754 098,36 zł. brutto 1 482 000 000,00 zł. oraz wartość szacunkową

zamówienia wraz z zamówieniami uzupełniającymi w kwocie netto 1 822 131 147,54 zł.  
brutto 2 223 000 000,00 zł.

Izba zważyła co następuje.

Izba nie podzieliła zarzutu podniesionego przez odwołującego, że wybrany wykonawca – konsorcjum NDI S.A. z Sopotu i SB Granit S.A. Skopje (Macedonia) nie złożyło przed upływem terminu składania ofert wadium w postaci oryginałów gwarancji wadialnych zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 3 ustawy Pzp. Oryginały tego rodzaju dokumentów traktowane są jako papiery wartościowe, z tych względów często są deponowane odrębnie np. w kasie zamawiającego. Skoro zamawiający okazał oryginały dokumentów gwarancji wadialnych, Izba uznał za wiarygodne twierdzenia i oświadczenia, iż dokumenty te pozostawały w jego dyspozycji przed złożeniem oferty. Bezsprzecznie gwarancje wadialne zostały wystawione przed terminem składania ofert, opiewają na wymaganą kwotę. W tych okolicznościach, Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 tej ustawy nie znalazł potwierdzenia. Oferta wybranego konsorcjum pozostawała prawidłowo zabezpieczona wadium, od momentu jej złożenia, w taki sposób, iż w razie zaistnienia przesłanek ustawowych zatrzymania wadium, zamawiający mógł posłużyć się oryginałami dokumentów, żądając wpłaty kwoty wadium od gwarantów na swój rachunek. Ustaleniom takim nie zaprzecza okoliczność, iż kopie dokumentów gwarancyjnych zostały złożone w załącznikach do oferty, co stanowi częstą praktykę i nie jest zabronione. Odwołujący nie zwracał się do zamawiającego o udostępnienie mu wglądu do oryginałów gwarancji wadialnych wybranego wykonawcy w trybie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak Izba ustaliła wyżej, zamawiający zwrócił się do konsorcjum NDI S.A. w Sopotu i SB Granit S.A. Skopje (Macedonia) o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Inną natomiast kwestią jest ocena złożonych wyjaśnień. W tym zakresie odwołujący nie sformułował jednak żadnych zarzutów w proteście, w szczególności sprowadzających się do twierdzenia, iż złożone wyjaśnienia nie są wystarczające w świetle dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem nie odnoszą się do obiektywnych czynników dostępnych w sposób zindywidualizowany dla danego wykonawcy. Odwołujący potwierdził, iż nie miał wiedzy na temat wyczerpania procedury określonej art. 90 ustawy Pzp, wobec oferty wybranego konsorcjum. Izba zwraca uwagę, iż protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny dla wykonawców od momentu wyboru oferty, jak stanowi art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Zatem przy zachowaniu należytej staranności, mierzonej zawodowym

charakterem prowadzonej działalności zgodnie z art. 355 § 2 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, odwołujący mógł powziąć wiadomość o fakcie złożenia wyjaśnień od dnia wyboru oferty, tj. od 26 marca 2010 r. Stosownie do treści art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba związana jest zakresem zarzutów zawartych w proteście i nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Z tych względów Izba uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp za bezpodstawny.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, sprowadzającego się do twierdzenia, iż oferta konsorcjum NDI S.A. w Sopocie i SB Granit S.A. Skopje (Macedonia) zawiera rażąco niską cenę. Niedopuszczalne jest bowiem automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego poziomu. Nie wolno przesądzać o tym, że dana cena jest ceną rażąco niską, gdyż odbiega przykładowo: od wartości szacunkowej zamówienia, czy od cen pozostałych ofert. W konsekwencji, więc nie można przyjmować, że samo porównanie ceny danej oferty do szacunkowej wartości zamówienia, czy też ofert pozostałych wykonawców i zanotowane różnice, stanowią przesłankę do wykazania podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę.

Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, iż zarzut naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podania rażąco niskiej ceny oferty przez konsorcjum NDI S.A. i SB Granit S.A. Skopje (Macedonia), nie został przez odwołującego dowiedziony.

Należy zważyć, iż szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia określona przez zamawiającego na podstawie art. 32 i art. 33 ustawy Pzp w oparciu kosztorys inwestorski, sporządzony przy opracowaniu dokumentacji projektowej, wynosiła brutto 1 482 000 000,00 zł. Skoro wybrana oferta podaje cenę w kwocie 1 340 235 568,06 zł. brutto, to oznacza iż jest ona nieznacznie niższa od wartości szacunkowej, tj. o około 10 %. Tej wielkości - jak zanotowana w niniejszym postępowaniu, różnica cenowa wybranej oferty i wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, nie wykazuje symptomów rażąco niskiej ceny, które obligowałyby zamawiającego do wszczęcia procedury wzywania wykonawcy do wyjaśniania elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

Niezaprzeczalnym faktem jest, iż zanotowane różnice między ofertą wybranego konsorcjum NDI S.A. w Sopocie i SB granit S.A. Skopje a drugą w kolejności ceną oferty odwołującego i następnymi przekraczają 30%. Okoliczność taka mogła stanowić podstawę do żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp od wykonawcy, który złożył ofertę z ceną odbiegającą od innych ofert. Nie przesadzało to jednak automatycznie o rażąco niskiej cenie tej oferty.

Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia i dowody przedstawione przez zamawiającego, zawierające aktualne dane o wynagrodzeniach za roboty wchodzące w skład przedmiotu zamówienia, uzyskane z poszczególnych jednostek organizacyjnych

zamawiającego, a w szczególności dotyczące kosztów wybudowania 1 km autostrady, z uwzględnieniem porównywalnej infrastruktury w zakresie obiektów inżynierskich, wynoszące 39 207 162,11 zł. Z uwzględnieniem, iż na 56 postępowań dotyczących najważniejszych inwestycji drogowych w 2009 roku, 9 nich realizowane było w systemie zaprojektuj i zbuduj, a więc uśredniona cena realizacji 1 km drogi zawiera częściowe koszty opracowania dokumentacji projektowej. Świadczy to, iż cena podana przez wybrane konsorcjum NDI – w przeliczeniu na 1 km wynosząca 38 567 930,02 zł. nie została zawyżona w stosunku do cen oferowanych ogólnie przez rynek, a nie tylko w przedmiotowym postępowaniu, które z uwagi na włączenie do pakietu pilnych robót związanych z organizacją „mistrzostw UEFA EURO 2012,” jest szczególnie podatne na presję cenową wykonawców. Wymienione zadanie ujęte zostało w załączniku do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 maja 2004 r. w sprawie sieci autostrad i dróg ekspresowych (Dz. U. Nr 128, poz. 1334). Budowa odcinka autostrady A-4 znajduje się na liście priorytetowych działań niezbędnych dla przeprowadzenia tego turnieju, z czego wynika konieczność pilnego zrealizowania wymienionego przedsięwzięcia drogowego.

Izba w pełni podziela stanowisko o niedopuszczalności automatycznego przesądzania o rażąco niskiej cenie poprzez odrzucenie ofert odbiegających poniżej pewnego poziomu cen od pozostałych ofert. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości np. wyrok sygn. akt 76/81 „Transporte”, wyrok sygn. akt 103/88 „Constanzo,” wyrok sygn. akt C-285/89 „Impresa Dona Alfonso,” potwierdza, że nie należy oceniać ofert wyłącznie według kryterium arytmetycznego. W okolicznościach tej sprawy, można natomiast mówić o dużych rozbieżnościach między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem podatku VAT a cenami większości złożonych ofert, które pozostają znacznie wyższe. Biorąc pod uwagę ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, należy stwierdzić, iż ponadto charakteryzują się one dużym rozwarstwieniem. Zakładając, jak utrzymuje odwołujący, iż cena jego oferty – wynosząca 1 750 408 749,72 zł. brutto pozwala na pokrycie wszelkich kosztów robót i godziwy zysk, to ceny pozostałych ofert, zamykające się najwyższą ceną w kwocie 2 389 531 011,59 zł. brutto, sprowadzają się głównie do różnicy w przyjętej marży zysku.

Punkt odniesienia, powinny stanowić zatem ceny ofert proponowane w innych postępowaniach na porównywalny przedmiot zamówienia. Zamawiający jest uprawniony aby samodzielnie ustalać podstawy do odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w oparciu o wszelkie dostępne dane jakimi dysponuje i dowody. Z racji charakteru działalności zamawiającego, który był zlecającym odcinki budowy autostrad i dróg, którymi to robotami referencyjnymi wykonawcy wykazują się jako swoim doświadczeniem zawodowym, zamawiający miał możliwość porównania, za jakie ceny były realizowane poprzednie zamówienia o zbliżonym przedmiocie i wielkości.

Zamawiający ma prawo uwzględnić także aktualne uwarunkowania rynkowe w zakresie kształtowania się cen produkcji budowlano-montażowej, w tym znaczne nasilenie konkurencji w tym segmencie rynku, skoro złożonych zostało 9 ofert. Z porównania wykazu doświadczenia zawodowego wybranego wykonawcy, wynika, iż firma NDI S.A. uczestniczyła w wykonaniu autostrady A1 na odcinku Rusocin - Nowe Marzy o długości 25,5 km z budową drogowych obiektów inżynierskich o wartości robót 524 134 753,00 zł. oraz w budowie odcinka Rusocin - Stanisławie długości odcinka 17,95 km. o porównywalnej złożoności jak przedmiot zamówienia o wartości robót 370 772 640,00 zł. Firma Granit S.A. Skopje wykonywała modernizację i budowę autostrady M06 Kijów - Czop długości odcinka 91,5 km o oznaczonej wartości łącznej. Dowodzi to zdolności wykonawcy, do zrealizowania zamówienia w sposób właściwy. Zamawiający dysponował informacjami dotyczącymi cen i zakresu wykonanych prac przy realizacji wcześniej realizowanych odcinków autostrad, albowiem udzielał przedmiotowych zamówień, w oparciu o co potwierdził, iż aktualna cena rynkowa budowy 1 km autostrady wynosi od 29 063 654,71 zł. np. autostrada A4 Kraków – Tarnów (węzeł Brzesko – Wierzchałowice – 29 928 769,33 zł.). Zdaniem Izby, wiedza ta zasadnie została wykorzystana do ustalenia czy oferowana najniższa cena (38 567 930,02 zł. brutto w przeliczeniu na 1 km) w przedmiotowym postępowaniu przez wybrane konsorcjum jest rzetelna, pozwala na wykonanie zamówienia w sposób należyty. Izba uwzględniła dane statystyczne przytaczane przez zamawiającego, iż w 56 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych w latach 2009 - 2010 średnia cena budowy 1 km drogi wynosi ok. 39 207 000,00 zł. brutto. Przy czym tak uśredniona cena, zawiera w sobie ceny 1 km dróg realizowanych w systemie zaprojektuj i buduj (9 przetargów, w których do ceny doliczone zostały także koszty sporządzenia dokumentacji projektowej). W przedmiotowym postępowaniu cena budowy 1 km drogi oferowana przez wybrane konsorcjum wynosi 38 567 930,02 zł brutto, co dowodzi, iż skalkulowane w tej wielkości wynagrodzenie za budowę 1 km drogi jest rzetelne i zamówienie może być należycie zrealizowane.

Z dowodu przedłożonego przez odwołującego – informacji o wyborze oferty BUDIMEX SA w postępowaniu na budowę odcinka autostrady A-4 od węzła Dębica Pustynia do węzła Rzeszów Zachodni wynika, iż cena budowy 1 km tej drogi została przez wybranego wykonawcę podana wielkości brutto około 50 000 000 zł. Zamawiający wyjaśnił, iż ze względu na szczególne uwarunkowania budowy tej drogi, stopnia skomplikowania i istniejące warunki geologiczno-gruntowe, cena wybranej oferty jest zatem nieporównywalna i nie mogąca stanowić podstaw do oceny ceny całkowitej oferty konsorcjum NDI, w niniejszym postępowaniu, jako potwierdzającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nie jest jednak dopuszczalne formułowanie wniosków, iż cena oferty jest zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia i koniecznych kosztów i nakładów do jego prawidłowej realizacji, wyłącznie z racji rozbieżności cen poszczególnych ofert. Okoliczność, iż poza ofertą wybraną, wszystkie złożone oferty, zawierają cenę wyższą niż wynikającą z oszacowania, czyni wiarygodnymi wyjaśnienia zamawiającego, iż w przypadku braku uzyskania dodatkowych źródeł finansowania, mogłoby to stanowić przyczynę unieważnienia postępowania, gdyż zamawiający podał na otwarciu ofert - cenę oszacowania jako kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Ustalenia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zawsze należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Podnoszone przez odwołującego zarzuty w odniesieniu do oferty wybranej konsorcjum NDI S.A. w Sopocie i SB Granit S.A. Skopje, sprowadzają się natomiast do wykazania, iż poszczególne elementy przedmiotu zamówienia: takie jak: wykonanie elementów nośnych mostów, wiaduktów, węzłów bezkolizyjnych, estakad, z użyciem modułów prefabrykowanych - wielkoformatowych oraz wykonywaniem konstrukcji zbrojonych, z uwagi na oferowane ceny betonu wymaganej klasy przez dwóch miejscowych producentów, wycenione zostały poniżej realnych kosztów. Tego rodzaju argumentacja nie może zostać uwzględniona. Zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania stawek jednostkowych. Każdy z wykonawców, w zależności od własnego potencjału i możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, dokonywał kalkulacji własnych za poszczególne roboty wchodzące w skład zamówienia. Nawet gdyby któreś z tych cen jednostkowych nie pokrywały kosztów świadczenia danej części prac, to stawiane zarzuty nie dotyczą zaniżenia wszystkich cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego, (składających się na cenę za oferty za przedmiot zamówienia), które mogą być kalkulowane na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku za całość zamówienia. Niezależnie od kalkulacji cen jednostkowych pozycji kosztorysowych, i tak liczy się wyłącznie cena całkowita oferty, przyjmowana do porównania ofert. Stanowisko takie wynika z ugruntowanego poglądu doktryny oraz orzecznictwa, i co zasady zostało przyznane przez odwołującego. Należy podkreślić, iż kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - nawet gdyby hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Należy, bowiem wskazać, iż kalkulacja własna ceny jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym "z elementów ceny" (wyrok z 27 lipca 2009 r. KIO/UZP 878/09). Stosownie do ugruntowanych poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów



Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,” wyroku z dnia 24 marca 2005 r. Sygn. akt II Ca 425/04 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty - przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.” Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż niedopuszczalnym jest - tak jak żąda tego odwołujący, stosując wybiórcze porównywanie wybranych pozycji oferty, w tym zakresie w którym składowe ceny jednostkowe oferty konsorcjum NDI S.A. w Sopocie i SB Granit S.A. Skopje są niższe od pozycji innych ofert, aby cena wybranego konsorcjum została uznana za rażąco niską. Ustalenie rażąco niskiej ceny ma się bowiem odbywać w stosunku do „przedmiotu zamówienia,” a nie wyłącznie jego części, o czym stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił dowodów świadczących, iż ceny oferowane za porównywalny przedmiot zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu kształtują się na poziomie znacząco wyższym, zatem nie dowiódł zgłaszanych zarzutów w rozumieniu art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Dowodu takiego nie stanowi, w ocenie Izby, dokument przedłożony na okoliczność wyższej ceny oferty wybranej w jednostkowym postępowaniu, czy wskazywanych cen za a m<sup>3</sup> betonu, niż przyjął to do wyceny wybrany wykonawca, który wyjaśniał, iż skalkulował ceny w oparciu o oferty podwykonawców.

W tych okolicznościach Izba nie dopatrzyła się również, iż złożenie oferty przez konsorcjum NDI S.A. w Sopocie i SB Granit S.A. Skopje stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Odwołujący nie dowiódł, że ceny konkurencyjnej oferty, zostały skalkulowane na poziomie nie pokrywającym kosztów wybudowania odcinka autostrady A-4 od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia km 502+796,97 do około 537+550.” W wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 126/09, przyjęto, że „ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny powinno również obejmować zmiany sytuacji na rynku, gdyż nie obowiązuje jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej.” Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców nie jest dowodem, że jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom, i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia.” Nie znalazły zatem potwierdzenia zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nie zachodziły postawy do odrzucenia oferty wybranego konsorcjum z powołaniem się na

wymienioną podstawę prawną. Czyn nieuczciwej konkurencji został zdefiniowany w ustawie z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie, więc z dyspozycją art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, wyznaczając kategorię czynów nieuczciwej konkurencji przez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także dobrymi obyczajami, oraz postawienie wymogu, aby czyn zagrażał interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta. Przesłanki te winny wystąpić kumulatywnie. Oznacza to, iż sam fakt działania na niekorzyść innego przedsiębiorcy, w odosobnieniu - nie tworzy czynu nieuczciwej konkurencji, powinna zaistnieć bowiem również druga z przesłanek, czyli sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami. W analizowanej sytuacji nie zachodzi żaden z w/w przypadków. Fakt bowiem zaferowania w przetargu nieograniczonym ceny niższej od oferty innego przedsiębiorcy jest przejawem wolnej konkurencji i wolnego rynku, a nie czynem nieuczciwej konkurencji. Takie stanowisko potwierdza również opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r., Nr 1, poz. 240).” W opinii tej UOKiK wskazał, że „nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług (...), ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.”

Kolejnym z zarzutów był zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp tj. przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy, w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Przy czym podkreślenia wymaga, iż zamawiający ma prawo i obowiązek przyjąć ofertę najkorzystniejszą według ustalonego kryterium oceny, które nie narusza równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Sam fakt subiektywnego odczucia odwołującego o uchybieniach w postępowaniu, a w szczególności chęć wyeliminowania korzystniejszej oferty, nie jest podstawą do zarzucenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby trafność stawianych zarzutów w tym zakresie.

Postępowanie dowodowe wykazało, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem czynione zarzuty są bezpodstawne i pozbawione normatywnego wsparcia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

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

Z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł., na podstawie złożonego rachunku, stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia z dnia 9 lipca 2007 r. Prezesa Rady Ministrów 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 ze zm.).

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:**

.....

.....

