

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2015 r. przez wykonawcę

Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. al. Korfantego 38, 40-161 Katowice

przy udziale wykonawców:

- A. **Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. **Skanska S.A. ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy Skanska S.A. do wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy**

Skanska S.A. do wyjaśnienia poziomu ceny zgodnie z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych,

- 2. oddała odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty wykonawcy Skanska S.A. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,**
- 3. kosztami postępowania obciąża w częściach równych Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. i Budimex S.A. i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 3.2. zasądza od zamawiającego – Górnośląskiego Towarzystwa Lotniczego S.A. na rzecz wykonawcy Budimex S.A. kwotę 11 800 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy kwoty wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Katowicach.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wybór wykonawcy robót budowlanych przekształcenia obecnej drogi startowej w drogę kołowania oraz dostosowania infrastruktury MPL Katowice w Pyrzowicach do CAT II operacji lotniczych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 kwietnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 122476-2015-PL. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – BUDIMEX S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA S.A. z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca złożył wewnątrznie sprzeczne oświadczenia co do terminu wykonania przedmiotu zamówienia,
2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania SKANSKA S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy z uwagi na dysproporcję pomiędzy ceną ofertową tego wykonawcy a wartością szacunkową zamówienia, a także pomiędzy cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez tego wykonawcę a cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak również z uwagi na specyfikę samego zamówienia, po stronie zamawiającego winno było zrodzić się podejrzenie, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co prowadzi jednocześnie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA S.A. w sytuacji, gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty SKANSKA S.A., która nie stanowi oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia wyboru oferty SKANSKA S.A. jako najkorzystniejszej,
2. przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenia oferty SKANSKA S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie wezwania SKANSKA S.A. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie odrzucenia oferty SKANSKA S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

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.

III Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego wezwania SKANSKA S.A. do wyjaśnień dotyczących poziomu ceny w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty SKANSKA S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje.

W punkcie III specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił termin wykonania zamówienia, tzw. „czas na ukończenie” na 27 miesięcy od wejścia w życie kontraktu. W przygotowanym formularzu oferty oraz w załączniku do formularza oferty wskazał jednak, że czas na ukończenie wynosi 30 miesięcy.

W trakcie postępowania zamawiający poprawił treść obu załączników wpisując już jednoznacznie, że termin realizacji to 27 miesięcy od wejścia w życie kontraktu.

W złożonej przez siebie ofercie SKANSKA S.A. w formularzu oferty wskazała, że wykona przedmiot zamówienia w terminie 30 miesięcy od dnia wejścia w życie kontraktu, a w załączniku do tego formularza oferty wskazała termin 27 miesięcy od dnia wejścia w życie kontraktu.

Zdaniem odwołującego zamawiający powinien był odrzucić ofertę jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż, wbrew stanowisku zamawiającego, ta niezgodność oferty z treścią specyfikacji nie mogła być zakwalifikowana i poprawiona jako „inna omyłka” w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak zrobił to zamawiający. Podstaw takich nie dawał w szczególności fakt, iż w załączniku do oferty wpisana została prawidłowa wartość 27 miesięcy.

Zdaniem odwołującego w ofercie zostały więc złożone dwa wewnętrznie sprzeczne oświadczenia, a z ich treści nie sposób wywieść, jaką treść oferty chciał nadać jej wykonawca. Błędym zaś byłoby wnioskowanie, że wykonawca zamierzał sporządzić ofertę zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na tej tylko podstawie dojście do wniosku, że wykonawca chciał w niej wskazać określoną w specyfikacji wartość. Na tej zasadzie każda oferta wyrażająca oświadczenie niezgodne ze specyfikacją mogłaby zostać uznana za prawidłową. To natomiast podważałoby sens istnienia normy określonej w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Samo dokonywanie poprawki omyłki sprowadzałoby się nie tyle do dokonywania odczytania rzeczywistej woli wykonawcy, ale treści specyfikacji. Nie sposób przyjąć, że taki jest sens art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego też w sytuacji, gdy oferta zawiera treści wzajemnie wykluczające się i brak jest w niej innych przesłanek, które wskazywałyby, którą z tych dwóch opcji w rzeczywistości zamierzał obrać wykonawca, to należy przyjąć, że treść oferty stoi na przeszkodzie skorzystaniu przez zamawiającego z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Treści tej nie można antycypować z ogólnych deklaracji wykonawcy dotyczących zgodności treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, czy też pism złożonych po dacie złożenia oferty, gdyż na tej zasadzie „ratowana” mogłaby być każda oferta, a wykonawca składając takie oświadczenie zabezpieczałby swoją ofertę przed jej odrzuceniem w każdym przypadku jej niezgodności ze specyfikacją. Prawidłową byłaby więc czynność zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty Wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający stał na stanowisku, że prawidłowo dokonał poprawienia oferty przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie miał wątpliwości, który termin był prawidłowy, a który błędny, jak też co do tego, że wynikał on z zastosowania pierwszej wersji formularza oferty.

Również Izba nie miała wątpliwości, że wykonawca chciał nadać ofercie treść zgodną z treścią (wymogami) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a błąd wynikał z użycia do sporządzenia oferty pierwotnego, niepoprawionego formularza oferty.

Jak Izba wskazywała wielokrotnie w swoich wyrokach, przyjęcie z góry założenia, że wykonawca celowo złożył ofertę niezgodną z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, np. starając się narzucić własny termin wykonania zamówienia, jest kompletnie nielogiczne i niezgodne z procedurą udzielania zamówień publicznych. Tym bardziej, jeśli chodzi o wykonawców od wielu lat biorących udział w postępowaniach i doświadczonych w tym zakresie, a więc doskonale wiedzących, że zaakceptowana może być tylko oferta w pełni zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Jest bowiem powszechnie znany przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym ofertę z niezgodną z wymaganiami zamawiającego bezwzględnie należy odrzucić, a zamawiający, nawet pomimo wielkich chęci, nie mógłby zaakceptować takiego zmienionego warunku realizacji zamówienia. Tym samym wykonawca jedynie niepotrzebnie poświęcałby czas na przygotowania oferty i ponosił związane z tym koszty (w tym niemałe koszty związane z wadium), co byłoby działaniem niezrozumiałym u racjonalnie działającego i profesjonalnego podmiotu.

Zatem jedynym racjonalnym założeniem jest to przyjmowane powszechnie, że wykonawca co do zasady chciał złożyć ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a ewentualne błędy w jej treści zostały popełnione przez pomyłkę. Dotyczy to zwłaszcza robót budowlanych, które muszą być wykonywane ściśle według dokumentacji projektowej.

Tym bardziej zaś nielogiczne ze strony wykonawcy byłoby składanie oferty z dwoma różnymi terminami wykonania robót.

Z tego powodu działanie wykonawcy należy zakwalifikować jako omyłkę wynikającą z użycia nieaktualnego formularza ofertowego.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Oprócz więc stwierdzenia, że rzeczywiście jest to omyłka, a nie celowe działanie wykonawcy, konieczne jest sprawdzenie, czy poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie.

Zdaniem Izby w niniejszym przypadku tak nie będzie. Izba nie ma bowiem, jak już oświadczyła powyżej, wątpliwości, że wykonawca chciał zaoferować wymagany

27-miesięczny termin wykonania zamówienia, a w jednym z dokumentów składających się na ofertę znalazł się prawidłowy termin, błąd więc dotyczy tylko jednego dokumentu. Zatem owa rozbieżność w treści oferty, która zdaniem odwołującego, dyskwalifikowała ofertę, raczej działa na jej korzyść, wskazując na niejako „pół błędu” i podkreślając, że poprawienie jednego z formularzy nie stanowi istotnej zmiany oferty.

Co do podniesionej przez odwołującego kwestii, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany treści oferty po jej złożeniu, to oczywiście jest to prawda i taka jest ogólna zasada. Jednak art. 87 ust. 1 sam w swojej treści wskazuje, że nie dotyczy to dokonywania poprawek wymienionych w ust. 2 art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. Również w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że odrzuceniu podlega oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, czyli pod warunkiem, że treści tej nie da się poprawić, aby doprowadzić ofertę do pełnej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oczywiście w tym celu należy ustalić treść specyfikacji, a poprawianie omyłki zawsze będzie niejako „uzgadnianiem” treści obu tych dokumentów – na tym właśnie owo poprawienie polega.

W związku z powyższym Izba uznała, że działanie zamawiającego polegające na zakwalifikowaniu zastanego stanu faktycznego jako omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i poprawieniu jej, było prawidłowe. Jest to zresztą, jak słusznie wskazał zamawiający, jedna z najbardziej klasycznych i najczęściej pojawiających się i poprawianych omyłek tego typu.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że pomimo podzielenia przez odwołującego owego zarzutu na dwa podpunkty i wskazania dwóch przepisów, w rzeczywistości jest to jeden zarzut, gdyż wiadome jest, że zgodnie z obowiązującymi zasadami nie odrzuca się oferty ze względu na stwierdzenie w niej rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4) bez wcześniejszego przeprowadzenia procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 57.877.512,49 zł brutto na podstawie kosztorysów inwestorskich. W postępowaniu zostało złożonych sześć ofert z cenami brutto kolejno: SKANSKA S.A. 40.555.624,73 zł, Budimex S.A. 46.314.271,96 zł,

konsorcjum IDS-BUD 46.391.761,16 zł, Eurovia Polska 46.432.305,32 zł, MAX Bögl Polska 51.482.770,86 zł, Strabag Infrastruktura Południe 51.771.325,00 zł.

Odwołujący podkreślił, że z zestawienia tego wynika, iż oferta SKANSKA S.A. jest niższa od wartości zamówienia o 29,93% oraz o ok. 14% od ceny odwołującego oraz cen kolejnych dwóch wykonawców (ceny na poziomie 46 mln zł), które mogą być uznane za odzwierciedlenie „ceny rynkowej” niniejszego zamówienia, przy czym różnica pomiędzy ceną oferty SKANSKA S.A. a średnią arytmetyczną cen złożonych ofert wynosi 5.367.792 zł, zaś średnią cen pozostałych złożonych ofert (nie wliczając SKANSKA) 6.441.351,47 zł.

Zdaniem odwołującego okoliczności niniejszego postępowania dowodzą, że cena oferty SKANSKA S.A. powinna była wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do jej rynkowego charakteru.

Odwołujący wskazał w szczególności, że analiza cen jednostkowych zaoferowanych przez SKANSKA S.A. za wykonanie prac składających się na przedmiot zamówienia wskazuje, że źródłem wskazanej różnicy cen ofert jest różnica w cenie jednostkowej za wykonanie robót, o których mowa w tomie 3.1. „Nawierzchnia dróg kołowania”, różnica ta wynosi bowiem 5.445.814 zł. Przy tym są to głównie prace dotyczące robót związanych z: odprężeniem istniejącej płyty betonowej, wykonaniem warstwy SAMI oraz wykonaniem warstw bitumicznych. Wartość tylko tych trzech rodzajów robót stanowi ok. 82% wartości prac opisanych w tomie 3.1. i jednocześnie ok. 60% kosztów wykonania zamówienia jako takiego (w przypadku oferty SKANSKA S.A. cena za wykonanie tych robót wynosi 20.249.515,85 zł netto przy cenie ofertowej 32.972.052,63 zł netto, w przypadku odwołującego cena za wykonanie tych robót wynosi 26.298.853,72 zł netto przy cenie ofertowej 37.663.392,32 zł netto). Z tego względu zakres tych prac i koszt ich wykonania przez SKANSKA S.A. powinien zostać sprawdzony przez zamawiającego w celu potwierdzenia, czy oferta SKANSKA S.A. nie nosi znamion rażąco niskiej ceny.

Izba dopuszcza możliwość badania w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych poszczególnych cen jednostkowych, a zasadność i celowość analiz cen jednostkowych za poszczególne zadania (roboty) jest tym bardziej istotne z uwagi na fakt, że to właśnie ceny jednostkowe są rzeczywistymi cenami do zapłaty. Takie stanowisko uzasadnia specyfika zamówienia i nieznaną rzeczywisty zakres prac w powiązaniu z wynagrodzeniem opartym na obmiarze za każde zadanie uzasadnia.

Suma różnic wynikających z kalkulacji oferty SKANSKA S.A. a pozostałych ofert to 2.479 290,04 zł. (roboty bitumiczne) + 858.154 zł (ułożenie warstwy SAMI) + 1.503.927 zł (odprężenie istniejącej płyty) = 4.841.371 zł netto.

Zdaniem odwołującego nie sposób przyjąć, by koszty wykonania wskazanych powyżej robót SKANSKA S.A. mogła ująć w kosztach wykonania innych robót, skoro koszty te są skalkulowane na poziomie bardzo zbliżonym do cen konkurentów. Powyższe bezspornie

dowodzi, że oferta SKANSKA S.A. jest niedoszacowana w głównym zakresie prac wynikających z dokumentacji projektowej oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Różnica w zakresie prac dla tomu 3.1 „Nawierzchnia dróg kołowania” stanowi *de facto* różnicę pomiędzy ofertą SKANSKA S.A. a średnią cen pozostałych ofert dla tego samego zakresu. Okoliczność ta powoduje, że zamawiający powinien był wezwać SKANSKA S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, żądając udowodnienia przez tego wykonawcę, że zawarł w cenie wszystkie koszty związane z realizacją zadania, w tym koszty materiałów, robocizny oraz sprzętu dla wskazanego zakresu robót.

Izba uznała powyższy zarzut odwołującego za uzasadniony stwierdzając, że w zaistniałym w postępowaniu stanie faktycznym zamawiający powinien był wezwać wykonawcę SKANSKA S.A. do wyjaśnień dotyczących ceny, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi: „1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”

Zdaniem Izby różnica pomiędzy cenami firmy SKANSKA S.A. (40.555.624,73 zł), a cenami kolejnych ofert – pomijając już nawet owe dwie najdroższe o wartości ponad 51 milionów – wyjątkowo ze sobą zbieżnych i opiewających na ponad 46 milionów złotych, tj. 46.314.271,96 zł, 46.391.761,16 zł i 46.432.305,32 zł, jest na tyle duża, że powinna stanowić dla zamawiającego wyraźny znak, że należy jej się przyjrzeć dokładniej. Pomędzy cenami tymi, zdaniem Izby, jest tak wyraźny dysonans, że zamawiający nie może przejść nad nim do porządku dziennego bez żadnych wątpliwości i wyjaśnień.

To, że – jak stwierdził zamawiający – różnica pomiędzy średnią cen ofert a ofertą SKANSKA S.A. to „tylko” 14%, a pomiędzy tą ceną a wartością zamówienia „tylko” 29,93% (a nie całe 30%), nie stanowi usprawiedliwienia dla braku działania ze strony zamawiającego.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego – być może kilkanaście procent wydaje się liczbowo dość małą wartością, ale różnica 6 milionów przy cenie rzędu 40 milionów, to już nie „tylko” sześć milionów – relatywnie jest to dość duża kwota.

Podobnie wskazanie, że różnica 29,93% jest różnicą „tylko” o takiej wartości, podczas, gdy różnica 30% byłaby już różnicą „aż” 30%, nie ma żadnego logicznego uzasadnienia. Liczbowo jest to bowiem niewielka różnica. Owszem, ustawodawca wskazał 30%, bo jakąś wartość progową musiał przyjąć jako obowiązkową, jednak nie oznacza to, że poniżej tej wartości zamawiający jest zwolniony od samodzielnej analizy ofert.

Należy przypomnieć, że treść art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych brzmi: „jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia (...), w szczególności jest niższa o 30% od (...) zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień...” Treść ta, chociaż językowo jest bardziej skomplikowana od poprzedniej wersji tego przepisu, w istocie oznacza tę samą konstrukcję (poza wskazaniem konkretnej granicy, po przekroczeniu której zamawiający co do zasady nie może odstąpić od żądania wyjaśnień).

W skrócie – zamawiający zwraca się o wyjaśnienia w przypadku, kiedy cena oferty „jest podejrzenie niska”, przy przyjęciu kryteriów w miarę zobiektywizowanych „rozsądnie myślącego profesjonalisty”. Przy czym w przypadku, kiedy zamawiający, kierując się logiką i doświadczeniem życiowym, takie podejrzenia powinien był powziąć, nie może tłumaczyć się, że „mu się tak nie wydawało” i „nie powziął wątpliwości”. Każdy bowiem zamawiający subiektywnie może prezentować inny poziom ufności oraz braku strachu o prawidłowe wykonanie zamówienia, jednak jego działanie zawsze będzie rozpatrywane i oceniane jako prawidłowe lub nieprawidłowe przy zastosowaniu zobiektywizowanej i uśrednionej miary.

W niniejszym stanie faktycznym, jak Izba wskazała już powyżej, pomiędzy ceną oferty SKANSKA S.A., a pozostałymi ofertami widać duży dysonans, którego zamawiający nie mógł przeoczyć i zignorować bez żadnych wyjaśnień.

Co do samej konstrukcji zarzutu – odwołujący w sformułowanym zarzucie, jak i podnoszonej argumentacji skupił się na cenach jednostkowych, jednak Izba uznała, że sam zarzut dotyczy nie tylko wskazanych, wybranych pozycji, lecz ceny całej oferty, a odwołujący pozycje te wymienił (jak też globalnie kosztorys tom 3.1 „Nawierzchnia dróg kołowania”) jako jego zdaniem najbardziej „podejrzone” o ewentualne zaniżenie ceny – z niego bowiem wynika owa sześciomilionowa różnica cen.

Podczas rozprawy zamawiający ani SKANSKA S.A. nie przedstawiali stanowiska przeciwnego, tj. dowodzili, że ceny wskazanych pozycji nie są zaniżone, ale nie polemizowali z tym, że pozostałe cztery kosztorysy są u wszystkich wykonawców podobne, a główna różnica cen wynika z kosztorysu „Nawierzchnia dróg kołowania”.

W kwestii cen jednostkowych, którą poruszył odwołujący, dla porządku Izba pragnie wskazać, że oczywiście obowiązuje tu ogólna zasada, iż ocenia się całą cenę oferty – i ta globalna cena oferty SKANSKA S.A. różni się znacząco od globalnych cen innych ofert.

Cen jednostkowych nie rozpatruje się pod kątem rażąco niskiej ceny w tym znaczeniu, że ewentualne zaniżenie poszczególnych (pojedynczych lub niektórych) pozycji kosztorysu nie stanowi samo w sobie powodu do odrzucenia oferty, jeśli cena globalna jest odpowiednio wysoka (choć w specyficznych stanach faktycznych może być odmiennie). Jednak nie można zapominać o tym, że cena globalna jest sumą cen jednostkowych, zatem jest od nich ściśle zależna, zwłaszcza przy rozliczeniu kosztorysowym – i nie można jej rozpatrywać nie odnosząc się do cen jednostkowych. Podobnie nie można przeprowadzić wyjaśnień dotyczących kosztorysu nie odnosząc się do poszczególnych pozycji kosztorysowych.

Jeśli chodzi o samo wezwanie do wyjaśnień, Izba podkreśla, że nie może ono polegać na ogólnym przytoczeniu treści art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak zwykła to robić większość zamawiających, lecz powinno ono zawierać już w miarę konkretne wskazania dla wykonawcy co do zakresu wyjaśnień odnoszące się m.in. do poszczególnych pozycji kosztorysu. Zwłaszcza że zamawiający dysponuje obszernymi kosztorysami, które jeszcze przed wezwaniem może poddać analizie.

Przygotowując wezwanie zamawiający może oczywiście skorzystać ze spostrzeżeń odwołującego, jak i wskazać własne.

Wyjaśnienia te nie muszą też być jednoetapowe, gdyż z praktyki wiadomo, że często pytania i wątpliwości rodzą się w wyniku otrzymywania kolejnych informacji.

Jeśli chodzi o przedstawianie dowodów, to Izba zwraca uwagę, że nie powinno się wymagać od wykonawcy dowodów ogólnie „na wszystko” (dotyczących wszystkich pozycji kosztorysu czy kosztorysu ogólnie), tylko na konkretne okoliczności, co do których same wyjaśnienia są niewystarczające i powinny być poparte innymi dokumentami.

Izba podkreśla też, że oferta nie jest zobowiązaniem, którego treść ma znaczenie jedynie na moment upływu terminu składania ofert, lecz takim, z którego wykonawca będzie się musiał wywiązać w całym okresie realizacji umowy, powinna więc to w swojej treści uwzględniać.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

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. 2 pkt 1 i ust. 4 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: