

Sygn. akt: KIO 1377/12

WYROK

z dnia 11 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 lipca 2012 r.** przez wykonawcę - konsorcjum firm: **ZUE Spółka Akcyjna (lider) ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Gmina Miasta Kraków - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków,**

przy udziale wykonawcy: **Budimex Spółka Akcyjna, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

- 1.1. Kosztami postępowania obciąża odwołującego konsorcjum firm: **ZUE Spółka Akcyjna (lider) ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,**
- 1.2. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: konsorcjum firm: **ZUE Spółka Akcyjna (lider) ul. Czapińskiego 3, 30-048**

Kraków, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem kierowania ruchem w Krakowie,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE z dnia 17 lutego 2012 r. nr 2010/S 33-052096 ze zmianami), w dniu 2 lipca 2012 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę konsorcjum firm: ZUE Spółka Akcyjna (lider) w Krakowie, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna w Warszawie, w kopii przekazane w terminie ustawowym zamawiającemu.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności zamawiającego Gminy Miasta Kraków – Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, tj. wyboru oferty wykonawcy Budimex S.A., o czym odwołujący został powiadomiony faksem w dniu 21 czerwca 2012 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), dalej ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp przez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż oferta złożona przez firmę Budimex S.A. nie jest ofertą z rażąco niską ceną, a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2003 Nr 153 poz. 1503), przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A. pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez bezprawne, bezzasadne i błędne uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez Budimex S.A. potwierdzają, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską;
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w niniejszym postępowaniu;
- 5) art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez wadliwe przyjęcie, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki ustawowe.

6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) udostępnienia odwołującemu wyjaśnień wykonawcy Budimex S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami,
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Budimex S.A. oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że w pkt. 25.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił, że jedynym kryterium oceny ofert będzie cena (100%). Bezpośrednio przed otwarciem ofert (dnia 7 maja 2012 r.) zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia - 211 925 000,00 zł brutto. W dniu 7 maja b.r. odwołujący złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 171 424 045,07 zł. brutto. Dnia 16 maja 2012 roku odwołujący otrzymał od zamawiającego pierwsze zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą została wówczas uznana oferta złożona przez Strabag Sp. z o.o. z ceną 127 886 729,64 zł brutto. Szacunkowa wartość zamówienia wskazana w pkt. II.2.1) ogłoszenia o zamówieniu, powiększona o podatek VAT wynosi, po odliczeniu przewidzianych w pkt 8 SIWZ zamówień uzupełniających, 208 860 345 zł. Ponadto zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę 211 925 000,00 zł. Odwołujący wyjaśniał, że po zmianie w dniu 13 kwietnia 2012 r. zakresu przedmiotu zamówienia, wartość brutto przedmiotu zamówienia wyniosła według zamawiającego 180 056 027,92 zł. Cena zaproponowana przez Strabag Sp. z o.o. była ceną rażąco niską, co potwierdził wyrok KIO wydany w sprawie KIO 1078/12 i 1081/12. Druga w kolejności ceny oferta - złożona przez Budimex S.A. podaje cenę 139 441 435,18 zł brutto tj. o 33% niższą od szacowanej wartości zamówienia i jest to w przekonaniu odwołującego również cena rażąco niska. W związku z wyrokiem KIO w połączonych sprawach sygn. akt KIO 1079/12 i KIO 1081/12, zamawiający unieważnił czynność wyboru ofert wykonawcy Strabag Sp. z o.o. i tę ofertę odrzucił. Wezwał do wyjaśnień wykonawcę Budimex S. A. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokonał ponownego wyboru - jako najkorzystniejszą ofertę wskazując złożoną przez Budimex S. A. W ocenie odwołującego, ceny oferty pierwszej Strabag Sp. z o.o. –

odrzuconej z powodu rażąco niskiej ceny i drugiej Budimex S. A. – są do siebie bardzo zbliżone, a znacząco odbiegają od szacowanej wartości zamówienia i nie mieszczą się w przyjętej i dopuszczalnej granicy zróżnicowania cen ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców i jako takie stanowią przejaw niedopuszczalnego w dziedzinie zamówień publicznych naruszenia uczciwej konkurencji. Odwołujący podał, że różnica cen ofert w stosunku do trzeciej oferty odwołującego – w przypadku oferty Budimex S.A. wynosi około 19%, zaś w stosunku do czwartej oferty – około 23%. Odwołujący w tabeli przedstawił porównawczo różnice między cenami złożonych ofert, odnosząc je do kwoty brutto, jaką zamawiający podał na otwarciu ofert – jako przeznaczoną w zamierzeniach na sfinansowanie zamówienia, tj. 211 925 000,00 zł. Odwołujący zwracał uwagę na niewielką różnicę między ceną oferty Budimex S.A. a ceną oferty Strabag Sp. z o.o., w kontekście uznania przez Izbę tej ostatniej za rażąco niską. Odwołujący kategorycznie stwierdził, że oferta Budimex S.A. zawiera rażąco niską cenę, co zostało potwierdzone wyrokiem KIO 1079/12 i KIO 1081/12. Powołał się na utrwalone poglądy orzecznictwa, że rażąco niska cena - to cena niewiarygodna, nierealistyczna, niepozwalająca na zrealizowanie przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący należyte jego wykonanie. Cena rażąco niska - to cena, która nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, przez co budzi wątpliwości, co do zgodności z zasadami konkurencji oraz co do możliwości należytego wykonania zamówienia. W tym kontekście wybranie przez zamawiającego oferty o około 19 % tańszej niż oferta odwołującego i ok. 33 % tańszej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także o 23% tańszej od wartości ustalonej przez zamawiającego po zmianie kosztorysu inwestorskiego, pozwala na postawienie jej zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący podnosił, że szczególną uwagę należy zwrócić nie tylko na procentowe różnice między kwestionowaną ofertą a wartością oszacowaną przez zamawiającego z należytą starannością. Przy różnicach w wyżej wymienionych kwotach sięgających kilkudziesięciu milionów złotych, niedoszacowanie ceny oferty - stanowi realne zagrożenie dla możliwości realizacji umowy. Wybór oferty Budimex S.A. jako najkorzystniejszej, pomimo, iż wykonawca ten nie udowodnił w swoich wyjaśnieniach, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, spowoduje, iż wykonanie zamówienia będzie odbywało się poniżej kosztów wykonania roboty budowlanej. Odwołujący utrzymywał, że cena oferty Budimex jest ceną nierzetelnie skalkulowaną, co nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia, stanowiąc podstawę do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący twierdził, że zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. Nie budziło wątpliwości odwołującego, iż cena

zaproponowana przez Budimex S.A. w sposób rażąco odbiega od wartości szacunkowej zamówienia. Podobny wniosek płynie z porównania cen wymienionej oferty z pozostałymi ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu. Cena ofertowa zaproponowana przez Budimex S.A., zgodnie z powołanym wyżej wyrokiem KIO dotyczącym niniejszego postępowania, jak przekonywał odwołujący - jest ceną rażąco niższą od wyceny zamawiającego oraz jest ceną nieporównywalną z cenami innych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Odwołujący podnosił również, że cena ofertowa za jaką Budimex S.A. oferuje realizację zamówienia, jak orzekła KIO - w odniesieniu do tej konkretnej oferty wykonawcy, odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień, również jest ona bardzo zbliżona do ceny wykonawcy Strabag, która została uznana za rażąco niską. Oznacza to, iż wykonawca ten zaoferował zrealizowanie zamówienia poniżej kosztów jego wykonania (ze stratą). Odwołujący nadmienił, iż podczas poprzedniej rozprawy dotyczącej niniejszego postępowania (KIO 1079/12;1081/12), odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenia, zgodnie z którymi ceny te są poniżej kosztów minimalnych. Uwzględnienie natomiast odwołania przez Izbę, wskazuje że ceny te rzeczywiście zakładają wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Działanie takie jest niezgodne z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący przytoczył fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 867/11, iż: *„Dla ostatecznego stwierdzenia lub zaprzeczenia faktu wystąpienia rażąco niskiej ceny znaczenie ma kalkulacja ceny badanej oferty - wynika to wyraźnie z opisu procedury wyjaśnień zawartej w art. 90 p.z.p. Przy tym nie ma znaczenia, czy cena jest ceną ryczałtową, czy kosztorysową lub fakt, że przy innych kontraktach przedsiębiorca odnotowuje znaczące zyski, gdyż istotna jest cena danej oferty w stosunku do danego przedmiotu zamówienia.”* Odwołujący argumentował, że nawet przy najbardziej korzystnych cenach na rynku, najlepszych umowach z dostawcami, Budimex S.A. nie jest w stanie wykonać tych robót przy takim poziomie cen. Oznacza to, że kwestionowana oferta zawiera cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Powyższe dowodzi, że Budimex S.A. nie daje gwarancji należytego, rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, a zatem stanowi ewidentne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. Ponadto, odwołujący podnosił, iż wyliczenia kosztów, dotyczące poszczególnych branż stanowiących elementy przedmiotu zamówienia wskazują, że złożenie oferty przez Budimex S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z przedmiotowym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu

w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Cenę oferty Budimex S.A. uznał za nie tylko znacznie niższą od wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez zamawiającego i ofert konkurencji, ale również zarzucał, że cena ta w całości, jak i jej pojedyncze elementy wskazane w Tabeli Elementów Rozliczeniowych pozycji zostały określone poniżej rynkowych kosztów ich wykonania. Artykuł 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, prowadzących do zaniżenia ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę albo sprzedawcy straty. Odwołujący powoływał się na dokonane wyliczenia, które wskazują, iż oferta Budimex S.A. została wyceniona nie tylko bez uwzględnienia zysku i kosztów pośrednich, ale poniżej wartości materiałów niezbędnych do wykonania zadania w danej pozycji. Odwołujący zaznaczał, iż przedmiotem postępowania przed KIO w sprawach sygn. akt KIO 1079/12 i 1081/12 była już ocena oferty Budimex S.A. i wyrokiem z dnia 6 czerwca 2012 r. Izba orzekła „*że zamawiający obowiązany był również żądać wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny od wykonawcy Budimex, ponieważ cena zaoferowana przez tego wykonawcę w sposób istotny odbiega od wartości zamówienia i ofert innych wykonawców*”, ustanawiając tym samym domniemanie prawne (praesumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia w ofercie Budimex S.A. Dlatego też na obecnym etapie, zdaniem odwołującego - rozważeniu podlega jedynie fakt, czy wykonawca Budimex S.A. w swoich wyjaśnieniach obalił powyższe domniemanie i udowodnił, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Odwołujący utrzymywał, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawca Budimex S.A. nie wykazał realności ceny swojej oferty. Odwołujący przytoczył fragment wezwania zamawiającego do wykonawcy Budimex o treści: „*W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tego przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowanej rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia oraz stosowne dowody, o których mowa powyżej należy przesłać...*” Odwołujący zarzucał, że zamawiający bezkrytycznie i bezrefleksyjnie przyjął pismo z wyjaśnieniami firmy Budimex S.A., uznając bezprawnie, iż

wykonawca ten udowodnił brak rażąco niskiej ceny w swojej ofercie. Zwracał uwagę, iż odstęp czasowy pomiędzy wpłynięciem przedmiotowego pisma do zamawiającego a ogłoszeniem wyboru oferty najkorzystniejszej nie przekroczył 3 godzin. Ponadto, jak wynika z uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dopatrywał się w piśmie Budimex S.A. obiektywnych czynników wpływających na wysokość ceny, na które wykonawca ten w wyjaśnieniach w ogóle się nie powołuje, tj.:

- oszczędność metody wykonania zamówienia;
- wybrane rozwiązania techniczne;
- oryginalność projektu wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie dokonał analizy złożonych przez Budimex S.A. wyjaśnień i jeśli w ogóle, to zapoznał się z nimi jedynie pobieżnie. Natomiast zgodnie z orzecznictwem: „*W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od Wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty*” (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09). Odwołujący przekonywał, że wyjaśnienia Budimex S.A. nie udowadniają w żaden sposób braku rażąco niskiej ceny w ofercie. Przede wszystkim wiele wskazywanych przez Budimex S.A. czynników mających wpływ na wysokość ceny nie zachodzi w rzeczywistości lub są to czynniki dostępne dla wszystkich wykonawców składających oferty w niniejszym postępowaniu, a więc nie mogące mieć wpływu na obniżenie ceny, a zamawiający w ogóle nie zweryfikował otrzymanych wraz z wyjaśnieniami informacji, bezkrytycznie je przyjmując. Ponadto, szereg okoliczności, na które w swoich wyjaśnieniach powołuje się Budimex S.A. stanowią tylko oświadczenia i nie zostały w żaden sposób udowodnione. Budimex S.A. nie zastosował się do zaleceń zamawiającego i nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący zauważył, iż wyjaśnienia Budimex S.A. dotyczą tylko części drogowej (autostradowej), a przedmiotem zamówienia nie jest budowa drogi, tylko modernizacja linii tramwajowej i budowy podstacji trakcyjnej, ponadto wartość robót drogowych wynosi jedynie 24,49% wartości całej oferty Budimex S.A. Stąd należy uznać, że wyjaśnienia Budimex S.A. nie odnoszą się do ceny oferty, a jedynie do jej części. Nadto wskazywanie pojedynczych pomyłek w kosztorysie inwestorskim - nie stanowi dowodu na realność ceny oferty Budimex S.A., świadczy jedynie o tym, że w kosztorysie znajdują się pomyłki. Za bezprzedmiotowy uznał również wywód dotyczący nierealności kalkulacji cen na podstawie katalogów nakładów rzeczowych oraz informacji o cenach według cennika Sekocenbudu, co nie stanowi żadnego dowodu na realność cen zaoferowanych przez Budimex S.A., a ponadto nie jest zgodny z prawdą bowiem ww. publikacje są systematycznie aktualizowane a

dodatkowo Sekocenbud obejmuje trzy poziomy cen, tj. minimalne, średnie i maksymalne. Przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „jeśli zamawiający dokonał wezwania w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. - ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy (...). Art 90 ust 3 p.z.p. nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli w wyniku badania ofert zamawiający uzna, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w ogóle nie zostały złożone. W takim przypadku obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1pkt 4 p.z.p. w związku z art. 90 ust 3 p.z.p." (KIO/UZP 1066/09). Powyżej wskazana sytuacja zaistniała w związku z wyjaśnieniami złożonymi przez Budimex S.A, które odwołujący uznał za zbyt ogólne, nie zawierające elementów wymaganych zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oraz nie przedstawiające żadnych dowodów na potwierdzenie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Stąd wywiódł wniosek, że wyjaśnienia te należy uznać za niezłożone, a oferta Budimex S.A. podlega odrzuceniu. Nie można bowiem dopuścić do sytuacji, w której zamawiający decyduje o wyborze oferty z rażąco niską ceną, przyjmując jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy za prawdziwe i wystarczające. Odwołujący przypisywał wykonawcy Budimex S.A. celowe zaniżenie ceny poniżej wartości wykonania roboty budowlanej - aby pozbawić pozostałych uczestników postępowania możliwości uzyskania zamówienia, którzy należycie kalkulują ceny swoich ofert i oferują wykonanie zamówienia za ceny realne. Takie działanie nie stanowi dozwolonej na rynku walki cenowej między przedsiębiorcami, a zatem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaznaczał, że zamawiający bezprawnie uznał, iż złożone w wykonaniu wyroku KIO wyjaśnienia Budimex S.A. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonując wyrok KIO, zamawiający w dniu 19 czerwca 2012 r. zwrócił się do Budimex S.A. o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które otrzymał 21 czerwca 2012 r. Na prośbę odwołującego o wgląd do wyjaśnień, zamawiający udostępnił jedynie tekst pisma, utajniając załączniki, pomimo tego że Budimex nie utajnił wszystkich załączników. W ocenie odwołującego, takie działanie jest bezprawne i ma na celu jedynie ograniczenie uczciwej konkurencji i utrudnienie odwołującemu skorzystania ze środków ochrony prawnej z uwagi na fakt, iż załączniki te nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważył, iż jawność postępowania wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jest generalną zasadą udzielania zamówień publicznych, zgodnie z którą „postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne”. Zgodnie zaś z dyspozycją art. 8 ust. 3 ustawy Pzp „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4". Obowiązkiem zamawiającego – jaki twierdził odwołujący – jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak więc zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanne ogółowi osób. Odwołujący zarzucał, że w przedmiotowej sytuacji nie doszło do przeprowadzenia tych czynności w sposób prawidłowy. Ponadto, zauważył iż wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny powinny zawierać kalkulację cenową lub inny opis składników, wchodzących w skład ceny, a zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp informacja o cenie jest informacją jawną - wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Mając na uwadze powyższe zarzucał, że zamawiający zaniechał odtajnienia całości wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawcy Budimex z naruszeniem przepisów prawa oraz, że wyjaśnienia te podlegają odtajnieniu w całości wraz z załącznikami. Zamawiający - nie odrzucając oferty złożonej przez Budimex S.A., pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów Pzp pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 lipca 2012 r. do postępowania odwoławczego w terminie ustawowym, tj, dnia 6 lipca 2012 r. zgłosił przystąpienie wykonawca wybrany Budimex S.A., z kopią przystąpienia przekazaną stronom, który wnosił o utrzymanie czynności zamawiającego wyboru jego oferty.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Budimex S.A. do udziału w sprawie po stronie zamawiającego, gdyż jego interes w popieraniu stanowiska zamawiającego należało uznać za niewątpliwy.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania w odpowiedzi z dnia 6 lipca 2012 r. żądał po pierwsze odrzucenia odwołania, a w razie nie uwzględnienia wniosku

formalnego wnosił o oddalenie odwołania z przyczyn merytorycznych.

Zamawiający wskazywał, iż zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w sprawie poprzedniego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu, tj. w wyroku z dnia 6 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1078/12 i KIO 1081/12, co w ocenie zamawiającego – odwołujący przyznał – pisząc, iż przedmiotem postępowania w ww. sprawach była już cena oferty Budimex. Zamawiający dodał, że pierwsze wyjaśnienia Budimex-u praktycznie pokrywają się z drugimi wyjaśnieniami, wykazującymi brak symptomów rażąco niskiej ceny tej oferty. Wykonawca Budimex tak za pierwszym, jak za drugim razem przedstawił argumentację realistycznego skalkulowania ceny złożonej oferty. Zamawiający zaznaczył, że odwołanie podlega odrzuceniu, albowiem dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Wspomniał, że w przypadku nie odrzucenia odwołania – „nagłośni sprawę,” gdyż *„zamówienia publiczne nie mogą być w nieskończoność blokowane przez tego samego wykonawcę bądź przez niejednoznaczne lub enigmatyczne wyroki KIO.”*

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów podanych w odwołaniu - w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy zamawiający zajął następujące stanowisko.

Wyjaśniał, iż w innym przetargu na budowę linii tramwajowej, organizowanym przez zamawiającego, odwołujący w wyniku aukcji obniżył cenę swojej oferty z 194 300 000,00 zł na 150 000 000,00 zł. brutto, podczas gdy wartość szacunkowa zamawiającego wynosiła 189 391 815,90 zł. Mimo to odwołujący realizuje wspomniane zamówienie bez przeszkód. Zamawiający podnosił, że konkurencja na trudnym obecnie rynku zamówień publicznych wymusza obniżki cen. Badaniu w zakresie rażąco niskiej ceny podlega cena oferty, a nie poszczególne składniki tejże ceny. Samo porównanie wysokości cen oferowanych - nie uzasadnia stwierdzenia, że cena jest rażąco niska i niewiarygodna. Stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnianie dostępu do rynku innym podmiotom, i że ceny zostały podane niżej kosztów wytworzenia. Zamawiający na poparcie swoich twierdzeń przytoczył wyroki Krajowej Izby Odwoławczej KIO 860/11; KIO 865/11 z dnia 5 maja 2011r., że *„okoliczność, iż oferty złożone w przetargu zawierają ceny poniżej wartości zamówienia nie dowodzi braku wiarygodności.”* Badaniu w zakresie rażąco niskiej ceny podlega cena oferty a nie poszczególne składniki tejże ceny. Samo porównanie wysokości cen oferowanych za wykonanie zamówienia nie uzasadnia stwierdzenia, iż

cena jest rażąco niska, tj. niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia. Stwierdzenie takich różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym wykonawcom, i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia (wyrok KIO/UZP 287/10 z dnia 25 marca 2010 r.). Jakkolwiek zaproponowane ceny ofertowe należy odnieść w pierwszej kolejności do wartości przedmiotu zamówienia, to jednak: *„okoliczność, że oferty złożone w przetargu zawierają ceny poniżej wartości zamówienia nie dowodzi braku wiarygodności wartości zamówienia”* (wyroki KIO 860/11 i 865/11 z dnia 5 maja 2011 r.). Wykonawca może przedstawić cenę oferty dalece odbiegającą od pozostałych cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podał przed otwarciem ofert. Powyższe wynika z faktu, iż są to liczby wynikające zwłaszcza z obliczeń przeprowadzonych w różnym czasie oraz przez inne podmioty i w innych celach a także z uwzględnieniem innych czynników (wyrok KIO 2697/10 z dnia 4 stycznia 2011r.). *Nie można zapominać, iż przedsiębiorca jest uprawniony do samodzielnej kalkulacji ceny ofertowej i dokonuje jej na własne ryzyko. Swoboda ustalenia ceny jest jednym z instrumentów konkurencji rynkowej, a zamawiający nie może bez podstawy prawnej wkraczać w tę swobodę* (wyrok KIO 281/11 z dnia 23 lutego 2011 r.).

Zamawiający zaznaczył, iż przyjmując złożone przez Budimex S.A. wyjaśnienia uznał je za prawidłowe, rzetelne, konkretne oraz spójne. Ocena wyjaśnień rozwiązała wszelkie wątpliwości zamawiającego – jakoby cena Budimex-u była rażąco niska.

Subiektywne przekonanie odwołującego, że wyjaśnienia te są nieprawidłowe i nierzetelne, zamawiającego nie przekonały, aby je zdyskwalifikować i odrzucić kolejną najtańszą ofertę.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia przedmiotowych wyjaśnień, zamawiający wywodził, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień Budimex-u uznał, za prawidłowe objęcie ochroną przedstawionych danych - w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ochronie bowiem powinna podlegać taka informacja, która jest w wystarczającym stopniu skonkretyzowana i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej wykonawców. Do wyjaśnień zostały dołączone oferty dostawców i podwykonawców, które zostały uwzględnione przez Budimex przy

opracowaniu części cenowej oferty, zatem stanowią wyraz polityki cenowej zakładanej przy realizacji inwestycji. Budimex składając wniosek o zachowanie poufności tych danych – informował o podjętych działaniach ograniczających dostęp do zastrzeżonych informacji ze strony podmiotów nieuprawnionych. W ocenie zamawiającego przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione – dlatego też odmówił odwołującemu wglądu dokumentu obrazującego sposób rozbicia ceny ofertowej. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17 października 2008 r. KIO/UZP 1068/08: „*wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, mogących wiązać się z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa może skutecznie zastrzec ich poufność w momencie składania.*” Zamawiający przytoczył uzasadnienie firmy Budimex na rzecz zachowania w poufności danych, które uczynił przedmiotem zastrzeżenia w oparciu o art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W szczególności 26 stron załączników zawierających oferty podwykonawców lub dostawców lub kosztorysy ofertowe obejmujące zastrzeżone ceny jednostkowe, które nie były wymagane przez zamawiającego, a przedstawiają wartość gospodarczą dla wykonawcy Budimex – o czym informował on w piśmie z dnia 21.06.2012 r. Zamawiający podał, że udostępnił dokumenty niezastrzeżone – tj. tabelę porównawczą, 1 strona, 3 stron wyciągu z kosztorysu inwestorskiego, a także załącznika do wyjaśnień (tabela) z zastrzeżeniem kolumny 4 oferty podwykonawców i kolumny 5 nazwa podwykonawców.

Zamawiający podkreślał, że odwołujący „operuje kwotami w niniejszym zamówieniu” na swoją korzyść – myśląc szacunkową wartość wraz z przewidywanymi zamówieniami uzupełniającymi, wartość szacunkową przed korektą zakresu zamówienia do wykonania, kwotą odczytaną bezpośrednio przed otwarciem ofert jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz wartość szacunkową po dokonanej korekcie.

Zamawiający podnosił, że pierwotny szacunkowy budżet przeznaczony na realizację zadania planowany był na kwotę 173.709.016,39 zł. netto i obejmował on realizację inwestycji z podziałem na trzy zadania:

- 1) *zadanie nr I. Przebudowa ciągu tramwajowego na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II - Plac Centralny o długości ok. 6,5 km podwójnego toru, wraz z systemem sterowania ruchem, przebudową ciągu drogi oraz niezbędną budową i przebudową towarzyszącej infrastruktury technicznej,*
- 2) *zadanie nr II. Rozbudowa skrzyżowania ulic Lema - Meissnera – Al. Jana Pawła II wraz z budową ekranów akustycznych oraz niezbędną budową, przebudową towarzyszącej infrastruktury technicznej,*
- 3) *zadanie nr III. Budowa stacji prostownikowej trakcyjnej „Wieczysta” wraz z sieciami energetycznymi, trakcyjnymi, słupami trakcyjnymi i przyłączami do budynku stacji oraz budową linii kablowej zasilającej 15kV.*

Jednakże w dniu 13 kwietnia 2012 r. zamawiający dokonał zmiany zamówienia poprzez określenie go jako dwóch zadań: dotychczasowego zadania nr I, które zostało podzielone na punkty A i B oraz zadania nr III. Z zamówienia zostało wyłączone zadanie nr II - *Rozbudowa skrzyżowania ulic Lema - Meissnera - Al, Jana Pawła II wraz z budową ekranów akustycznych oraz niezbędną budową i przebudową towarzyszącej infrastruktury technicznej*, Wyłączenie z zamówienia jednego zadania doprowadziło także do zmiany szacunkowej wyceny zamawiającego na kwotę 148.387.014,57 zł. netto (180.056.027,92 zł. brutto). Zamawiający zaznaczał, że ta właśnie kwota zmniejszona winna być punktem odniesienia - jako aktualna wycena zamawiającego obejmująca zakres zamówienia do wykonania.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba nie podzieliła poglądów zamawiającego, iż zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w sprawie poprzedniego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu, tj. w wyroku z dnia 6 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1078/12 i KIO 1081/12, co w ocenie zamawiającego – odwołujący przyznał – pisząc, iż przedmiotem postępowania w ww. sprawach była już cena oferty Budimex-u. Niewątpliwie zamawiający wykonał czynność ponownego wezwania Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień, natomiast Izba w sprawie KIO 1078/12 i KIO 1081/12 nie rozpoznała zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Budimex, uznając, iż działanie takie byłby przedwczesne – skoro pierwsze wezwanie do wyjaśnień dotyczących ceny oferty tego wykonawcy było wadliwe i podlegało unieważnieniu. Izba przesądziła jedynie o podstawach do zainicjowania procedury wyjaśnienia ceny tej oferty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – co nie było jednoznaczne z ustaleniami, że oferta ta rzeczywiście taką cenę, tj. rażąco niską zawiera, a w szczególności Izba nie nakazała odrzucenia tej oferty, pozostawiając to do decyzji zamawiającego przy ponownej ocenie ofert. Zamawiający wykonał zatem wyrok Izby w odniesieniu do nakazu ponownego wezwania Budimex S.A. do wyjaśnień i do ponownej oceny tej oferty. Dlatego też brak było podstaw do odrzucenia odwołania - chociaż zdaniem Izby, również stanowisko odwołującego było niespójne, gdyż starał się on przedstawić sprawę w taki sposób, że poprzednim wyrokiem Izba przesądziła kwestię rażąco niskiej ceny oferty Budimex-u. Izba w tym składzie - rozpatrując przedmiotową sprawę - miała na uwadze obiektywnie zaistniały stan faktyczny i nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania – mimo, że odwołujący podnosi te same zarzuty, które jednakże w sprawie sygn. akt KIO 1078/12 i

KIO 1081/12 - nie zostały merytorycznie rozpoznane wobec oferty wykonawcy Budimex S.A. Odrzucenie oferty wykonawcy, bez przeprowadzenia prawidłowej procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty, nie jest możliwe. Krajowa Izba Odwoławcza nie zastępuje zamawiającego w jakichkolwiek jego czynnościach, lecz tylko weryfikuje te czynności pod względem spełnienia wzorca ustawowego. Dlatego niezrozumiałe były zastrzeżenia zamawiającego do poprzedniego wyroku – skoro sam doprowadził do konieczności unieważnienia czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty – dokonanej po powiadomieniu o wynikach przetargu. Samo zacytowanie w treści uzasadnienia wyroku Izby z dnia 6 czerwca 2012 r. fragmentów uzasadnienia odwołania, przekonującego, że cenę oferty Budimex należy uznać za rażąco niską – nie można było przyjąć za wyraz poglądów Krajowej Izby Odwoławczej, która gdyby okoliczność taką uznała za przesądzoną – nie nakazywałaby ponowienia procedury wyjaśnień, jako czynności pozbawionej usprawiedliwionych racji, ale nakazałaby wprost odrzucenie oferty Budimex – tak samo jak w przypadku oferty Strabag, co jednakże nie nastąpiło. Stanowiska obu stron, wskazują na nadinterpretację tego wyroku - w kierunku odmiennym - i korzystnym dla każdej z wymienionych stron.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszeń o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty Budimex S.A., protokołu postępowania z załącznikami, wezwań do wykonawcy Budimex S.A. o wyjaśnienie elementów ceny oferty oraz udzielonych odpowiedzi wraz z załączonymi dokumentami. Z urzędu Izba dopuściła dowód z akt sprawy sygn. KIO 1078/12 i 1081/12. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez odwołującego – na podawane tezy dowodowe:

Dowodu nr 1 i 2, to jest ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na okoliczność, iż przystępujący nie realizował inwestycji pod nazwą modernizacja linii kolejowej E30 i E30/C albowiem z ogłoszeń wynika, iż zamówienia te zostały udzielone innym wykonawcom. Odwołujący nie podważył związków organizacyjnych i powiązań kapitałowych ww. firm z Budimex-em w aspekcie realizowania wspólnej polityki zakupowej oraz faktu uczestnictwa w realizacji jednej z tych inwestycji przez Budimex – jako wyłącznego podwykonawcy na odcinku robót Krzeszowice – Kraków Główny.

Dowodu nr 3, na okoliczność, że wykonawca, który uzyskał zamówienie na kontrakt

wymieniony w punkcie 1 wyjaśnień jest odrębnym podmiotem prawnym od przystępującego, a okoliczności wskazane w punkcie 1 są dostępne temu podmiotowi, gdyż pozostawało to bezsporna.

Dowodu nr 4, mającego obrazować straty jakie wykonawca kontraktu wymienionego w punkcie 1 wyjaśnień poniósł w określonym czasie realizacji. Dowód taki nierentowności określonego kontraktu, nie przekładał się na ocenę nierzetelnego skalkulowania ceny oferty Budimex w niniejszym postępowaniu - przy uwzględnieniu stosowanych przez przystępującego cen.

Dowodów nr 5, 6 i 7 dotyczących wykazywania okoliczności, że konsorcjum odwołującego też realizuje szereg kontraktów, w tym kolejowych wymienionych w tych dowodach, zatem realizacja wykazywanych kontraktów kolejowych nie daje przystępującemu żadnej przewagi przy realizacji przez spółkę niezależną. Dowód, iż odwołujący realizuje także kontrakty kolejowe nie miał znaczenia dla oceny wyjaśnień przystępującego.

Dowodów nr 8 i 9 potwierdzających, że mimo, że Budimex był generalnym wykonawcą to realizował przedmiotowe zamówienie przy pomocy podwykonawców, a faktycznie zamówienie w zbliżonym przedmiocie zamówienia na szybki tramwaj realizował wykonawca ZUE. Dowód ten był o tyle przydatny, iż potwierdzał uczestnictwo Budimex-u w realizacji inwestycji – jako generalnego wykonawcy – co najmniej organizującego i nadzorującego roboty i możliwość wykorzystania nabytych doświadczeń, (znajomości rynku lokalnego) oraz kadry kierowniczej przy wykonywaniu niniejszego zamówienia.

Dowodów nr 10, 11 i 12 (punkt 3 wyjaśnień) wskazujących, iż uczestnik konsorcjum odwołującego również realizuje odcinki autostradowe wymienione w tych ogłoszeniach, zatem ma równe doświadczenie z przystępującym w tym zakresie i możliwości handlowe. Dowód, iż także odwołujący (Mostostal) kończy określone kontrakty i ma możliwość alokacji środków, nie miał znaczenia dla oceny wyjaśnień przystępującego.

Dowód nr 13, dotyczący punktu 4 wyjaśnień – poświadczenia notarialne wypowiedzi dyrektora Budimex-u, że wykonawca ponosi na kontraktach drogowych znaczące straty - stąd kończenie kontraktów na „potężnym minusie” nie pozwala na realizację bez strat tychże inwestycji drogowych co do możliwości wywiązania się z przedmiotowego kontraktu bez poniesienia strat biorąc pod uwagę sytuację przystępującego i zanotowane przez niego straty realizacji odcinka autostrady A4. W ocenie Izby, dowód mógłby być ewentualnie zgłaszany na okoliczność podania nieprawdziwych informacji co do kondycji ekonomiczno-finansowej przystępującego – niepozwalającej na realizację zamówienia, a nie na wykazywanie rażąco niskiej ceny oferty - uznając, że nie ma on znaczenia dla

rozstrzygnięcia sprawy. Publikacje dotyczące kondycji finansowej przystępującego, mogłyby jedynie stanowić dowód na okoliczność zarzutu dotyczącego podania przez Budimex nieprawdziwych informacji na temat zdolności ekonomiczno finansowej do realizacji zamówienia, taki jednak zarzut z żądaniem wykluczenia Budimex S.A. nie został w odpowiednim czasie zgłoszony i nie stanowił przedmiotu rozpoznania w niniejszej sprawie.

Dowód nr 14, dotyczący punktu 5 wyjaśnień, to jest wytwórni mas bitumicznych w Siewierzu. Przedłożone opracowanie dotyczy cen asfaltu. Okoliczności, iż dowóz tych materiałów powoduje koszty transportu oraz tendencja wzrostowa cen asfaltu, była bezsporna – nie wymagająca dowodu.

Dowód nr 15, pokazujący mapę drogową z Siewierza do Krakowa. Okoliczność bezsporna – nie wymagająca dowodu. Dowód nie podważył możliwości przewiezienia asfaltu przy zachowaniu odpowiednich parametrów technicznych.

Dowód nr 16, stanowiący wypowiedź prezesa BUDIMEX o wzroście kosztów zakupu asfaltu, o kurczeniu się rynku i kontraktów w budownictwie drogowym i ograniczenie zatrudnienia, nie wnosił nic do oceny wyjaśnień Budimex-u.

Dowód nr 17 został przez Izbę przeprowadzony z urzędu – jako zawarty w aktach postępowania.

Dowód nr 18, stanowiący zestawienie ofert cenowych na materiały dostępne dla odwołującego - zaświadcza jedynie tyle - iż również odwołujący posiada dostęp do materiałów w cenach porównywalnych do cen przedstawionych przez przystępującego. Ceny dla dużych firm będących znaczącymi odbiorcami są porównywalne, biorąc pod uwagę również upusty. Nie świadczy to jednak, zdaniem Izby, iż odwołujący właśnie takie ceny materiałów – najniższe możliwe do uzyskania na rynku w swojej ofercie skalkulował – w przeciwieństwie do dowodów złożonych przez przystępującego.

Dowód nr 19, dotyczący inwestycji realizowanej przez odwołującego, gdzie była zastosowana aukcja i w jej wyniku odwołujący zszedł do ceny 150 mln zł o 40 mln zł niższej niż ówczesna wartość szacunkowa, dowodzi, że odwołujący również składał oferty z ceną znacznie niższą niż szacunkowa. Porównywalność cen ofert tej inwestycji (przy zastosowaniu aukcji) nie dowodzi, iż ogólnie ceny w zamówieniach na roboty budowlane są na wyrównanym poziomie. Wiedza notoryjna z postępowań odwoławczych, pozwala na inne wnioski.

Dowód nr 20, stanowiący opinię opracowaną na zlecenie odwołującego, z której wynika, iż za zaoferowaną cenę nie jest możliwe wykonanie tego zamówienia przez wykonawcę BUDIMEX, został potraktowany jako stanowisko strony, a nie obiektywna i bezstronna opinia biegłego, na której Izba mogła oprzeć swoje rozstrzygnięcie.

Dowody zgłoszone przez odwołującego potwierdzały okoliczności w nich stwierdzone - nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bądź że odwołujący dysponuje możliwościami porównywalnymi z Budimex S.A., co w ocenie Izby, samo przez się - nie mogło dyskredytować wyjaśnień przystępującego. Podstawę dla rozstrzygnięcia stanowiła bowiem oferta przystępującego oraz udzielone wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, które stanowiły podstawę podjęcia weryfikowanych czynności zamawiającego – wyboru oferty Budimex S.A.

Izba dopuściła dowód wnioskowany przez przystępującego – opracowanie „Polityka bezpieczeństwa informacji Budimex S.A.” na okoliczność podjęcia przez przystępującego środków zabezpieczających przed ujawnianiem danych chronionych.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp oparciu o dokumentację akt postępowania i dopuszczone dowody, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Przebudowa linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogiłskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem kierowania ruchem w Krakowie.” Zamówienie obejmuje zaprojektowanie robót, oraz realizację robót, jest więc realizowane w systemie „zaprojektuj i zbuduj.”

Pismem z dnia 13.04.2012 r. oraz zmianą ogłoszenia zamawiający zmodyfikował opis przedmiotu zamówienia w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, nadając mu następujące brzmienie.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w formie 2 odrębnych zadań wraz z wykonaniem lub aktualizacją istniejących dokumentacji projektowych:

Zadanie I.

A. Przebudowa ciągu tramwajowego na odcinku Rondo Mogiłskie - Al. Jana Pawła II – Plac Centralny, o długości około 6,5 km podwójnego toru wraz z systemem sterowania ruchem, przebudową ciągu drogowego oraz niezbędną budową i przebudową towarzyszącej infrastruktury technicznej.

B. Przebudowa ciągu tramwajowego w rejonie skrzyżowania ulic Al. Jana Pawła II –

Meissnera – Lema wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej towarzyszącej (odcinek w granicach dokumentacji opracowanej przez konsorcjum MP Mosty Sp. z o.o. i ARG).

Zadanie III. Budowa stacji prostownikowej trakcyjnej „Wieczysta” wraz z sieciami energetycznymi, trakcyjnymi, słupami, i przyłączami do budynku stacji oraz linią kablową zasilającą 15kV.

Jak podaje załącznik nr 2 do Regulaminu prac komisji przetargowej z dnia 1.12.2012 r. pierwotnie wartość zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania, ustalona została na kwotę 183 544 265,80 zł (netto); 225 759 447,00 zł (brutto); wraz z zamówieniami uzupełniającymi 50% - 275 316 398,70 zł (netto). W tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 91.772.132,90 zł (netto). Szacowania dokonano w okresie 16.08.2011 – 24.10.2011 r. na podstawie programu funkcjonalno użytkowego.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 211.925.000,00 zł brutto.

W aktach postępowania znajduje się również „wskaźnikowy kosztorys inwestorski” z 16 sierpnia 2011 r. który podaje w zestawieniu kosztów realizacji inwestycji – koszty realizacji netto – 169 805 158,54 zł. (brutto) 208 860 345,00 zł, wraz z pracami projektowymi.

Kosztorys inwestorski został opracowany metodą wskaźnikową, o której mowa w par. 8 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389).

Zamawiający korygował przedmiot zamówienia, wyłączył pierwotnie przewidziane do realizacji zadanie nr II - *Rozbudowa skrzyżowania ulic Lema - Meissnera - Al, Jana Pawła II wraz z budową ekranów akustycznych oraz niezbędną budową i przebudową towarzyszącej infrastruktury technicznej.*

Wyłączenie to spowodowało zmianę szacunkowej wyceny zamawiającego na kwotę 148.387.014,57 zł. netto (180.056.027,92 zł. brutto).

W wyjaśnieniach z dnia 27.04.2012 r. – odpowiedź na pytanie 2 zamawiający podał, że biorąc pod uwagę charakter zamówienia - Tabela Elementów Rozliczeniowych (TER) dołączona do oferty - ma charakter jedynie wstępny i szacunkowy.

Pkt 8 SIWZ. Zamawiający przewiduje udzielanie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, stanowiących nie więcej niż 50% wartości

zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień.

Pkt 24.2. SIWZ. Cena podana w ofercie powinna być ceną kompletną, jednoznaczną, ostateczną i musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej (...) realizacji przedmiotu zamówienia opisanego szczegółowo w programie funkcjonalno-użytkowym oraz dokumentacji projektowej, stanowiących część III niniejszej SIWZ.

Pkt. 24.3. SIWZ. Cena ofertowa jest ceną ryczałtową za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

W formularzu oferty wykonawca był zobowiązany podać cenę całkowitą oraz w rozbiciu na poszczególne zadania. Zobowiązany był przedłożyć wypełnioną tabelę elementów rozliczeniowych (TER) zgodnie z wzorem zawartym w SIWZ – uwzględniając modyfikację SIWZ - tabelę elementów rozliczeniowych - aktualizacja.

W tabeli elementów rozliczeniowych (TER) zamawiający podał zakres prac projektowych i budowlanych w odniesieniu do poszczególnych branż oraz wskazał jednostki miary i ilość.

Pkt 25.1. SIWZ stanowi - Oferty zostaną ocenione przez zamawiającego w oparciu o kryterium ceny, czyli za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana ta (...), która będzie zawierała najniższą cenę oferty (...).

W pkt 37 SIWZ zamawiający podał, że załącznikami do SIWZ są między innymi: formularz oferty, tabela elementów rozliczeniowych (TER).

Wymagany realizacji zamówienia – 24 miesiące od daty zawarcia umowy.

W postępowaniu złożono 4 oferty:

1. Budimex S.A. w Warszawie - cena: 139.441.435,10 zł brutto, netto – 113 367 020,47 zł,
 - zadanie IA - 127 607 783,02 zł brutto,
 - zadanie IB - 5 685,020,30 zł brutto,
 - zadanie III - 6 148 631,86 zł brutto,
2. Konsorcjum Firm: FCC Construcción S.A. w Barcelonie, Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Budus S.A. w Katowicach – cena: 180.610.698,41 zł brutto,
3. STRABAG Sp. z o.o. z Pruszkowie – cena: 127.886.729,64 zł brutto
4. Konsorcjum Firm: ZUE SA w Krakowie, Mostostal Warszawa w Warszawie – cena: 171.424.045,07 zł brutto, netto – 139 369 142,34 zł,
 - zadanie IA – 159023 532,87 zł brutto,
 - zadanie IB – 6 692 605,47 zł brutto,

- zadanie III – 5 707 906,73 zł brutto,

Pierwsza ocena ofert miała miejsce w dniu 16 maja 2012 roku. W wyniku odwołań na wynik przetargu Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 czerwca 2012 r. nakazała odrzucenie oferty STRABAG Sp. z o.o. jako zawierającą rażąco niską cenę oraz nakazała ponowną ocenę ofert, poprzedzoną wezwaniem wykonawcy Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do podanej ceny oferty.

Zamawiający pismem z dnia 28 maja 2012 roku, po złożeniu pierwszych odwołań w tym postępowaniu, zwrócił się na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wykonawcy Budimex S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny ofertowej.

W dniu 1 czerwca 2012 roku wykonawca Budimex S.A. złożył wyjaśnienia w kwestii elementów ceny jego oferty wraz z dowodami.

W związku z treścią wyroku Izby z dnia 6 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1078/12 i KIO 1081/12 zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2012 r. zwrócił się ponownie do wykonawcy Budimex S.A. o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej wynoszącej 139 441 435,18 zł. brutto wobec wyceny zamawiającego wynoszącej 180 056 027,92 zł brutto. Jednocześnie zamawiający unieważnił swoje wcześniejsze wezwanie, pisząc dalej: *„W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tego przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowanej rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia oraz stosowne dowody, o których mowa powyżej należy przesłać w terminie do dnia 21 czerwca 2012 r.”*

Odwołujący w określonym terminie dnia 21 czerwca 2012 r. udzielił wyjaśnień, podtrzymując argumentację przedstawioną w poprzednich wyjaśnieniach z dnia 1 lipca 2012 r., w których podał, że rozumie, iż żądanie wyjaśnień ma związek z wyrokiem KIO z dnia 6 czerwca 2012r., a nie ze zmianą stanowiska zamawiającego. Wyjaśniał co następuje. *„W*

orzecznictwie i piśmiennictwie ukształtowała się praktyka, zgodnie z którą cena w znacznym stopniu odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia może być uznana za cenę rażąco niską. Jednakże równocześnie praktyka ta nakazuje badać i dokonywać oceny sporządzonego przez Zamawiającego kosztorysu inwestorskiego w oparciu o realia rynkowe. Nie można bowiem mówić o rażąco niskiej cenie oferty w odniesieniu do pierwotnie oszacowanej wartości zamówienia lub ostatecznie określonej wartości przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy została ona otrzymana w wyniku przeszacowania kosztorysu inwestorskiego (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.06.2011r., sygn. akt KIO 1279/11). Istotny jest bowiem czas, kiedy została sporządzona wycena - w niniejszym postępowaniu wartość zamówienia została ustalona w dniach 16.08.2011r. - 24.10.2011r., co wskazuje, że wobec dynamicznych zmian na rynku wartość zamówienia nie może być jedynym miernikiem dla wszczęcia procedury z art. 90 ust.1 Pzp. Należy podkreślić, iż ceny jednostkowe wyliczone na bazie katalogów norm KNR oraz cen wyd. Sekocenbud są nierealne i znacznie przewyższają ceny rzeczywiste - rynkowe. KNR - y zostały opracowane wiele lat temu i nie były zmieniane nakłady rzeczowe na robociznę i sprzęt, podczas gdy technologie i wydajności się zmieniły. Ceny z wyd. Sekocenbud są średnimi cenami z terenu całej Polski dla „pana Kowalskiego”, a nie dla firmy. Nie uwzględniają rabatów, jakie posiadają stali odbiorcy, oraz uwarunkowań terytorialnych - materiały kamienne: kruszywa, krawężniki kamienne mają dużo niższą cenę w Krakowie, gdzie w pobliżu znajdują się producenci, niż ten sam materiał w Suwałkach. Jako konkretny przykład przeszacowania wartości robót w kosztorysie inwestorskim podajemy cenę wykonania podbudowy z kruszywa łamanego (...) szczegółowe wyliczenie realnego kosztu jest zamieszczone w załączniku do pisma ale w skrócie różnica między wartością tego asortymentu robót w kosztorysie inwestorskim a naszą wyceną opartą na ofertach dostawców kruszyw, podwykonawców i własnym doświadczeniu jako lidera krajowego rynku budownictwa drogowego wynosi prawie 6 ml zł. (...). [Przystępujący wskazywał na omyłki w kosztorysie inwestorskim oraz na fakty przeszacowania wartości oznaczonych robót.] Niemniej jednak, w wykonaniu otrzymanego od Państwa wezwania, przedstawiamy poniżej oraz w załączeniu szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez nas ceny.

Po pierwsze, odnosząc się do czynników, które pozwoliły nam zaoferować cenę za wykonanie przedmiotu umowy niższą niż nasza konkurencja, pozwolimy sobie wskazać, iż w bezpośrednim sąsiedztwie przedmiotowej inwestycji aktualnie realizujemy kontrakt pod nazwą Modernizacja linii kolejowej E 30 na odcinku Krzeszowice - Kraków Główny Towarowy o wartości ponad 300 mln zł oraz modernizację linii kolejowej E 30/ C - E 30 na odcinku Bochnia – Biadolino o wartości 500 mln zł. Kontrakty te, których nota bene zakres jest kilkakrotnie większy niż zakres niniejszego zamówienia, obejmowały także prace

składające się na przedmiot niniejszego zamówienia. Realizacja powyższych kontraktów pozwoliła spółce na bardzo dokładne rozpoznanie w tym rejonie rynku budowlanego i ze względu na bardzo duże ilościowo zakupy materiałów uzyskanie specjalnych rabatów i korzystnych cen od producentów i dostawców. Dzięki tym specjalnym rabatom nasza firma kupuje materiały potrzebne do realizacji kontraktów w cenach dużo niższych od cen podanych w wyd. Sekocendbud, nawet o 40%. W stosunku do normalnych cen rynkowych jakie byłyby w naszym zasięgu bez efektu skali osiągniętego dzięki wspomnianym wyżej dużym kontraktom oszczędności na samych zakupach materiałów dla przedmiotowej inwestycji sięgają kwoty 12 milionów złotych. Jeszcze raz chcielibyśmy podkreślić, że te konkretne oszczędności są możliwe tylko dzięki faktowi zakupów dużo większych ilości materiałów tu i teraz, w ramach realizacji wspomnianych kontraktów zlokalizowanych w sąsiedztwie przedmiotowej inwestycji.

Po drugie, podkreślenia wymaga również fakt posiadania przez naszą firmę doświadczenia wyniesionego z realizacji kontraktu „Przedsięwzięcie Krakowskiego Transportu Miejskiego w Krakowie Infrastruktura Szybkiego Tramwaju”. Zakres prac prowadzonych na tym zadaniu był tożsamy z tymi, których dotyczy nasza oferta. Wykonawca posiada więc pełną wiedzę zarówno co do lokalnej specyfiki robót objętych przedmiotem zamówienia, jak i cen rynkowych, jakie obecnie obowiązują dla tych asortymentów robót, Nawiązane w ramach wskazanego kontraktu kontakty handlowe i zdobyte na nim doświadczenie w organizacji tego typu prac, są potencjałem, który pozwolił nam na konkurencyjną wycenę przedmiotu obecnego zamówienia z zachowaniem wymaganych przez Państwa standardów jakościowych. Wskazany potencjał przekłada się bowiem na usprawnienie procesu zarządzania kontraktem, a w ślad za tym powoduje realne zmniejszenie kosztów realizacji przedsięwzięcia. Z naszych wieloletnich obserwacji procesu budowlanego wynika, że zatrudnienie na kontrakcie doświadczonych ekip w połączeniu ze znajomością rynku lokalnego owocuje oszczędnościami w kosztach rzędu kilku procent całej inwestycji czyli w tym przypadku równa się to kwocie rzędu kilku milionów złotych. Podkreślenia wymaga fakt, że do realizacji przedmiotowej inwestycji zamierzamy skierować ten sam personel który wykonywał dla Państwa wspomnianą wcześniej inwestycję w Krakowie. Dowody znajdują się w naszej ofercie.

Po trzecie, Budimex kończy właśnie realizację robót polegających na budowie Autostrady A 1 na odcinku Pyrzowice - Piekary Śląskie. Zbliżającą się nową inwestycję w Krakowie potraktowaliśmy jako doskonałą okazję do zagospodarowania zwalnających się właśnie na autostradzie zasobów ludzkich i sprzętowych. Niewykorzystane środki stają się bowiem czynnikiem tworzącym firmie jedynie dodatkowe koszty. Zakończenie kontraktu A1 odcinek Pyrzowice -Piekary Śląskie istotnie pozwoli nam zmniejszyć koszty własne, w tym poprzez uzyskanie korzystniejszych ofert od podwykonawców i dostawców, lepsze

zagospodarowanie naszych pracowników i sprzętu. Z naszej kalkulacji odpadły więc koszty związane z mobilizacją sprzętu - koszty te są już przez nas pokryte. Nie musieliśmy również ujmować w cenie żadnych kosztów związanych z amortyzacją sprzętu, ponieważ został on już zamortyzowany.

Po czwarte, obecnie realizujemy w tej części Polski następujące roboty budowlane: budowa autostrady A4 na odcinku Dębica - Rzeszów o wartości ponad 1 miliard 400 milionów zł oraz obwodnica Jędrzejowa o wartości ponad 150 milionów zł. Mając na uwadze ilość prowadzonych obecnie w Polsce inwestycji, stawia nas to z pewnością w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych oferentów. Innymi słowy, mamy tu do czynienia z „wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnymi dla wykonawcy.” Po piąte, wpływ na wysokość kalkulacji ceny ofertowej ma również to, że Budimex posiada w Siewierzu własną wytwórnię mas bitumicznych i ma zgromadzone na placu bardzo duże zapasy kruszyw, które zamierzał przeznaczyć do realizacji kontraktu. Pozwala nam to na kolejne oszczędności rzędu 2,8 mln zł. W przeciwieństwie do Budimexu żadna z firm biorących udział w konsorcjach składających oferty niepodlegające odrzuceniu w niniejszym postępowaniu nie posiada w Krakowie ani jego okolicach własnej wytwórni mas bitumicznych więc firmy te muszą korzystać z usług podwykonawców i ponosić większe koszty, niż w przypadku zastosowania sił własnych jakimi dysponuje Budimex.

W wezwaniu z dnia 28 maja 2012 r. nie wskazujecie Państwo, dlaczego cena Wykonawcy wzbudziła Państwa wątpliwości skutkujące koniecznością wdrożenia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp. Jedynie w pierwszym akapicie pisma wskazujecie Państwo w sposób bardzo ogólny, hasłowy, na znaczącą różnicę ceny Wykonawcy w stosunku do szacunkowej wartości tj. Państwa wyceny, która została ustalona w oparciu o SEKOCENBUD. Pragniemy zauważyć że, SEKOCENBUD nie odpowiada cenom rynkowym uzyskiwanym przez duże firmy budowlane (takie jak Budimex S.A., które współpracując na przełomie lat z licznymi dostawcami i podwykonawcami wypracowały sobie ceny właściwe tylko dla nich, (odpowiednio niższe), poprzez np. uzyskiwane rabaty, czy zawierane umowy ramowe. Ponadto SEKOCENBUD nie był podstawą do sporządzenia oferty przez żadnego z wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu, gdyż nawet cena najdroższej ze złożonych ofert nie zbliżyła się do poziomu oszacowanego przez Zamawiającego w oparciu o SEKOCENBUD. Poniżej (w załączeniu do niniejszego pisma) przedstawiamy parę przykładów, w tym ofert naszych podwykonawców, które pokazują znaczące różnice pomiędzy cenami przyjętymi przez Państwa w wycenie a cenami przyjętymi przez nas w kalkulacji.

Jednocześnie, stosownie do przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, niniejszym zastrzegamy treść ofert złożonych Wykonawcy przez podwykonawców i dostawców. Wskazane informacje mają wartość gospodarczą, stanowiąc cenne źródło informacji dla konkurentów. Nadto

przedmiotowe informacje nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a nasza spółka podjęła kroki zmierzające do zachowania tychże informacji w tajemnicy, między innymi poprzez ograniczenie liczby pracowników spółki mających dostęp do tych danych, które dodatkowo zostały zobowiązane stosownymi umowami do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Wskazane informacje odpowiadają więc informacjom chronionym, na zasadzie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uprzedzając Państwa ewentualne wątpliwości, pozwolę sobie wskazać, iż możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jest potwierdzona ugruntowanym orzecznictwem KIO (por. wyrok KIO z dnia 14 lutego 2011 r. KIO/228/11).

Łącznie powyższe sprzyjające spółce warunki pozwalają nam na oszczędności na poziomie około 20% w stosunku do konkurentów nie mających dostępu do wspomnianych powyżej okoliczności. Cena ofertowa została skalkulowana z zapewnieniem zysku z przedmiotowego kontraktu. Mając na uwadze powyższe, podtrzymujemy nasze stanowisko, iż przedstawiona oferta została skalkulowana rzetelnie, z uwzględnieniem wszystkich elementów, które znalazły się opisie przedmiotu zamówienia (SIWZ). W przypadku dalszych pytań odnośnie przedstawionego w załączeniu rozbitcia ceny ofertowej, pozostajemy do Państwa dyspozycji. Mamy jednak nadzieję, iż nasze wyjaśnienia rozwiewają wszelkie wątpliwości w tym przedmiocie. Zaoferowana przez nas cena bez wątpienia jest realistyczna, za którą jest możliwe należyte wykonanie zamówienia. Cena ta jest realna w stosunku do cen rynkowych, jest wyrazem konkretnych, indywidualnych możliwości ekonomicznych naszej spółki i jest adekwatną reakcją na sytuację na rynku.”

Do wyjaśnień wykonawcy Budimex S.A. dołączył:

- porównanie wybranych pozycji cen ze wskaźnikowego kosztorysu inwestorskiego z odnośnymi pozycjami jego oferty,
- oferty podwykonawców na dostawy: betonu B20, kostki brukowej, tłucznia kamiennego łamanego, kruszywa łamanego, krawężników granitowych – jako kluczowych materiałów dla wykonania zamówienia, jak również przedstawił rozbitcie ceny ofertowej – obejmujące elementy kosztorysów opracowanych metodą szczegółową, potwierdzające (w oparciu o zestawienie porównawcze) - zastosowanie przy kalkulacji ceny oferty, cen kluczowych materiałów – znacznie niższych, niż założył zamawiający w kosztorysie inwestorskim.
- ofert podwykonawców w zakresie przebudowy sieci teletechnicznej, sterowania ruchem, przebudowy torowiska, z przedstawieniem kalkulacji (kosztorysów tych robót) – ujętych w następnie w kosztorysie przystępującego. Budimex przedstawił fragmenty własnego wewnętrznego kosztorysu ofertowego opracowanego metodą szczegółową, a więc z wykazaniem narzutu zysku - ujmujące ceny z ofert dostawców materiałów i podwykonawców

robót, potwierdzające różnice zastosowanych cen materiałów przez zamawiającego w kosztorysie inwestorskim.

Przystępujący zastrzegł jednocześnie w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ich nieujawnianie jako tajemnicy przedsiębiorstwa - w odniesieniu do załączników do złożonych wyjaśnień.

Zamawiający w powiadomieniu z dnia 21 czerwca 2012 r. o wyborze oferty wykonawcy Budimex S.A. podał następujące uzasadnienie tej czynności: „Pozyskane w dniu 21 czerwca 2012 r. wyjaśnienia od firmy Budimex S.A. potwierdzają, że oferta Budimex S.A. nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający oceniając wyjaśnienia wziął pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy.

W odniesieniu do oferty Budimex S.A. Izba w wyroku sygn. akt KIO 1079/12; KIO 1081/12 zajęła następujące stanowisko: *„Odnosząc się do oferty złożonej przez wykonawcy Budimex S.A. Izba uznała za konieczne nakazanie zamawiającemu wezwanie tegoż wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba uznała za wadliwe działanie zamawiającego polegające na żądaniu takich wyjaśnień od tegoż wykonawcy już po wyborze najkorzystniejszej oferty i po zawiadomieniu o tym wykonawców biorących udział w postępowaniu. Izba nie zgadza się w tym przypadku ze stanowiskiem zamawiającego, iż ustawa Pzp nie precyzuje, kiedy należy zwrócić się do wykonawcy o złożenie takich wyjaśnień. Co prawda, żaden z przepisów ustawy nie wskazuje *expressis verbis*, iż zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny przed wyborem najkorzystniejszej oferty, niemniej jednak wniosek taki jest oczywisty w świetle przepisów ustawy dotyczących czynności zamawiającego podejmowanych w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Żądanie złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny jest bowiem elementem badania i oceny ofert. Złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dowodzących, że jego cena nie jest rażąco zaniżona ma taki skutek, że oferta jest oceniana na podstawie kryteriów oceny ofert i może zostać uznana za najkorzystniejszą. Z kolei nie złożenie wyjaśnień lub nie wykazanie przez wykonawcę, że jego oferta nie jest rażąco niska skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wszystkie te czynności muszą zostać dokonane przed wyborem najkorzystniejszej oferty, ponieważ wybór ten jest dokonywany wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Podsumowując powyższa Izba stwierdza, że zamawiający obowiązany był również żądać wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny od wykonawcy Budimex, ponieważ cena zaoferowana przez tego wykonawcę w sposób istotny odbiega od wartości zamówienia*

i ofert innych wykonawców. Czynności tej powinien dokonać przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Budimex w wyniku wezwania z dnia 28 maja 2012 roku nie zostały przez Izbę ocenione, ponieważ zostały złożone w wyniku wadliwego wezwania, które Izba nakazała unieważnić. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu dokonanie czynności ponownego wezwania wykonawcy Budimex do złożenia niezbędnych wyjaśnień.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, legitymujący do korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ złożył kolejno ocenioną ofertę w postępowaniu, a w przypadku wykazania bezprawności zaniechania odrzucenia oferty Budimex S.A. przez nieprawidłowe działanie zamawiającego, mógłby ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia i utraty spodziewanego zysku z jego realizacji.

Na wstępie Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez wadliwe przyjęcie, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki ustawowe – nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący przyznał, że wyjaśnienia Budimex S.A. (zarówno pierwsze, jak i drugie) zostały mu udostępnione w całości wraz z dokumentami załączonymi do pierwszych wyjaśnień przystępującego z dnia 1 czerwca 2012 r. Zamawiający zgodnie z dyspozycją wykonawcy Budimex nie udostępnił części dowodów załączonych do pisma wyjaśniającego z dnia 21 czerwca 2012 r. Przepis art. 90 ustawy Pzp nie nakłada wprost na wykonawców wezwanych do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - obligatoryjnego przedłożenia dowodów, ale też wykonawca aby uwiarygodnić i wzmocnić swoje wyjaśnienia może złożyć dowody w tym zakresie, które podlegają wówczas ocenie zamawiającego wraz z wyjaśnieniami. Wyjaśnienia, jak i przedłożone dowody, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp stanowią integralną część oferty, zatem mogą być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – jeżeli ich charakter spełnia wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). W myśl definicji ustawowej, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Izba uznała, że przedstawione oferty podwykonawców, dostawców materiałów

budowlanych – masowych, mających znaczący wpływ na całkowitą ceną oferty – mogą stanowić tajemnicę handlową przedsiębiorstwa Budimex, który nie jest obowiązany czynić ogólnie dostępnymi informacji – po jakich cenach zakupuje materiały budowlane i z jakich upustów korzysta. Odwołujący nie wykazał, iż jakimkolwiek innym sposobem dane te są możliwe do uzyskania, skoro przystępujący przedstawił dowód, iż prowadzi politykę bezpieczeństwa informacji. Wprawdzie w oznaczonym zakresie zamawiający w sposób niezamierzony ujawnił część danych, które miały charakter zastrzeżony, ale w pozostałym zakresie, Izba uznała, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Budimex. Chybiona była również argumentacja odwołującego, że są to informacje dotyczące ceny oferty, o których stanowi art. 86 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 3 tej ustawy, których zastrzeżenie tajemnicy nie jest możliwe, np w odniesieniu co ceny całkowitej, czy cen jednostkowych. Cena oferty Budimex nie została zastrzeżona, ani też rozbitcie cenowe w tabeli elementów rozliczeniowych (TER). Kosztorys ofertowy nie był natomiast wymagany, ani podanie cen jednostkowych. Z tych względów szczegółowa kalkulacja ceny oferty, czy też kalkulacje cen podwykonawców – pozostają sprawą wewnętrzną wykonawcy – której nie musi on ujawniać wobec konkurentów.

Na tle stosowania art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, ustawodawca nie zawarł obligatoryjnego wymogu, aby każdorazowo zamawiający wzywał wykonawcę do uzasadnienia zastrzeżenia oznaczonych dokumentów – jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli zastrzeżenie takie nie budzi wątpliwości zamawiającego – może on sam zdecydować o nie ujawnianiu tych informacji, uznając, że posiadają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa ustawowo chronionej. Z tych względów Izba w oparciu o § 23 rozporządzenia Prezesa RM z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) postanowiła również nie udostępnić odwołującemu zastrzeżonych przez przystępującego dokumentów załączonych do wyjaśnień.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Budimex S.A. Izba miała na uwadze treść wyroku sygn. akt KIO 1087/12, KIO 1081/12 z dnia 6 czerwca 2012 r., mówiącego, że: *„Odnosząc się do oferty złożonej przez wykonawcę Budimex SA Izba uznała za konieczne nakazanie zamawiającemu wezwanie tegoż wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba uznała za wadliwe działanie zamawiającego polegające na żądaniu takich wyjaśnień od tegoż wykonawcy już po wyborze najkorzystniejszej oferty i po zawiadomieniu o tym wykonawców biorących udział w postępowaniu. (...) Złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dowodzących, że jego cena nie jest rażąco zaniżona ma taki skutek, że oferta jest oceniana na podstawie kryteriów oceny ofert i może zostać uznana za najkorzystniejszą. Z kolei nie złożenie wyjaśnień lub nie wykazanie*

przez wykonawcę, że jego oferta nie jest rażąco niska skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wszystkie te czynności muszą zostać dokonane przed wyborem najkorzystniejszej oferty, ponieważ wybór ten jest dokonywany wyłącznie spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Podsumowując powyższa Izba stwierdza, że zamawiający obowiązany był również żądać wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny od wykonawcy Budimex, ponieważ cena zaoferowana przez tego wykonawcę w sposób istotny odbiega od wartości zamówienia i ofert innych wykonawców. Czynności tej powinien dokonać przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Budimex w wyniku wezwania z dnia 28 maja 2012 roku nie zostały przez Izbę ocenione, ponieważ zostały złożone w wyniku wadliwego wezwania, które Izba nakazała unieważnić. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu dokonanie czynności ponownego wezwania wykonawcy Budimex do złożenia niezbędnych wyjaśnień.”

Zdaniem Izby, z przytoczonego wyżej fragmentu uzasadnienia wyroku sygn. akt KIO 1087/12, KIO 1081/12 z dnia 6 czerwca 2012 r. nie wynika, że Izba przesądziła o tym, iż cena oferty wykonawcy Budimex jest rażąco niską. Izba skonstatowała, iż w przypadku ceny zaoferowanej przez wykonawcę Budimex istniały podstawy do żądania złożenia przez niego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość tej ceny, gdyż cena ta w sposób znaczny odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen pozostałych wykonawców. Nie było to równoznaczne o uznaniem ceny wykonawcy Budimex za rażąco niską. Izba w omawianej sprawie okoliczności takich nie badała ani o nich nie przesądziła – nie nakazała odrzucenia oferty Budimex. Twierdzenia odwołującego, że z poprzedniego wyroku wynika, iż cena oferty przystępującego winna być traktowana jako rażąco niska – Izba uznała za nadinterpretację tegoż orzeczenia.

Jeżeli odwołujący uznawał, że istnieją ku temu podstawy, mógł się ograniczyć jedynie do zarzutu formalnego – czynności zamawiającego wykonanej niezgodnie z poprzednim wyrokiem Izby – czego jednak w odwołaniu nie podnosił.

W kontekście zbadania przesłanek do odrzucenia oferty Budimex S.A. z powodu rażąco niskiej ceny oferty, podlegały w niniejszym postępowaniu odwoławczym ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Budimex - które wraz z przedstawionymi dowodami - posiadały decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Definicja ustawowa pojęcia „rażąco niskiej ceny nie istnieje.” W orzecznictwie i w doktrynie wypracowano akceptowane poglądy, że za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do

zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku. Przy czym, należało zważyć, iż nie bez przyczyny ustawodawca użył określenia „cena rażąco niska,” a więc niska w sposób zauważalny, narzucający w sposób nieodparty takie wnioski.

Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty - dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w danym postępowaniu, ceny ofert zbliżonych zamówień, monitorowanie cen rynkowych w danej branży, np. odnoszonych do ceny jednostkowej 1 mb danego rodzaju inwestycji liniowych, itp. Jeżeli bowiem zamawiający ma prawidłowo ocenić ofertę wykonawcy pod względem tego – czy nie podaje ona ceny zaniżonej poniżej kosztów produkcji – musi mieć niezbędne rozeznanie rynkowe, które pozwoliłoby mu na prawidłową weryfikację ceny i ewentualne podjęcie czynności odrzucenia oferty z tej przyczyny. Zamawiający potwierdził w trakcie rozprawy, że właśnie takie czynniki brał pod uwagę oceniając wyjaśnienia wykonawcy Budimex, gdyż prowadząc i rozliczając miejskie inwestycje drogowe i w odniesieniu do linii tramwajowych ma bieżące rozeznanie co do realnych cen funkcjonujących na lokalnym rynku, po których wykonawcy z powodzeniem realizują zakontraktowane zadania inwestycyjne, odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Izba uznała stanowisko zamawiającego za wiarygodne. Ponadto, zamawiający odrzucając ofertę na podstawie wskazanego przepisu, zobowiązany byłby wykazać, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, potwierdzają rażąco niską cenę oferty wykonawcy. Z powyższego wynika, że ciężar dowodzenia w tym przypadku przechodzi na zamawiającego, ponieważ odrzucenie oferty jest wynikiem dokonanej przez niego oceny wyjaśnień. Jeżeli natomiast odwołujący przypisywał w tym zakresie zaniechanie podjęcia czynności przez zamawiającego – winien te okoliczności udowodnić. W ocenie Izby, mimo zgłoszenia licznych dowodów, które Izba oceniła powyżej przy omawianiu materiału dowodowego sprawy, odwołujący nie wykazał, że wyjaśnienia przystępującego wraz z przedłożonymi dowodami nie potwierdzają, iż zaoferowana cena wykonawcy Budimex jest realna. Zamawiający miał natomiast wystarczający czas na dokonanie oceny omawianych wyjaśnień, gdyż pozostawały one zbieżne ze złożonymi w dniu 1 lipca 2012 r.

Zamówienie ma charakter mieszany w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy Pzp. Oprócz głównych robót budowlanych obejmuje także usługi wykonania dokumentacji projektowej, komunikacji zastępczej – i co istotne - ma być realizowane w systemie zaprojektuj i zbuduj.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, wraz z zamówieniami uzupełniającymi. Art. 33 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp podaje zaś, że wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, jeżeli przedmiotem zamówienia – jak w niniejszym postępowaniu – jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zgodnie z art. 35 ustawy Pzp, ustalenie wartości zamówienia przy robotach budowlanych powinno zostać dokonane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania. Okolicznością bezsporną pozostawało, że zamawiający dokonał oszacowania robót w okresie sierpnia - października 2011 r. W 11 dniu kwietnia 2012 r. przedstawił wskaźnikowy kosztorys inwestorski – aktualizacja, zawierający przeliczenie cen, kosztorys ten został opracowany metodą wskaźnikową, o której mowa w § 8 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389). Wyłączenie zadanie nr II - *Rozbudowa skrzyżowania ulic Lema - Meissnera – A. Jana Pawła II wraz z budową ekranów akustycznych oraz niezbędną budową i przebudową towarzyszącej infrastruktury technicznej*, spowodowało zmianę szacunkowej wyceny zamawiającego na kwotę 148.387.014,57 zł. netto (180.056.027,92 zł. brutto). Zamawiający w trakcie rozprawy nie był natomiast w stanie wyjaśnić, jakie założenia cenowe przyjęła firma dokonująca wspomnianej aktualizacji. Z tych względów Izba uznała, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia – nie odzwierciedla cen rynkowych dla danego zamówienia – na czas składnia ofert. Prawidłowością powszechnie notowaną jest, że oferowane ceny rynkowe na ogół odbiegają *in minus* od wartości oszacowania zamówienia. Ponadto, zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, LEX nr 127572, niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego.

Izba nie zgodziła się także z odwołującym, że dla porównania winna służyć kwota, którą zamawiający podał na otwarciu ofert – 211 925 000,00 zł. Kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, o której stanowi art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, nie musi odpowiadać wartości szacunkowej, ani też kwocie jaką zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Jej podawanie ma zapobiegać unieważnianiu przetargów z uzasadnieniem braku wystarczających środków na wykonanie zamówienia, i

wbrew sugestiom odwołującego – wynikającym z przedstawionej tabeli porównawczej – nie służy do badania podstaw rażąco niskiej ceny oferty. Dodatkowo należało zauważyć, że w odpowiedzi nr 2 w piśmie z dnia 27.04.2012 r. do SIWZ zamawiający wskazał, że z uwagi na charakter zamówienia tj. „zaprojektuj i zbuduj” Tabela Elementów Rozliczeniowych (TER) ma charakter jedynie wstępny i szacunkowy. Powyższa okoliczność miała istotne znaczenie z punktu widzenia cen proponowanych ofert. Przy realizacji tego zamówienia zamawiający pozostawił wykonawcom pewien zakres swobody w poszukiwaniu rozwiązań projektowych, mimo że w granicach wytyczonych programem funkcjonalno-użytkowym i decyzją środowiskową. Stąd charakter zamówienia w systemie „zaprojektuj i zbuduj” siłą rzeczy prowadzić musi do rozbieżności w oferowanych cenach, które będą się różniły przyjętymi założeniami projektowymi i rozwiązaniami, nawet jeżeli niektóre z nich zostały podane w programie funkcjonalno-użytkowym, to szczegóły wykonawcze zawierać będzie jednak dokumentacja projektowa, która ma być wynikiem niniejszego zamówienia. Biorąc pod uwagę różnorodność możliwych rozwiązań do wdrożenia i zastosowania, każdy z wykonawców określił je na podstawie własnych analiz i kalkulacji cen, z uwzględnieniem posiadanego zaplecza technicznego i kadrowego, co zdaniem Izby należało uwzględnić przy analizowaniu wyjaśnień przystępującego.

Najbardziej obiektywnym miernikiem w zakresie oceny wysokości ceny oferty – jest uśredniony poziom cen oferowanych w danym postępowaniu, zatem ceny ofert ze średniego przedziału cenowego, który nie odbiega rażąco od szacunków zamawiającego. Biorąc pod uwagę fakt, że najtańsza oferta złożona przez Strabag Sp. z o.o. została wyeliminowana, oferty odwołującego oraz przystępującego podają średnie ceny w przedmiotowym postępowaniu.

Dyspozycja normy art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uprawnia zamawiającego do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy wykonawca w wyjaśnieniach wykaże obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający przy uwzględnieniu wyjaśnień Budimex-u i złożonych dowodów, nie miał podstaw do uznania, że wykonawca Budimex S.A. złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę, mimo, że odbiega ona o około 18,5% od ceny oferty odwołującego i około 22,5% od wartości szacunkowej.

Katalog okoliczności uzasadniających wysokość oferowanej ceny podany w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie jest wyczerpujący. Ponadto, zwrot, że obiektywne czynniki mają być dostępne wykonawcy w sposób zindywidualizowany – nie oznacza, że nie mogą zostać wskazane takie okoliczności, jak często przywoływany argument, że wykonawca otrzymuje

upusty od dostawców – jako stały i znaczący klient. Ważna jest bowiem skala tego zjawiska – dostępna indywidualnie dla konkretnego wykonawcy i jego możliwy i realny wpływ na wyliczenie ceny oferty. Nabywanie materiałów budowlanych po niższych cenach nie jest dostępne w równym stopniu każdemu z wykonawców. Nawet, jeżeli odwołujący wykazywał, że nie są to okoliczności tylko dostępne dla przystępującego - nie dające przewagi cenowej, ale również dostępne odwołującemu – to nie świadczy, że zastosował właśnie takie ceny materiałów kalkulując cenę własnej oferty. Przystępujący natomiast, składając jako dowody elementy swoich kosztorysów szczegółowych i kosztorysów podwykonawców – udowodnił, że takie najniższe oferowane jemu ceny ujął - kalkulując cenę swojej oferty z określonym zyskiem i wykazywał w tym zakresie istotne i konkretne różnice z szacunkami zamawiającego. Kalkulacja oferty odwołującego nie była przedstawiana. W ocenie Izby, odwołujący mógł przyjąć własne założenia cenowe odmienne od przystępującego, w tym też dowolną stopę zysku. Z tych względów proste porównanie cen oferty odwołującego i przystępującego i zanotowana różnica na poziomie ok. 18,5% – nie jest miarodajna dla zarzutu rażąco niskiej ceny.

Izba opowiada się za aprobowanym poglądem, że wyjaśnienia – aby mogły zostać uwzględnione – nie mogą być ogólnikowe, muszą odnosić się do konkretów – oświadczeń wykonawcy, które będą nadawały się do zweryfikowania. W większości także treść oferty oparta jest na oświadczeniach własnych wykonawcy, w przypadkach przewidzianych w ustawie obligatoryjnie potwierdzonych dokumentami. Za zgodność złożonych oświadczeń z rzeczywistością – wykonawca ponosi wszelką odpowiedzialność, w tym ryzykuje, że w razie ujawnienia, że złożył nieprawdziwe informacje w wyjaśnieniach, jako stanowiących integralną część oferty, które zostały by uwzględnione przez zamawiającego jako uzasadnienie wysokości ceny oferty w trybie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, mogłoby to stanowić także podstawę dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Treść wyjaśnień wykonawcy Budimex S.A. została odwołującemu udostępniona i nie podnosił on generalnie zarzutu, że okoliczności podane przez przystępującego (mimo pewnych nieścisłości i uproszczeń) – nie zachodzą, i że wyjaśnienia te mijają się ze stanem rzeczywistym.

W ocenie Izby wymienione przez przystępującego czynniki obiektywne realnie istniejące jak:

Po pierwsze, zaangażowanie w realizację kontraktu pod nazwą Modernizacja linii kolejowej E 30 na odcinku Krzeszowice - Kraków Główny Towarowy o wartości ponad 300 mln zł oraz modernizację linii kolejowej E 30/ C - E 30 na odcinku Bochnia – Biadoliny o wartości 500 mln zł - co pozwoliło przystępującemu na dokładne rozpoznanie w tym rejonie rynku budowlanego i ze względu na bardzo duże ilościowo zakupy materiałów uzyskanie

specjalnych rabatów i korzystnych cen od producentów i dostawców i konkretne oszczędności są możliwe dzięki faktowi zakupów dużo większych ilości materiałów, zostały wykazane.

Po drugie, doświadczenie wyniesione z realizacji kontraktu „Przedsięwzięcie Krakowskiego Transportu Miejskiego w Krakowie Infrastruktura Szybkiego Tramwaju” dające pełną wiedzę zarówno co do lokalnej specyfiki robót objętych przedmiotem zamówienia, jak i cen rynkowych, jakie obecnie obowiązują dla tych asortymentów robót, doświadczenie w organizacji tego typu prac, jako potencjał, który pozwolił na konkurencyjną wycenę przedmiotu obecnego zamówienia, zostało wykazane. Wskazany potencjał przekłada się bowiem na usprawnienie procesu zarządzania kontraktem, a w ślad za tym powoduje realne zmniejszenie kosztów realizacji przedsięwzięcia.

Po trzecie, możliwość alokacji potencjału przy kończącej realizacji robót polegających na budowie Autostrady A 1 na odcinku Pyrzowice - Piekary Śląskie, i możliwe w związku z tym oszczędności zostały wykazane.

Po czwarte, Izba nie dopatrzyła się bezpośredniego związku z wyjaśnieniem ceny oferty przystępującego, a budową autostrady A4 na odcinku Dębica - Rzeszów o wartości ponad 1 miliard 400 milionów zł oraz obwodnicy Jędrzejowa o wartości ponad 150 milionów zł.

Po piąte, należało uwzględnić wpływ na wysokość kalkulacji ceny ofertowej jaki ma również fakt, że Budimex posiada w Siewierzu własną wytwórnię mas bitumicznych i ma zgromadzone na placu bardzo duże zapasy kruszyw, które zamierza przeznaczyć do realizacji kontraktu. W ocenie Izby, uwzględniając, że koszty utrzymania tej wytwórni rozkładają się na wiele realizowanych przedsięwzięć firmy Budimex w tym regionie, mimo kosztów transportu, może to stwarzać dogodne cenowo warunki dla dostawy mas bitumicznych – na potrzeby przedmiotowego zamówienia, konkurencyjne dla cen rynkowych.

Przystępujący ujął w tabeli Elementów Rozliczeniowych cały opisany tam zakres zamówienia, włącznie z kosztami zorganizowania i realizacji transportu zastępczego. Odwołujący nie miał podstaw do stawiania zarzutów, iż pozycja ta jest niedoszacowana, bądź też, że przystępujący nie uwzględnił kosztów obsługi kredytowej związanej z zakładanym przez zamawiającego sposobem finansowania inwestycji i rozliczeń z wykonawcą. Zarzuty te pozostały gołosłowne, gdyż zamawiający mimo, że podał kwoty orientacyjne kosztów przewozu zastępczego – oprócz ograniczeń decyzji środowiskowej i pracy dwuzmianowej, żadnych dalszych założeń kalkulacyjnych nie narzucił – pozostawiając także rozwiązania organizacyjne do decyzji wykonawców.

W ocenie Izby, przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia - mające wpływ na kalkulację ceny oferty, są skonkretyzowane, i mają charakter opisanych w art. 90 ust. 2

ustawy Pzp, pozostają spójne z przedstawionymi dowodami. Zatem przyjęcie tych wyjaśnień - jako czynność zamawiającego - nie budzi zastrzeżeń Izby, mimo dosyć enigmatycznego uzasadnienia wyboru oferty Budimex, powołującego się na treść przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia złożone dnia 21 czerwca 2012 r. na wezwanie z dnia 19 czerwca 2012 r. przez Budimex S.A. były wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość, wykonawca był zobowiązany przedstawić pełny kosztorys – dający cenę oferty. Zamawiający nie żądał pełnych kosztorysów, opracowanych metodą szczegółową. Wymagał jedynie Tabeli Elementów Rozliczeniowych – zawierających zbiorcze pozycje kosztów dla elementów robót poszczególnych zadań - w wyjaśnieniach do SIWZ nie nadając im charakteru wiążącego – z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Zgodnie z tymi w wytycznymi SIWZ wykonawca Budimex S.A. skalkulował cenę oferty. Izba opowiada się za poglądem znajdującym oparcie wprost w treści przepisów art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, iż badania rażąco niskiej ceny dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie do wyodrębnionej jego części. Izba nie uwzględniła stanowiska odwołującego, że określone jednostkowe koszty: transportu zastępczego, obsługi kredytowej, gwarancji na roboty nie zostały ujęte w cenie tej oferty - gdyż nie było ku temu żadnych podstaw. Ponadto należało przypomnieć odwołującemu, skoro powoływał się na elementy kalkulacyjne - jednostkowe, że w zakresie zadania III zamówienia, jego oferta przedstawiała niższą cenę niż oferta Budimex - 5 707 906,73 zł brutto i zarzut, iż w tym zakresie została niedoszacowana - nie był stawiany. Zakładając zatem zasadność takiej wybiórczej interpretacji - można by również odwołującemu postawić zarzut podania rażąco niskiej ceny.

Oferowana cena natomiast powinna odzwierciedlać ekwiwalentną wartość robót w miarę ich postępu. Jeżeli zatem cena oferty odpowiada wartości całkowitej, a byłaby niewłaściwie wewnątrznie skalkulowana do zakresu robót, w szczególności przy wynagrodzeniu kosztorysowym, mogłoby to stanowić podstawę niezgodności z SIWZ - innego rodzaju - niż zarzut rażąco niskiej ceny.

Zamawiający prawidłowo przyjął wyjaśnienia wykonawcy Budimex za uzasadniające podaną cenę. W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonane wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby, nie można było ocenić wyjaśnień Budimex S.A. jako zbyt ogólnikowych, gdyż pozwalały one na taką ocenę oferty – że nie przedstawia ona rażąco

niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, o czym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wyjaśnienia spełniały wymagania przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, miały charakter konkretny, a nadto zostały poparte dowodami. Uznając, że wykonawca Budimex S.A. wykazał, iż cena jego oferty nie jest rażąco zaniżona, Izba stwierdziła podstawy do zaakceptowania czynności zamawiającego związanych z wyborem tej oferty, jako przeprowadzonych poprawnie. Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Budimex S.A. nie daje gwarancji należytego, rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, a powierzenie jego realizacji stanowi ewidentne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

W oparciu o przytoczone powyżej ustalenia dowodowe, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, tj.:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp przez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż oferta złożona przez firmę Budimex S.A. nie jest ofertą z rażąco niską ceną, a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego;
 - 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2003 Nr 153 poz. 1503), przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A. pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
 - 3) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez bezprawne, bezzasadne i błędne uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez Budimex S.A. potwierdzają, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską;
 - 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w niniejszym postępowaniu;
 - 5) art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez wadliwe przyjęcie, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki ustawowe;
 - 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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). Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego żadanego zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, gdyż nie został złożony rachunek wymagany przepisem § 3 pkt 2b powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....