

Sygn. akt: KIO 420/13

WYROK

z dnia 11 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW Service Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Batorego 4, 70-207 Szczecin,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A., ul. Stawki 40,01-040 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 420/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW Service Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW Service Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

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

Zamawiający: Urząd Morski w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pod nazwą „Przebudowa falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 84-137751 w dniu 2 maja 2012 r.

W dniu 15 lutego 2013 r. zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferroviał Agroman S.A. jako najkorzystniejszej.

Konsorcjum w składzie: Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW Service Sp. z o.o. (dalej: odwołujący) wniosło odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: BUDIMEX S.A., Ferroviał Agraman S.A. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferroviał Agraman S.A. złożonych pismem z dnia 25 stycznia 2013 r., dotyczących elementów oferty w celu ustalenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i bezkrytyczne uwzględnienie tych wyjaśnień pomimo tego, że wyjaśnienia te nie spełniają warunków określonych w art. 90 ust. 1 i 2 Pzp;
- art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferroviał Agroman S.A. pomimo, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie złożył wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 2 Pzp, a zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 7 ust 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty z rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 15 lutego 2013 r. oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty Konsorcjum BUDIMEX S.A.- Ferroviał Agroman S.A., a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący podniósł w odwołaniu następujące zarzuty:

1. Zarzut braku złożenia przez konsorcjum BUDIMEX S.A.-Ferrovia Agroman S.A. wyjaśnień odpowiadających wymogom wynikającym z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający stosując się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2783/12, zwrócił się na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do konsorcjum BUDIMEX SA - Ferrovia Agroman SA o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Konsorcjum BUDIMEX SA - Ferrovia Agroman S.A pismem z dnia 25 stycznia 2013 r. udzieliło odpowiedzi. W ocenie odwołującego ww. pismo nie spełnia wymogów z art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał, że dyspozycja art. 90 ust. 2 i 3 Pzp wprost odwołuje się do takich elementów wyjaśnień jak dostarczone wraz z wyjaśnieniami dowody, a nadto ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień winna brać pod uwagę obiektywne czynniki. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 6 lipca 2010 roku - sygn. KIO 1225/10; KIO 1231/10, wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 roku - sygn. KIO 349/12) i wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 roku - sygn. akt IV Ca 1299/09, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 12 sierpnia 2005 roku - sygn. akt VI Ca 464/05).

Zdaniem odwołującego, pismem z dnia 25 stycznia 2013 r. konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. udzieliło jedynie ogólnikowych wyjaśnień dotyczących oferty. Wykonawca nie odwołał się do konkretnych elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W wyjaśnieniach powołano ogólnikowe informacje, iż Budimex S.A. jest bardzo dużym przedsiębiorstwem budowlanym i korzystając z elementu dużej skali zamówień, jest w stanie uzyskać od podwykonawców i dostawców ceny znacząco niższe od cen oferowanych innym wykonawcom. W ww. piśmie nie przedstawiono żadnego wyliczenia tych rzekomo niższych cen, które konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. uzyska od podwykonawców i dostawców wraz ze wskazaniem, w jaki sposób ceny te mają wpływ na cenę oferty. Nie wskazano robót, które wykonają podwykonawcy ani kosztów wykonania takich robót. Nie wskazano też wyliczenia kosztów dostawy materiałów na realizację przedmiotu zamówienia, które są - rzekomo znacząco niższe i mają wpływ na konkretne pozycje robót objęte zamówieniem publicznym. Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. nie przedstawiło w ww. zakresie żadnych dowodów.

Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. podało ogólnikową informację o rzekomej realizacji w pobliżu miejsca wykonania przedmiotowego zamówienia innych znaczących robót. Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. nie przedstawiło jednak żadnych liczb i dowodów potwierdzających, w jakim zakresie i w jakiej wysokości ww. okoliczność ma wpływ na wysokość oferowanej ceny. Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia

Agroman S.A. nie przedstawiło również liczb wskazujących, w jakim zakresie wpływ na wysokość zaoferowanej ceny ma okoliczność zakończenia przez Budimex S.A. realizacji innych inwestycji i wynikająca z tego rzekoma oszczędność kosztów własnych, związanych z zatrudnieniem kadry. Zdaniem odwołującego, okoliczność ta wskazuje na dumpingowy charakter oferty.

Zdaniem odwołującego pozostałe elementy wyjaśnień w ogóle nie mają wpływu na wysokość zaoferowanej ceny, tj. doświadczenie Budimex S.A. lub duże obroty. Odwołujący zauważył, że zasady uczciwej konkurencji wymagają, aby oferty składane przez podmioty o dużych obrotach poddać szczegółowej analizie z punktu widzenia tego, czy podmioty te nie wykorzystują swojej uprzywilejowanej pozycji na rynku i dużego rozmiaru, aby nieuczciwymi środkami, w tym poprzez oferowanie dumpingowej ceny, eliminować z rynku konkurencję.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w razie podejrzenia oferowania rażąco niskiej ceny i wszczęcia w stosunku do wykonawcy postępowania w trybie przepisu art. 90 Pzp, ciężar wykazania, iż oferowana cena nie jest rażąco zaniżona, obciąża danego wykonawcę (wyrok KIO z dnia 1 marca 2012 r. o sygn. akt KIO 349/12, wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2010 r. o sygn. akt KIO 954/10). Odwołujący podkreślił, że w podobnym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż samo podanie okoliczności, bez podania i udowodnienia szczegółowych wyliczeń i symulacji wpływu na cenę konkretnej oferty w danym postępowaniu przetargowym, nie może zostać uznane za obiektywne. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę umożliwić mają zamawiającemu obiektywną ocenę oferty, co nie jest możliwe bez wskazania konkretnych liczb, wyliczeń i dowodów.

Zdaniem odwołującego błędne są także twierdzenia Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. odnoszące się do spadku cen materiałów i usług w budownictwie w stosunku do cen przyjętych w kosztorysie zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że z uwagi na charakter robót objętych przedmiotowym zamówieniem, podstawowym materiałem wpływającym na koszt realizacji inwestycji jest paliwo (wpływa na koszt pracy sprzętu oraz na koszt transportu) oraz stal. Koszty tych materiałów są zasadniczo takie same dla wszystkich podmiotów i to nie tylko w skali kraju, ale i na świecie. Koszty podstawowych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia mają charakter stały z tendencją rosnącą, co kwestionuje podstawowy argument podany przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A.

Błędne są też twierdzenia Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. ws. rzekomego zawyżenia kosztorysu inwestorskiego zamawiającego. Wykonawca nie wykazał, w jakich pozycjach robót kosztorys inwestorski jest zawyżony, tj. obejmuje do wykonania prace lub ilość robót, których w istocie nie trzeba będzie wykonać. Twierdzenia te nie są

poparte żadnymi dowodami, gdyż zamawiający nie okazał wykonawcom szczegółowego kosztorysu inwestorskiego.

Ponadto cena oferowana przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. nie uwzględnia szeregu elementów wpływających bezpośrednio na koszt wykonania robót objętych przedmiotowym zamówieniem. Odwołujący powołał się na analizę ww. oferty wraz z dowodami, które zostały złożone na rozprawie w Krajowej Izbie Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2783/13). Wskazał, że do analizy dołączono dowody źródłowe w postaci ofert dostawców usług, materiałów, urządzeń, wykazujące, iż przyjęte przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. ceny jednostkowe są zaniżone.

2. Zarzut błędnej oceny przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. z rażącym naruszeniem przepisu art. 90 ust. 2 i 3 Pzp,

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, dokonując wszechstronnej oceny wyjaśnień wykonawcy, zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki wpływające na wysokość oferowanej ceny. W uzasadnieniu czynności z dnia 15 lutego 2013 r. zamawiający powołał się na analizę cenową wykonaną przez powołanego eksperta. Odwołujący analizując treść opracowania eksperta – W..... J..... - „JAN - AS” Usługi Inwestycyjne z lutego 2013 r. stwierdził, iż opracowanie to nie jest analizą cenową, gdyż nie zawiera oceny i analizy choćby jednej cyfry z oferty. Opracowanie to ma niewielką objętość - analiza zawiera się na niecałej jednej stronie i zasadniczo sprowadza się do jednego zdania autora, iż oferowana przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. cena nie jest ceną rażąco niską. W ww. opracowaniu brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia tego twierdzenia lub dowodów.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp zamawiający zobowiązany jest dokonać wszechstronnej i obiektywnej oceny wyjaśnień wykonawcy, co oznacza, że nie może ograniczyć swojej oceny do powołania się wyłącznie na analizę „eksperta”. W ocenie odwołującego decyzja zamawiającego o wyborze oferty Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. wskazuje, iż zamawiający nie dokonał oceny wyjaśnień tego wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp. Zamawiający nie wziął pod uwagę braków w złożonych wyjaśnieniach, które nakazywały uznać, stosownie do przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, iż oferta złożona przez konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. winna zostać odrzucona.

3. Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 oraz przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W ocenie odwołującego cena oferowana przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. -

Ferrovial Agroman S.A. wyczerpuje przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W ocenie odwołującego oferta Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman S.A. zawiera rażąco niską cenę. Kosztorys inwestorski zamawiającego wskazuje, iż koszt wykonania zamówienia publicznego wynosi 49.890.000 zł. Powyższe oznacza, iż wartość zamówienia ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego przewyższa cenę oferowaną przez konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman SA o ponad 100%. Również porównanie wysokości ceny oferowanej przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman S.A. z cenami pozostałych wykonawców, którzy złożyli ważne oferty, wskazuje na dużą rozbieżność cenową. Odwołujący wskazał, że w ostatnim okresie powszechnie występowało zjawisko braku realizacji istotnych dla kraju zamówień publicznych przez wykonawców, którzy schodzili z budów i ogłaszali upadłość. Przyczyną takiego stanu była realizacja zamówień za cenę niższą od kosztów wykonania, co narażało ich na wielomilionowe straty. Dokonanie przez zamawiającego wyboru wykonawcy, który oferuje realną i opłacalną cenę wykonania zamówienia publicznego leży w interesie publicznym.

W dniu 28 lutego 2013 r. Konsorcjum Budimex S.A. - Ferrovial Agroman S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że złożone w toku postępowania wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w znacznej części zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, który to fakt odwołujący pominął w złożonym odwołaniu. Do wyjaśnień zostały załączone także m.in. oferty podwykonawców i dostawców wraz ze szczegółowym porównaniem oferowanych przez nich cen z cenami oferty przystępującego, świadczące o tym, że w przedmiotowej sytuacji nie może być mowy o rażąco niskiej cenie oferty przystępującego. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wykazał, że przyjęte w ofercie ceny jednostkowe zostały ustalone na realnym poziomie (powołując się na konkretne wartości). Podkreślił, że ilość, rodzaj i skala realizowanych przez wykonawcę przedsięwzięć ma wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty, ponieważ przekłada się w sposób bezpośredni na koszty związane z realizacją zamówienia. Kontakty handlowe, znajomość rynku, dostępność sprzętu, personelu, podwykonawców, doświadczenie wyniesione z poprzednich kontraktów mają wymierną wartość ekonomiczną, co pozwalało zamawiającemu uznać, że cena oferty przystępującego ma charakter rynkowy i została skalkulowana w sposób rzetelny, zapewniający przystępującemu zysk z realizacji zamówienia.

Zdaniem przystępującego zamawiający dołożył należytej staranności, aby w sposób obiektywny (opinia inż. W..... J.....) ocenić wyjaśnienia przystępującego.

Przystępujący podniósł także, że cenę oferty (w szczególności cenę ryczałtową) w kontekście ceny rażąco niskiej można oceniać jedynie w całości, po przeanalizowaniu

wszystkich okoliczności i elementów kalkulacyjnych, co potwierdza orzecznictwo KIO (sygn. akt 2109/11, 916/12).

Przystępujący wskazał również, że pozostałe zarzuty są chybione – nie zostały poparte przez odwołującego żadnymi dowodami.

Zamawiający w dniu 6 marca 2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Stwierdził, że po dokonaniu ponownej oceny ofert i wyjaśnień złożonych przez przystępującego nie był uprawniony do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podniósł, że w treści wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2013 r. przystępujący szczegółowo wyjaśnił, iż kalkulacja ceny oferty opiera się na wieloletnim doświadczeniu w wykonywaniu robót podobnego rodzaju, obniżeniu kosztów stałych w związku z tzw. „efektem skali”, posiadanych zasobach, zwolnieniu zasobów technicznych w związku z zakończeniem wykonywania innego kontraktu, kontaktach handlowych. Wykonawca przedłożył wraz z wyjaśnieniami szczegółowe porównanie cen znaczących elementów oferty w odniesieniu do ofert podwykonawców i dostawców. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia w sposób szczegółowy i przekonujący wskazują obiektywne czynniki i okoliczności wpływające na sposób kalkulacji ceny, a w szczególności na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy. Podkreślił, że w doktrynie panuje ugruntowany pogląd dotyczący zaliczenia renomy (klienteli, goodwill) oraz umiejętności (doświadczenia handlowego) do innych składników przedsiębiorstwa, jako korzystnych sytuacji faktycznych oraz innych wartości ekonomicznych, obok posiadania rzeczy. Przystępujący dołączył do wyjaśnień szczegółowe dane ilościowe – zestawienie porównawcze w zakresie najbardziej znaczących elementów oferty w odniesieniu do ofert podwykonawców i dostawców, co umożliwiło prawidłową i wszechstronną ocenę wyjaśnień w zakresie realności zaoferowanej ceny. Ponieważ dowody załączone do wyjaśnień zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, wywody i twierdzenia odwołującego dotyczące nieprawidłowości tej oceny są nieuzasadnione.

Zamawiający stwierdził, iż dokonał oceny wyjaśnień w sposób rzetelny i zgodny z przepisami ustawy Pzp (art. 90 ust. 2 Pzp), jako doświadczony inwestor w branży hydrotechnicznej, co potwierdziła też opinia sporządzona przez eksperta inż. W..... J..... Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że kosztorys inwestorski został sporządzony przed wystąpieniem i nasileniem się niekorzystnych zjawisk gospodarczych, które wpłynęły na ogólne obniżenie cen na rynku branży budowlanej (nadwyżka popytu nad podażą zleceń). Jak wynika z obserwacji zamawiającego (odnośnie prowadzonych postępowań) ceny ofert kształtują się obecnie na poziomie 50-60% wartości kosztorysów inwestorskich.

Zamawiający podkreślił, że odwołujący nie udowodnił twierdzeń podniesionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialno-prawną, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba uznała, że Konsorcjum BUDIMEX S. A. - Ferrovial Agraman S.A. skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie w ustawowym terminie, określonym w art. 185 ust. 2 Pzp oraz posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została wybrana przez zamawiającego, jako najkorzystniejsza.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane, których wartość została ustalona przez zamawiającego na podstawie kosztorysów inwestorskich w listopadzie 2011 r. na kwotę 41 000 000,00 zł.

W postępowaniu wpłynęło 6 ofert. Ceny złożonych ofert opiewają na kwoty: 24 626 854,68 zł, 28 400 346,70 zł, 33 236 698,85 zł, 35 176 566,84 zł., 40 560 975,61 zł. Cena oferty złożonej przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman S.A.– 24 357 405,00 zł, co stanowi 59,40 % wartości kosztorysu inwestorskiego.

Na mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2783/12 zamawiający został zobowiązany do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wobec oferty złożonej przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman S.A. Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 stycznia 2013 r. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman S.A. pismem z dnia 25 stycznia 2013 r. złożyło wyjaśnienia, załączając do ww. pisma: wyliczenie wartości kosztorysów inwestorskich w związku ze zmianami zakresu i ilości robót wykonanymi przez zamawiającego w wyniku poprawek dokonanych w przedmiarze, kosztorys ofertowy dotyczący przedmiotu zamówienia, zestawienie porównawcze cen z oferty Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial

Agroman S.A. z cenami z ofert podwykonawców i dostawców otrzymanych przez wykonawcę przed złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, kopie aktualnych (z czerwca i lipca 2012 r.) ofert dostawców materiałów i podwykonawców. Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman S.A. wyjaśniło, iż kalkulacja ceny oferty została dokonana w oparciu o wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu robót podobnego rodzaju. Jako istotne okoliczności podano możliwość obniżenia kosztów stałych w związku z tzw. „efektem skali” wykonywanych inwestycji, a także ze względu na posiadane zasoby, zwolnienie zasobów technicznych w związku z zakończeniem wykonywania innego kontraktu, stałe kontakty handlowe i zawarte umowy o współpracy z podwykonawcami i dostawcami. Przystępujący szczegółowo przedstawił w wyjaśnieniach kontrakty zrealizowane i roboty wykonywane obecnie w sąsiedztwie inwestycji objętej przedmiotowym postępowaniem, a także inwestycje, które w niedługim czasie będą zakończone i pozwolą na zagospodarowanie zwalniających się zasobów ludzkich i sprzętowych oraz obniżenie kosztów własnych. Część ww. informacji handlowych i gospodarczych (oferty, analiza porównawcza) zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W powyższych okolicznościach Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman S.A. z tego powodu, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie złożył wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 2 Pzp, a zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia

Izba zważyła, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami mają charakter rzeczowy i wiarygodny, co pozwala na obiektywną ocenę przez zamawiającego elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca odniósł się do podstawowych materiałów i robót wpływających na koszt realizacji inwestycji. Wyjaśnienia opierają się na konkretnych danych, w tym w szczególności cenach robót i materiałów oferowanych przez dostawców i podwykonawców, pochodzących z otrzymanych przez wykonawcę ofert. Złożone przez przystępującego wyjaśnienia, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie mogą być uznane za „ogólnikowe”. W ocenie Izby fakt, że członek konsorcjum przystępującego – firma Budimex S.A., jako jedno z największych przedsiębiorstw budowlanych w kraju, jest w stanie uzyskać od podwykonawców i dostawców materiałów ceny znacząco niższe od cen oferowanych innym wykonawcom, ma istotne znaczenie jako czynnik wpływający na wysokość ceny oferty. W załącznikach do wyjaśnień przedstawiono wyliczenia dotyczące robót, które wykonają podwykonawcy oraz koszty ich wykonania. Wskazano też wyliczenia kosztów dostawy materiałów potrzebnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Jak wynika z ofert uzyskanych przez przystępującego od podwykonawców i dostawców materiałów ceny wybranych robót i materiałów

zaoferowane przystępującemu są w sposób istotny niższe od cen przyjętych przez odwołującego, które posłużyły odwołującemu do analizy załączonej do odwołania.

Ponadto w wyjaśnieniach Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman S.A. przedstawiło wiarygodne informacje dotyczące zakończenia przez Budimex SA realizacji innych podobnych rodzajowo inwestycji, która to okoliczność ma wpływ na oszczędność kosztów własnych, związanych m.in. z zatrudnieniem kadry, wykorzystaniem sprzętu itp.

Izba nie podzieliła twierdzenia odwołującego, że okoliczności takie jak doświadczenie w wykonywaniu określonych robót lub duże obroty firmy nie mają znaczenia ani wpływu na cenę oferty. W ocenie Izby powyższe okoliczności stanowią niewątpliwie wartość gospodarczą, która przekłada się na koszty prowadzonej działalności gospodarczej, a w związku z tym okoliczności te nie mogą być pomijane przy ocenie czynników mających znaczenie dla poziomu ceny oferty.

Przystępujący przedstawił dowody potwierdzające, iż zaoferowana cena została skalkulowana na podstawie rzetelnych danych. Jak wynika z informacji handlowych przedłożonych przez przystępującego na rozprawie, przykładowe materiały, mające duże znaczenie przy wykonywaniu przedmiotowej inwestycji, takie jak kruszywa, były oferowane w 2012 r. po cenach znacznie niższych niż w 2011 r. Biorąc pod uwagę zatem spadek cen materiałów i usług w budownictwie w powyższym okresie, należy zauważyć, że ceny przyjęte w kosztorysie inwestorskim do wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia nie odzwierciedlają w pełni aktualnych cen rynkowych. Ponadto, Izba zważyła, że wartość przedmiotu zamówienia obliczona przez zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego opiera się na uśrednionych cenach robót i materiałów występujących na rynku. Zatem racjonalne podejście wymaga, aby ceny ofertowe były porównywane do tak ustalonej wartości szacunkowej zamówienia zawsze z uwzględnieniem indywidualnych warunków właściwych dla danego wykonawcy.

Odnosząc się natomiast do argumentacji podnoszonej przez odwołującego, Izba stwierdziła, że wahania ceny paliw nie mają decydującego wpływu na podwyższenie kosztu wykonania przedmiotu zamówienia. Jak wyjaśnił przystępujący, a odwołujący tym okolicznościom nie zaprzeczył, w latach 2011 – 2012 koszt pracy sprzętu zwiększył się tylko w nieznacznym stopniu w porównaniu do stopnia wzrostu ceny paliwa w tym okresie. W zakresie kosztów transportu przystępujący wyjaśnił, co potwierdza treść przedłożonych ofert, że oferta przystępującego uwzględnia koszty transportu, które zostały wliczone w ceny oferowane przez podwykonawców lub dostawców materiałów.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, albo gdy złożone wyjaśnienia potwierdzają, iż złożona oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ustalonym stanie faktycznym żadna z przesłanek, określonych w tym przepisie nie

została wypełniona. Biorąc pod uwagę obszerność i rzeczowość złożonych wyjaśnień nie sposób przyznać za odwołującym, iż wyjaśnienia nie zostały złożone. Nie ma również podstaw, aby na podstawie złożonych wyjaśnień uznać, że potwierdzają one fakt, iż cena oferty przystępującego jest ceną rażąco niską.

Uwzględniając powyższe Izba uznała także, że cena zaoferowana przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman S.A. nie jest ceną rażąco niską, stanowiącą podstawę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Cena zaoferowana przez przystępującego w świetle złożonych wyjaśnień jest wiarygodna. Odwołujący nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby fakt, że cena ta została oszacowana poniżej kosztów wykonania zamówienia, koniecznych do poniesienia przez wykonawcę. Fakt, że wartość zamówienia wg. kosztorysu inwestorskiego zamawiającego wynosi 49.890.000 zł (po korekcie przedmiarów - 35 251 472,96 zł) przewyższa cenę zaoferowaną przez Konsorcjum BUDIMEX SA - Ferrovial Agroman SA nie dowodzi tego, że cena oferty została skalkulowana poniżej kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Takiemu twierdzeniu przeczy też porównanie wysokości ceny oferty konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman S.A. do cen pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Jest to cena najniższa spośród złożonych ofert, jednak nie można uznać, że cena ta odbiega w sposób rażący od poziomu średniej ceny wszystkich złożonych ofert.

Zarzut, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovial Agroman S.A. nie uwzględnia szeregu elementów wpływających bezpośrednio na koszt wykonania robót objętych przedmiotowym zamówieniem w ocenie Izby nie został udowodniony przez odwołującego. Odwołujący przedłożył na poparcie swojego stanowiska własną analizę oferty przystępującego, na potrzeby której przyjęto dane (ceny materiałów i robót) z ofert uzyskanych przez odwołującego. Już ta okoliczność przesądza, że danej wyjściowe do przedstawionych analiz nie są w pełni obiektywne. Nie są to dane, które można wprost odnosić do sposobu kalkulacji ceny oferty przystępującego. Podkreślić należy, że wskazane przez odwołującego w ramach przedstawionej analizy ceny jednostkowe pochodzą z ofert pozyskanych przez odwołującego (tj. inny podmiot) oraz zostały pozyskane od innych podmiotów (podwykonawcy, dostawcy). Ponadto, oferty przedstawione przez odwołującego zawierają odmienne warunki (mniej korzystne) niż oferty pozyskane przez przystępującego – oparte na zasadach stałej współpracy.

Należy zwrócić uwagę, iż odwołujący nie wykazał, że powoływane przez niego ceny jednostkowe są najniższe z cen możliwych do uzyskania na rynku. Ceny przedstawione przez odwołującego, jako podstawa do analizy oferty przystępującego, należy uznać wyłącznie za ceny przykładowe. Z faktu, że ceny powyższe występują na rynku, nie można wywodzić, że przystępujący powinien przyjąć do kalkulacji takie ceny oraz że nie mógł uzyskać cen bardziej korzystnych. Odwołujący nie udowodnił zatem swoich twierdzeń

zawartych w odwołaniu podnoszonych w odniesieniu do oferty Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A.

Izba uznała, że nie potwierdziły się także zarzuty naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez błędną ocenę przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum BUDIMEX S.A. - Ferrovia Agroman S.A., tj. zgodnie z wymogami art. 90 ust. 2 Pzp. Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia, biorąc pod uwagę wskazane w wyjaśnieniach obiektywne czynniki uzasadniające w przypadku tego wykonawcy wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający w celu weryfikacji prawidłowości swojej oceny skorzystał dodatkowo z opinii eksperta, który potwierdził rzetelność kalkulacji ceny oferty. Podkreślić należy, że zamawiający jest uprawniony do korzystania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z opinii i ekspertyz, które mogą być pomocne przy ocenie ofert przez zamawiającego. Opinia powyższa potwierdza, że:

- wysokie roczne przychody, które umożliwiają obniżenie wysokości narzutów przy kształtowaniu cen ofertowych,
- korzystna lokalizacja przedmiotowej inwestycji w stosunku do innych budów realizowanych w tym rejonie, co ma wpływ na obniżanie kosztów ogólnych budowy oraz kosztów dostaw materiałowych i sprzętowych,
- posiadanie zawartych umów z podwykonawcami specjalistycznymi w wielkościach cenowych gwarantujących nie przekroczenie ceny ofertowej,
- współpraca z dostawcami materiałowymi umożliwia zakupy materiałów z upustami,
- doświadczenie w wykonywaniu budowli hydrotechnicznych,

kształtują sytuację wykonawcy, jako wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, uzasadniające poziom ceny zawartej w ofercie.

W opinii wskazano również na dokonanie korekty kosztorysu inwestorskiego przez uprawnionych projektantów w oparciu o przedmiary zawarte w siwz, co obniżyło wartość kosztorysu inwestorskiego do kwoty 35 251 472,96 zł.

W konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutów odwołania należało uznać, że nie nastąpiło w przedmiotowym postępowaniu naruszenie przepisu art. 7 ust 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: