

WYROK
z dnia 21 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2013 r. przez wykonawcę **Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 35** w postępowaniu prowadzonym przez **Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków – Balice Sp. z o.o. z siedzibą w Balicach, 32-083 Balice, ul. kpt. M.Medweckiego 1,**

przy udziale wykonawcy **Astaldi S.p.A., Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym (Włochy) (adres do korespondencji: Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce, 00-215 Warszawa, ul. Sapieżyńska 10a)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 239/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 35 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 35** tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 35** na rzecz **Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków – Balice Sp. z o.o. z siedzibą w Balicach, 32-083 Balice, ul. kpt. M.Medweckiego 1** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków – Balice Sp. z o.o. z siedzibą w Balicach, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Wykonanie robót budowlanych w systemie Generalnego Wykonawstwa na terenie Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków – Balice, związanych z kompleksową realizacją: a) rozbudowy i przebudowy międzynarodowego terminalu pasażerskiego wraz z przyłączami zewnętrznej infrastruktury technicznej oraz kładką komunikującą terminal z parkingiem wielopoziomym i przystankiem kolejki; b) budowy i przebudowy wewnętrznego układu komunikacyjnego.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 października 2012 r., nr 2012/S 189-311398.

W dniu 24 stycznia 2013 r. zamawiający poinformował wykonawcę Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy), zwanego dalej „wykonawcą Astaldi”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 4 lutego 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 4 lutego 2013 r.) wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Astaldi, pomimo tego, że wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona;
2. zaniechania wykluczenia wykonawcy Astaldi, pomimo tego, że nie wykazał on, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale V pkt 6. 2) (osoby zdolne do wykonania zamówienia);
3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Astaldi, pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego i cen zaoferowanych przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz pomimo tego, że oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ;
4. zaniechanie wezwania wykonawcy Astaldi do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny;
5. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

zaruszając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Astaldi, mimo że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Astaldi, mimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i powinna podlegać odrzuceniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Astaldi, mimo że oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ;
4. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy Astaldi, mimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Astaldi, pomimo tego, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania oraz pomimo tego, że oferta ta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę i jako niezgodna z treścią SIWZ.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania jako całkowicie uzasadnionego;
2. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Astaldi jako oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Astaldi oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

- w przedmiocie rażąco niskiej ceny – że zaoferowana przez wykonawcę Astaladi cena jest ceną rażąco niską, tj. cena niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych. Cena tej oferty jest o około 30% niższa w stosunku do przedmiotu zamówienia; zarówno w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia wyliczonej przez zamawiającego, jak i średnich cen ofert złożonych w postępowaniu przez pozostałych wykonawców. Jednocześnie z analizy dołączonego do oferty wykonawcy Astaldi załącznika nr 3 do SIWZ (Tabela Scalonych Elementów Rozliczeniowych) oraz porównania go z wyceną robót dokonaną przez zamawiającego oraz odwołującego wynika, że rażące zniżenie cen w odniesieniu do wybranych zadań i etapów zadań składających się na przedmiot zamówienia sięga około 50%. Nawet przy najbardziej korzystnych cenach na rynku, najlepszych umowach z dostawcami oraz doskonałym rozpoznaniem lokalnego rynku budowlanego wykonawca Astaldi nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia przy zaoferowanym poziomie cen.

Wykonawca ten nie daje więc gwarancji należytego i rzetelnego wykonania zamówienia, zgodnie z oczekiwaniami i wymaganiami zamawiającego, a wybór ofert wykonawcy Astaldi stanowi realne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. Nie wzywając wykonawcy Astaldi do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który w okolicznościach faktycznych postępowania nakładał na zamawiającego obowiązek skierowania takiego wezwania do wykonawcy.

- W przedmiocie braku spełnienia przez wykonawcę Astaldi warunku udziału wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i opisanego przez zamawiającego w Rozdziale V ust. 6 pkt 2) SIWZ - stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku zamawiający określił w ogłoszeniu i SIWZ. W pkt III.2.3) ogłoszenia oraz w Rozdziale V ust 6 pkt 2) SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać nie tylko, że dysponuje osobami, które posiadają wymagane uprawnienia ale również, że osoby te uprawnione są do wykonywania zastrzeżonych dla określonych zawodów czynności. Stosownie do art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oświadczenia składane przez wykonawców powinny potwierdzać spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert. Ponieważ zamawiający nie wskazał, że osoby, którymi wykonawca ma dysponować mają być uprawnione do wykonywania zastrzeżonych dla wskazanych Rozdziale V ust 6 pkt 2) SIWZ zawodów czynności na dzień zawarcia umowy, to wskazane w ofercie wykonawcy, w Wykazie osób podmioty, obowiązane były posiadać uprawnienie do wykonywania tych czynności najpóźniej na dzień składania ofert. Na dzień składania ofert w postępowaniu wskazane przez wykonawcę Astaldi osoby, tj. panowie V..... R....., E..... L....., R..... S..... oraz M..... V..... nie były uprawnione do wykonywania czynności koniecznych do realizacji zamówienia, gdyż na dzień składania ofert w postępowaniu nie uzyskały nawet tymczasowego wpisu do rejestru inżynierów budownictwa uprawniającego do wykonywania czynności kierownika budowy na obiekcie i w zakresie przewidzianym w zamówieniu.

Pismem z dnia 5 lutego 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca Astaldi otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 7 lutego 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Astaldi przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 18 lutego 2013 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Odwołujący cofnął na rozprawie zarzuty dotyczące braku spełnienia przez wykonawcę Astaldi warunku udziału w postępowaniu wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i opisanego przez zamawiającego w Rozdziale V ust. 6 pkt 2 SIWZ oraz niezgodności treści oferty wykonawcy Astaldi z treścią SIWZ (w zakresie objętym pierwszym z cofniętych zarzutów) (pkt 2.2. i 2.3. uzasadnienia odwołania, str. 8-11 odwołania).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z Protokołu postępowania (Druk ZP-PN), szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego w dniu 12 września 2012 r. na kwotę 417.282.902,69 zł netto, co stanowi równowartość 103.812.046,64 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających ustalono na kwotę 12.153.870,95 zł, co stanowi równowartość 3.023.651,84 euro. Wartość ta została ustalona na podstawie kosztorysów inwestorskich.

Zamawiający podał, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 330.635.903,02 zł netto i 406.682.160,71 zł brutto (pismo z dnia 10 grudnia 2012 r.).

W postępowaniu złożono cztery oferty, tj. oferta nr 1 złożona przez wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na kwotę 411.639.427,02 zł netto i 506.316.495,23 zł brutto; oferta nr 2 złożona przez wykonawcę Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy) na kwotę 299.906.365,58 zł netto i 368.884.829,66 zł brutto; oferta nr 3 złożona przez wykonawcę Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 380.016.220,60 zł netto i 467.419.951,34 zł brutto oraz oferta nr 4 złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie i Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie na kwotę 497.000.000,00 zł netto i 611.310.000,00 zł brutto.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa nie definiuje jednocześnie pojęcia rażąco niskiej ceny ani też nie wskazuje jakie kryteria należy brać pod uwagę dokonując kwalifikacji pod to pojęcie. Tak więc przyjmuje się, że ceną rażąco niską jest cena niewiarygodnie niska i znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Odrzucenie oferty z tego powodu (rażąco niskiej ceny) musi być jednak poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, przy czym ustawa nie określa przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. „Každorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska” (Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07).

Tymczasem zamawiający w niniejszym stanie faktycznym, co konsekwentnie podnosił na rozprawie, nie powziął wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę Astaldi jako ceny, za którą nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia. Analiza zawartych w ofertach dokumentów, jak również posiadane przez niego informacje na temat cen uzyskiwanych przez zamawiających w innych postępowaniach, w tym w postępowaniach o podobnym przedmiocie zamówienia, znajomość cen rynkowych, ustalona przez niego wartość szacunkowa zamówienia oraz porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w tym konkretnym postępowaniu nie dały mu podstaw nie tylko, że do powzięcia takich wątpliwości, ale i podjęcia stosownych działań, w tym wezwania wykonawcy Astaldi do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wartość szacunkowa zamówienia, wskazana przez zamawiającego w punkcie 2 Protokołu postępowania (Druk ZP-PN), została ustalona na kwotę 417.282.902,69 zł netto. Kwota ta – jak wynika z ww. protokołu - obejmuje także wartość zamówień uzupełniających

w wysokości 12.153.870,95 zł netto. Kwota ta – jak podniósł zamawiający – obejmuje także dostawę systemu transportu i kontroli bagażu rejestrowanego (BHS) w wysokości 51.387.694,99 zł netto, które to zadanie nie jest przedmiotem tego postępowania. Zostało ono bowiem – zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 „Wyłączenia”, ppkt 3.2 (str. 41 SIWZ) – z niego wyłączone. Okoliczność tę potwierdza także pismo zamawiającego z dnia 29 stycznia 2013 r., w którym wskazał on czego kosztorysy nie obejmują, a co zostało uwzględnione w szacunkowej wartości zamówienia („koszty dostaw inwestorskich (systemów BHS i UK) oraz robót uzupełniających”), jak również to co one (kosztorysy) obejmują, a co zostało wyłączone z zakresu tego zamówienia. Tak więc wartość szacunkowa tego konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wskazanych wyżej okoliczności, wynosi faktycznie – jak wykazał to zamawiający - 354.427207,01 zł netto. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług ustalone przez zamawiającego z należytą starannością (art. 32 - 35 ustawy Pzp). W przypadku robót budowlanych dochowaniem należytej staranności jest ustalenie wartości zamówienia m.in. na podstawie kosztorysu inwestorskiego i w taki właśnie sposób - jak wynika z Protokołu postępowania (Druk ZP-PN) - została oszacowana wartość tego konkretnego zamówienia. Wartość ta została następnie zweryfikowana przez firmę zewnętrzną (DEKRA) i uznana za prawidłowo ustaloną. W toku przedmiotowego postępowania przetargowego żaden z wykonawców nie kwestionował prawidłowości oszacowania wartości zamówienia, nie uczynił tego także i odwołujący. Tak więc obecne kwestionowanie prawidłowości sporządzenia kosztorysów inwestorskich (zarzut ten został podniesiony bowiem dopiero na rozprawie) będących podstawą oszacowania wartości tego zamówienia jest spóźnione.

Wartość szacunkowa tego zamówienia wynosi więc 354.427207,01 zł netto. Natomiast wykonawca Astaldi zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za cenę 299.906.365,58 zł netto. Z zestawienia tych kwot (netto) (354.427207,01 zł netto i 299.906.365,58 zł netto) wynika zatem, że cena ofertowa wykonawcy Astaldi stanowi 85% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że w tym konkretnym przypadku odstępstwo ceny kwestionowanej oferty od wartości szacunkowej zamówienia wynosi 15%. W każdym postępowaniu ta procentowa wartość odstępstwa danej oferty (oferty z najniższą ceną) od oszacowanej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia będzie inna, bowiem mają na nią wpływ inne czynniki. Tak więc odnoszenie ceny ofertowej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające i nie może stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska. Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. (C-103/88, „Fratelli Constanzo”), niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego

poziomu, a do tego właśnie (odniesienia arytmetycznego) odwołujący się przede wszystkim odnosi w treści złożonych pism procesowych.

Tymczasem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest pewnego rodzaju rynkową konfrontacją cen oferowanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia. Oferta najkorzystniejsza cenowo jest bowiem z reguły ofertą z ceną niższą niż szacunkowa wartość zamówienia. Sytuacja taka ma niewątpliwie miejsce także w niniejszym stanie faktycznym. Cena oferty wykonawcy Astaldi jest bowiem niższa od szacunkowej wartości zamówienia i wynosi ona 85% tej wartości. Cena oferty tego wykonawcy jest niższa od ceny oferty odwołującego (oferty sklasyfikowanej na miejscu drugim w rankingu ofert) o około 21 %, a od ceny oferty kolejnego z wykonawców, tj wykonawcy - Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (oferty sklasyfikowanej na miejscu trzecim w rankingu ofert) o około 27%. Niemniej jednak okoliczność ta nie oznacza, że cena oferty wykonawcy Astaldi jest rażąco niska. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Powyższe bowiem co najwyżej wskazuje, że zaistniała różnica (różnica pomiędzy cenami ofert poszczególnych wykonawców) jest wynikiem konkurencji i walki cenowej na rynku tego rodzaju zamówień, gdyż ceny zaoferowane w ofertach złożonych przez wykonawców w toku danego postępowania odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla danego zamówienia. Ceny te są bowiem kalkulowane w tym samym czasie i mają na nie wpływ uwarunkowania gospodarcze dotyczące tego samego rynku robót, jak i kondycja finansowa poszczególnych wykonawców.

W kontekście powyższego stwierdzić więc należy, iż cena zaoferowana przez wykonawcę Astaldi jest ceną, która nie różni się w sposób znaczący ani od cen ofertowych pozostałych wykonawców, ani też od wartości szacunkowej zamówienia. Taka rozpiętość cen, jak wystąpiła w niniejszym stanie faktycznym (różnica między kolejnymi ofertami w rankingu ofert wynosiła bowiem odpowiednio około 21% i 27%), jest naturalna w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem wybór oferty spełniającej oczekiwania zamawiającego, w tym oferty z najniższą ceną. Dlatego też z faktu zaoferowania ceny niższej od szacunkowej wartości zamówienia, jak i cen zaoferowanych przez innych wykonawców nie można wywodzić tezy o rażąco niskiej cenie w sytuacji, gdy cena ta nie odbiega w sposób istotny od realiów rynkowych.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że ocena tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, co do zasady, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę, zwłaszcza przy ustalonym przez zamawiającego wynagrodzeniu ryczałtowym (Rozdział XI SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, pkt 3 – str. 24). Izba podziela w tym zakresie stanowisko

wyrażone w wyrokach: Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06; Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 425/04; jak i Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 21.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 628/05.

Tymczasem odwołujący poza kwestionowaniem ceny oferty wykonawcy Astaldi jako całości (w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia i cen pozostałych ofert) podniósł także, iż rażąco niską cenę zaoferowano co do pewnego, ograniczonego zakresu przedmiotu zamówienia, a mianowicie niektórych elementów Tabeli Scalonych Elementów Rozliczeniowych, mianowicie zadań: etapu DR (budynek techniczny, kontenerowe agregaty prądotwórcze), etapu DR (drogi i place, organizacja ruchu, oznakowanie poziome płyty przedterminalowej i dróg technicznych), etapu E (instalacje elektryczne) oraz zadania nr 2 (budowa i przebudowa wewnętrznego układu komunikacyjnego). Niemniej jednak – jak wykazał zamawiający – prace wykonywane w ramach etapu DR są wyceniane poniżej jego kwot szacunkowych zamawiającego. A ponadto - w niniejszym stanie faktycznym - ich wartość jest marginalna, gdyż stanowi jedynie około 1,5% wartości całego zamówienia, a wartość dotycząca pozycji PPC stanowi około 0,03% jego wartości. W odniesieniu do etapu E (Instalacje elektryczne) w każdej z kwestionowanych pozycji oferty co najmniej dwóch wykonawców są niższe od wartości szacunkowej zamówienia, a w przypadku zadania 2 (Wewnętrzny Układ Komunikacyjny - WUK) oferty wszystkich wykonawców są niższe od wartości wynikającej z kosztorysu inwestorskiego. A ponadto ceny tych pozycji „w przeważającej większości (...) zostały zaoferowane w podobnej cenie przez choćby jednego z innych oferentów lub znajdują potwierdzenie w kosztorysie inwestorskim”. Ceny te – jak słusznie podniósł zamawiający - nie są więc cenami nierealnymi i odbiegającymi od rzeczywistości. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do cen zaoferowanych przez innych wykonawców lub szacunku zamawiającego nie jest dowodem na to, że oferta wykonawcy Astaldi stanowi ofertę z rażąco niską ceną. Nawet gdyby odwołujący, w tym konkretnym stanie faktycznym, udowodnił, że cena w kwestionowanym zakresie (w kwestionowanych pozycjach tabeli) była ceną nierealistyczną to nadal nie przesądza to o tym, że cena całej oferty jest ceną rażąco niską.

Reasumując Izba stwierdziła, iż „to odwołujący – zgodnie z regułą z art. 6 k.c. - winien był bowiem udowodnić, że cena podana przez wygrywającego przetarg wykonawcę jest rażąco niska. W szczególności winien był wykazać, że wykonawca ten ustalił cenę poniżej własnych kosztów, że będzie ponosił z tego tytułu straty i że w przyszłości zagrozi to bezpiecznemu wykonaniu umowy zawartej z zamawiającym.” (wyrok SO w Bielsku Białej z 10 marca 2009 r., sygn. akt II Ca 88/09). Okoliczności tej odwołujący niewątpliwie nie wykazał. Tym samym Izba uznała, iż zamawiający prawidłowo uczynił, uznając iż w niniejszym stanie faktycznym nie może być mowy o rażąco niskiej cenie, jak również, że brak

jest podstaw, aby wzywać wykonawcę Astaldi do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: