

WYROK

z dnia 1 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., TAHAL POLSKA Sp. z .o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez „Wodociągi Płockie” Sp. z o.o., ul. harc. A. Gradowskiego 11, 09-402 Płock

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Sp. z o.o., Molewski Sp. z o.o., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. **wykonawcy Skanska S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., TAHAL POLSKA Sp. z .o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** 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 udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A., TAHAL POLSKA Sp. z .o.o., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa** 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 Płocku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa kanalizacji sanitarnej na terenie osiedli Góry i Ciechomice”, realizowane w ramach projektu pn.: „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Miasta Płocka, etap II”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lutego 2013 r. pod numerem 2013/S 031-048545.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Skanska S.A. i zaniechania przez Zamawiającego wezwana wskazanego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, zachowanie Zamawiającego stanowi naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w związku z powyższym sformułował następujące żądania: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Skanska i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wezwania Skanska S.A., w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że najkorzystniejsza oferta opiewała na kwotę 13.646.918,78 zł brutto. Kolejne oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu opiewały na kwotę: oferta Odwołującego - 16.586.921,57 zł, oferta konsorcjum firm w składzie: M..... Sp. z o.o. oraz P.W. Hydrobud Sp. z o.o. - 17.684.665,71 zł, oferta Pol-Aqua S.A. - 17.980.000,00 zł, oferta konsorcjum firm w składzie: Hydropol Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego Meliorex Sp. z o.o. - 19.554.819,80 zł. Zamawiający na realizację niniejszego zamówienia przewidział budżet w wysokości: 30.750.000,00 zł.

W związku z powyższym Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy Skanska S.A. była o 17.103.081,22 zł (o 56%) niższa niż przewidziany przez Zamawiającego budżet, o 5.897.901,02 zł (o 30%) niższa niż oferta z najwyższą ceną złożona w niniejszym postępowaniu oraz o 4.302.182,99 zł (o 24%) niższa niż średnia cena innych ofert.

Zdaniem Odwołującego, już wstępna analiza złożonych przez wykonawców przedmiarów robót pozwala stwierdzić, iż wykonawca Skanska S.A. podał m.in. w pozycjach związanych z wykonaniem wykopów wraz z niezbędnym odwodnieniem i umocnieniem

ścian wykopów oraz wywozem i unieszkodliwieniem gruntu wraz z podłożami sypkimi pod rurociągi oraz w pozycjach związanych z obsypką piaskową oraz zasypaniem wykopów wraz z profilowaniem i zagęszczeniem kwoty znacznie niższe niż pozostali oferenci.

Zatem, zważywszy na stopień odbiegania ceny oferty wykonawcy Skanska S.A. zarówno od ceny ofert innych wykonawców oraz od przewidzianego przez Zamawiającego budżetu oraz na odbieganie wartości pozycji wskazanych w przedmiarze, Zamawiający, zdaniem Odwołującego, winien był, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócić się do wykonawcy Skanska S.A. o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Na obecnym etapie Zamawiający nie może mieć pewności, iż zaproponowana przez wykonawcę Skanska S.A. cena jest ceną realistyczną, adekwatną do zakresu i kosztów prac, składających się na przedmiot zamówienia, zakładając wykonanie przedmiotu zamówienia powyżej jego rzeczywistych kosztów, w związku z czym, czy jest ceną rynkową.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 25.000.000,00 zł (protokół postępowania –druk ZP-PO), przy uwzględnieniu okoliczności, że Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego (pkt 6 części I IDW).

Ceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu kształtowały się na poziomie wskazanym przez Odwołującego. Jeśli zaś idzie o ceny jednostkowe kwestionowanych pozycji przedmiaru robót to stwierdzić należy, że Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. z siedzibą w Warszawie zaoferowało realizację robót z poz. 7 wspomnianego przedmiaru za cenę niższą niż wykonawca Skanska S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, o zaistnieniu obowiązku wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przesądza powzięcie przez zamawiającego wiedzy o rażącym odbieganiu ceny oferty od cen pozostałych ofert lub wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, które nie znajduje usprawiedliwienia w okolicznościach faktycznych, przy czym źródłem powstania wątpliwości może być zarówno przeprowadzona przez zamawiającego analiza ekonomiczna złożonych ofert, jak i argumentacja przedstawiona przez innego wykonawcę.

Skoro w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający samodzielnie nie znalazł podstaw do wdrożenia procedury wyjaśnień, o której mowa w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy

Pzp, odpowiedzi wymaga, czy fakty, na które powołuje się Odwołujący stanowią dostateczną podstawę do powzięcia przez Zamawiającego wspomnianych wątpliwości i wezwania Skanska S.A. do wyjaśnień. Jednocześnie, w ocenie Izby, argumentacja podniesiona w odwołaniu ograniczająca się do wskazania na różnice procentowe pomiędzy cenami złożonych ofert, a także na stosunek ceny wybranej oferty do budżetu przeznaczanego na realizację zamówienia nie przesądza o konieczności żądania wyjaśnień. Zdaniem Izby, są to generalne wskazówki, dotyczące stosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wprost niewynikające z tego ani z innych przepisów, dotyczących zamówień publicznych, które nie muszą być adekwatne w okolicznościach każdego konkretnego przypadku.

Zostało to dostrzeżone w orzecznictwie Izby, w szczególności w wyroku z dnia 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 814/11) zauważono, że zamawiający porównując cenę oferty najkorzystniejszej z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o podatek VAT oraz z kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, powinien odwołać się *do doświadczenia życiowego, które wskazuje, iż w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej różnice te kształtują się nawet na poziomie 50 % i nie stanowią o rażąco niskiej cenie.* Izba uznała ponadto, że: *Ustalenie jakichkolwiek sztywnych wskaźników nie jest [na gruncie art. 90 ust. 1 Pzp] możliwe i dopuszczalne (...) Brak wskazania przez ustawodawcę tychże wskaźników ma chronić przed wszelkim automatyzmem i bezrefleksyjnym („na wszelki wypadek”, czy „z ostrożności) wdrażaniem postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny.* Analogiczne stanowisko pojawia się również w orzecznictwie sądów okręgowych: *Przepis art. 90 ust. 1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przyjęcie zatem wyłącznie arytmetycznego kryterium i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne. Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Podkreślić należy, iż wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków, kiedy to postępowanie należy wdrożyć. Zamawiający zatem nie ma obowiązku wdrożenia postępowania sprawdzającego w każdym przypadku. Nie można podzielić zarzutów skargi, że obowiązek wykazania, iż cena oferty jest rażąco zaniżona nałożony jest na zamawiającego co wynika z art. 90 ustawy Pzp. (...) Jeżeli zamawiający nie poweźmie wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco zaniżona to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 230/10).

Przechodząc do oceny argumentacji powołanej przez Odwołującego zauważyć należy, iż wnioskowanie Odwołującego oparte o różnice arytmetyczne poszczególnych cen

jest obarczone błędem. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż wartość szacunkowa zamówienia wynosi 25.000.000,00 zł, z uwzględnieniem 20% wartości zamówień uzupełniających. Oznacza to, że wartość szacunkowa zamówienia podstawowego wynosi ok. 20.800.000,00 zł, a powiększona o podatek VAT stanowi kwotę 25.584.000,00 zł, a nie jak podaje Odwołujący 30.750.000,00 zł. W konsekwencji stwierdzić należy, iż cena oferty najkorzystniejszej stanowi 53% wartości brutto zamówienia, oszacowanej przez Zamawiającego i jest niższa o ok. 11.937.082,00 zł (46%) od wskazanej wartości, a nie jak podaje Odwołujący o 17.103.081,22 zł (56%). Ponadto, zwrócić należy uwagę, iż Odwołujący pomija różnice występujące pomiędzy ceną oferty najkorzystniejszej a cenami poszczególnych ofert, z rankingu ofert, które wynoszą odpowiednio ok. 18%, 24% i 34%, a dostrzega jedynie różnicę pomiędzy ceną oferty najkorzystniejszej a ceną oferty z najwyższą ceną i średnią ceną ofert.

Jakkolwiek należy zgodzić się z Odwołującym, że różnice te nie są pomijalne, to jednakże doświadczenie życiowe wskazuje, że różnice występujące pomiędzy cenami poszczególnych ofert i ich relacja do budżetu zamówienia nie jest niczym nadzwyczajnym a wręcz przeciwnie, jest zjawiskiem często spotykanym i znajdującym uzasadnienie, biorąc pod uwagę sytuację rynkową. W okolicznościach niniejszej sprawy wymaga również uwzględnienia fakt, że Zamawiający na rozprawie przyznał, że szacował wartość zamówienia z pewną ostrożnością (nadmiarem), bowiem intencją jego było prowadzenie postępowania z uwzględnieniem regulacji właściwych dla postępowań powyżej tzw. progów unijnych, ze względu na realizację zamówienia przy wykorzystaniu unijnych środków finansowych. Nadto, nie należy również pomijać okoliczności wskazanych przez Przystępującego, którym Odwołujący skutecznie nie zaprzeczył, iż realizacja dużego kontraktu w sąsiedztwie zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania pozwala obniżyć koszty wykonania inwestycji, o którą się ubiega.

W ocenie Izby, wskazanie przez Odwołującego na różnice występujące w cenach jednostkowych pozycji 7 i 8 przedmiarów robót, dołączonych do ofert również nie świadczy o potrzebie wdrożenia postępowania wyjaśniającego. Nie sposób pominąć, że cena jednostkowa w pozycji 7 przedmiaru robót Skanska S.A. nie jest ceną najniższą, bowiem Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A. zaoferowało cenę ok. 60% niższą. Nadto, wypada również zwrócić uwagę, że wartość kwestionowanych pozycji nie ma istotnego znaczenia, biorąc pod uwagę cenę danej oferty. Na uwagę zasługują również twierdzenia Przystępującego, którym Odwołujący skutecznie nie zaprzeczył, że Przystępujący dysponuje dokładnymi badaniami podłoża, w którym będą prowadzone

wykopy, co umożliwi dokładne skalkulowanie ceny oferty. Nadto, z realizowanego obecnie kontraktu może przeznaczyć grunty na zasypki, co wpływa na możliwość obniżenia ceny.

Twierdzenia Odwołującego o jedynie przykładowym wskazaniu na ww. pozycje przedmiaru obciążają jedynie Odwołującego i winny być traktowane jako odstępianie od powołania dalszych dowodów. Ciężar udowodnienia określonych faktów spoczywa na Odwołującym, rolą Izby nie jest zaś poszukiwanie okoliczności uzasadniających tezy formułowane przez Odwołującego.

Reasumując, stwierdzić należy, iż arytmetyczne porównanie cen poszczególnych ofert i ustalenie ich relacji do budżetu, przeznaczonego na realizację zamówienia, nie zawsze jest wystarczające dla powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do zaoferowania ceny realnej. Dla oceny, czy uzasadnione jest żądanie wyjaśnień, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, niezbędna jest ocena całokształtu okoliczności faktycznych danej sprawy. W ocenie Izby, podniesiona przez Odwołującego argumentacja ograniczająca się w istocie do matematycznych wyliczeń, z pominięciem innych okoliczności, nie daje podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający winien wezwać wykonawcę Skanska S.A. do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Z tych przyczyn zarzuty naruszenia przepisów art. 90 ust. 1 oraz 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp należy uznać za chybione.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł.

Przewodniczący: