

Sygn. akt: KIO 814/11

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ZUE S.A., Zbigniewa Kargula, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Olsztyn, reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Olsztyna, ul. Pl. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn,**

przy udziale wykonawcy **FCC Construcción S.A., c/Balmes 36, 08007 Barcelona,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 814/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ZUE S.A., Zbigniewa Kargula, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 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: **Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ZUE S.A., Zbigniewa Kargula, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Zbigniew Kargul, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „zaprojektowanie i wykonanie linii tramwajowej odcinka ulicy Obiegowej, zajezdni tramwajowych, przejścia podziemnego pod Al. Piłsudskiego, przebudowy skrzyżowań dla potrzeb poprowadzenia linii tramwajowej w ramach programu budżetowego: „Modernizacja i rozwój zintegrowanego systemu transportu zbiorowego w Olsztynie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 lipca 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2010/S 139-213787.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez FCC Construcción S.A. (dalej „FCC” lub „Przystępujący”) i zaniechania przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w stosunku do oferty najkorzystniejszej w zakresie rażąco niskiej ceny, zarzucając Zamawiającemu obrazę następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113. Poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1. art. 7 ust. 1 poprzez jego niezastosowanie, polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 90 ust. 1 poprzez zaniechanie żądania od Wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, wyjaśnić, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 91 ust. 1 poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo faktu, iż cena zaoferowana przez tę firmę budzi poważne wątpliwości, czy nie jest ceną rażąco niską;

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie ponownej oceny i badania ofert, poprzez przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, mającego na celu ustalenie, czy oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawiera rażąco niską cenę, a w przypadku potwierdzenia, iż cena zaoferowana jest ceną rażąco niską, jej odrzucenie i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wybrał jako ofertę najkorzystniejszą ofertę FCC, pomimo znaczących różnic zarówno pomiędzy zaoferowaną przez tę firmę ceną a cenami zaoferowanymi przez innych wykonawców, jak również pomiędzy zaoferowaną przez tę firmę ceną a wartością, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia. Różnica między ceną oferty FCC a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia wynosi ok. 36 %, a stosunku do budżetu Zamawiającego wynosi ok. 22%. Różnica ceny FCC w stosunku do cen kolejnych

wykonawców, w tym Odwołującego, wynosi ok. 14%. Ceny ofert kolejnych wykonawców są do siebie zbliżone, a w skład konsorcjów je tworzących wchodzi firmy od lat realizujące na polskim rynku podobne projekty i mające w tym zakresie bardzo bogate doświadczenie.

Odwołujący wskazuje, że w doktrynie podnosi się, iż brak jest ustalenia, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej, a ze stanowiska orzecznictwa wynikają daleko idące różnice w tym względzie. Jednakże, zdaniem Odwołującego, można przyjąć, iż Izba aprobuje podnoszone w doktrynie stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej, istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia (G. Wicik, P. Wiśniewski w Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H. Beck. Warszawa 2007, str. 467, wyrok KIO z 10 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 704/10).

Cena oferty zaproponowana przez FCC w stosunku do przedmiotu zamówienia może okazać się ceną nierealną i niewiarygodną. Ponadto, znacząco odbiega od cen rynkowych, co powinno budzić wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący zdaje sobie sprawę z faktu, iż samo arytmetyczne porównanie nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż oferta FCC zawiera rażąco niską cenę, lecz w opinii Odwołującego, bezspornie wskazane różnice powinny stanowić podstawę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z wykładni literalnej przywołanego przepisu, potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie, wynika, że czynności wezwania do wyjaśnień zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wystąpienie do wykonawcy, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ustanawia domniemanie prawne (*praesumptio iuris*) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia Wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Procedura, o zastosowanie której wnioskuje Odwołujący, ma na celu przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym, poprzez wyeliminowanie ofert, ale również ma na celu ustrzeżenie Zamawiającego i uzyskanie przez niego pewności, iż w związku z zaoferowaniem niskiej ceny nie zachodzi niebezpieczeństwo nienależytego wykonania zamówienia lub też niewykonania zamówienia. W opinii Odwołującego, cena zaoferowana przez FCC może skutkować zaoferowaniem innych niż wymagane przez Zamawiającego, rozwiązań technologicznych i sprzętowych, mających znaczny udział w cenie ofert.

Ponadto, oferta złożona przez FCC może jednocześnie stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), stanowiący 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 (art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca FCC podnosząc, iż art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku badania w każdym przypadku, czy oferta zawiera cenę rażąco niską, a zatem nie jest uzasadnione twierdzenie Odwołującego, że w niniejszej sprawie Zamawiający naruszył ten przepis. Możliwość skorzystania z tego przepisu istnieje w sytuacji, gdy w danej sprawie zamawiający nosi się z zamiarem odrzucenia oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ma pozwolić na uniknięcie pochopnego odrzucenia oferty, której cena „na pierwszy rzut oka” wydaje się być za niska. W niniejszej sprawie Zamawiający, na etapie wstępnego badania ofert, nie dopatrył się „rażącego zaniżenia ceny” w ofercie FCC, a zatem nie było zasadne zwracanie się o stosowne wyjaśnienia.

Takie stanowisko podziela też Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 246/11) wskazując, że „nie można także, co przeczy zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu [tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/8 - „Fratelli Constanzo”]. Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Pzp zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia.

Cena zaoferowana przez FCC nie była ceną „rażąco niską”, a w pełni odpowiadała rzeczywistym warunkom rynkowym. Wykonawca stoi na stanowisku, że w aktualnych realiach gospodarczych możliwe jest zrealizowanie przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę, która musi zostać uznana za rynkową. Tym bardziej, że przedmiotowe postępowanie obejmowało udzielenie zamówienia typu „zaprojektuj i zbuduj”. W tego typu zamówieniach istotne zróżnicowanie ofert cenowych jest regułą i nie może budzić zdziwienia.

Przystępujący podaje, iż w dniu 25 listopada 2010 r. rozstrzygnięty został przetarg typu „zaprojektuj i zbuduj” na budowę linii tramwajowej na ul. Powstańców Śląskich w Warszawie. W tym przetargu zamówienie udzielono konsorcjum ZUE i Tor-Kar-SSon Zbigniew Gurgul (członkowie Konsorcjum Mostostal w niniejszym postępowaniu), jednakże cena za 1 km torów zaoferowana przez FCC w niniejszym postępowaniu, jest wyższa niż cena członków

Konsorcjum Mostostal w analogicznym postępowaniu, przy podobnym zakresie prac. Przykład ten przeczy twierdzeniom Odwołującego o rażąco niskiej cenie zaoferowanej przez FCC. W realiach niniejszej sprawy, wykonanie zamówienia za cenę przedstawioną przez FCC i przy spełnieniu wszystkich wymagań SIWZ jest całkowicie możliwe i nie istnieje dowód na poparcie tezy przeciwnej.

Przystępujący wskazuje, że pojęcie „rażąco niska cena” nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp. Jednakże praktyka orzecznicza wykształciła pewne mechanizmy pozwalające stwierdzić, czy w danym przypadku mamy do czynienia z „ceną rażąco niską”. W tym miejscu odwołuje się do wyroku z dnia 16 lutego 2011 r. Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 246/11, postanowienia Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05, wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt: XIX Ga 3/07, wyroku ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89, wyroku ETS w sprawie 76/81 [„Transporoute”] i wyroku ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 [„Fratelli Costanzo ”].

Przystępujący podkreśla, iż w niniejszej sprawie Odwołujący żąda uznania za „rażąco niską” ceny zaoferowanej przez Wykonawcę opierając się tylko i wyłącznie na kryterium arytmetycznym. Jednocześnie Wykonawca nie podaje żadnego argumentu merytorycznego przemawiającego za tym, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez FCC.

Dodatkowo wskazuje, że podkreślana przez Odwołującego różnica ceny zaoferowanej przez FCC w stosunku do cen kolejnych wykonawców (w tym Odwołującego) wynosi niecałe 14%, a zatem nie jest drastycznie niższa od cen pozostałych oferentów, zwłaszcza, jeżeli uwzględnimy kontekst w postaci formuły „zaprojektuj i zbuduj” zamówienia.

Dalej podaje, iż w wyroku z dnia 5 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2043/10) Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że zgodnie z art. 6 k.c. stosowanym w postępowaniu na podstawie art. 14 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie.

W niniejszej sprawie Zamawiający jest w pełni uprawniony do polegania na ważnej i wiążącej ofercie FCC. Wszyscy uczestnicy postępowania to godni zaufania przedsiębiorcy, z bogatym doświadczeniem przy podobnych zamówieniach i FCC nie jest wyjątkiem w tej grupie. FCC zna ceny i realia realizacji tego typu zamówienia w Polsce i złożona oferta bazowała na tej wiedzy i doświadczeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem niniejszego postępowania jest zaprojektowanie i wykonanie linii tramwajowej, odcinka ulicy Obiegowej, zajezdni tramwajowej, przejścia podziemnego i przebudowa skrzyżowań, dla potrzeb poprowadzenia linii tramwajowej.

Pierwotnie wartość szacunkowa zamówienia została ustalona dla zamówienia podstawowego na poziomie 295.493.631,06 zł, jednakże pod wprowadzeniu zmian do przedmiotu zamówienia (zmniejszono jego zakres – zrezygnowano z budowy zajezdni przy ul. Sikorskiego), które znalazły swoje odbicie w suplemencie z dnia 25 sierpnia 2010 r., nr 2010/S 164-251449, do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 21 lipca 2010 r., nr 2010/S 139-213787, wartość zamówienia podstawowego, jak wynika z pisma z dnia 23 sierpnia 2010 r., oszacowano na kwotę 263.311.040,40 zł (z podatkiem VAT 321.239.469,29 zł). Wskazana kwota brutto została podana przez Zamawiającego, jak wynika z protokołu postępowania, przed otwarciem ofert, jako kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W niniejszym postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców, którzy zaproponowali następujące ceny: 249.781.708,72 zł, 289.642.999,91 zł, 300.664.380,00 zł, 331.970.000,00 zł, 364.738.442,82 zł (protokół postępowania).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Istota sporu między stronami sprowadza się do kwestii postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zatem, rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w istocie powinno dać odpowiedź, w jakiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest do wdrożenia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Analizując wskazany przepis należy dojść do przekonania, że po pierwsze, ustawodawca nie ustanowił obowiązku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania, po drugie - w tym względzie nie skonkretyzował przesłanek, po ziszczeniu których, aktualizowałyby się po stronie zamawiającego konieczność wszczęcia tegoż postępowania. Jedyne obowiązki, jakie zostały nałożone na zamawiającego, to poprzedzenie decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, postępowaniem wyjaśniającym, przeprowadzonym w tym zakresie. Z jednej strony oznacza to, że ustawodawca ustanowił ochronę dla wykonawcy w postaci zapobieżenia nieuzasadnionym odrzuceniom ofert, z drugiej zaś strony nałożył na zamawiającego obowiązek badania, w przypadku wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, obiektywnych czynników, mających wpływ na cenę oferty. W konsekwencji stwierdzić należy, iż wolą ustawodawcy nie było wprowadzenie regulacji, która nakładałaby na zamawiającego obowiązek wdrożenia postępowania w przedmiocie rażąco niskiej ceny, każdorazowo, w odniesieniu do oferty z najniższą ceną, a ponadto ustawodawca nie uznał, iż określenie (ustalenie) jakichkolwiek warunków, w oparciu o które przeprowadzona jest wstępna weryfikacja ceny oferty i w zależności od jej wyniku, zachodzi bądź nie, konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, jest celowe. Stanowisko to jest jak najbardziej uzasadnione zważywszy na fakt, iż zmieniające się warunki rynkowe, rodzaj i

specyfika danego zamówienia nie pozwalają na określenie obiektywnych warunków, które mogłyby być pomocne przy dokonaniu weryfikacji.

Pozostaje zatem pytanie, w jakich okolicznościach zamawiający powinien powziąć wątpliwości w przedmiocie rażąco niskiej ceny i w konsekwencji wdrożyć postępowanie wyjaśniające. Skoro ustawodawca nie dał w tym względzie żadnych wskazówek, należy każdorazowo indywidualnie analizować i oceniać okoliczności danej sprawy. Jednocześnie brak wytycznych ze strony ustawodawcy należy potraktować, iż posłużenie się ogólnymi wskaźnikami (np. dokonanie arytmetycznych porównań) z reguły nie jest wystarczające. Izba stoi na stanowisku, iż wykazanie arytmetycznych różnic pomiędzy ceną oferty najkorzystniejszej a ceną oferty Odwołującego, nie uzasadnia podjęcia postępowania wyjaśniającego z tej przyczyny, iż z doświadczenia życiowego wynika, iż w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej, w warunkach konkurencyjności, różnice w cenach ofert nie są niczym zaskakującym, również różnice na poziomie kilkunastu procent. Nadto, Odwołujący pomija, iż nie tylko różnica pomiędzy pierwszą i drugą w kolejności ofertą pod względem ceny kształtuje się na wskazanym poziomie, podobnie wypada porównanie ofert trzeciej z czwartą i czwartej z piątą. Nie jest więc prawdą, iż drastyczna różnica w cenie występuje jedynie pomiędzy ofertą najkorzystniejszą a następną.

Ponadto, zdaniem Izby, o istotności różnicy nie można mówić w sytuacji, kiedy oscyluje ona na poziomie nieco ponad 10%. Jak wskazywano już bowiem, realia gospodarcze potwierdzają ich występowanie i stanowią dla nich uzasadnienie.

Podobnie należy ocenić dokonane przez Odwołującego porównanie ceny oferty najkorzystniejszej z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o podatek VAT oraz z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Niezależnie od tego, iż w trakcie rozprawy ustalono, że kwoty te są tożsame, to Izba stoi na stanowisku, iż wskazane kryteria nie są wymierne. I tu znowu należy 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 stoi na stanowisku, iż w niniejszej sprawie, skoro Zamawiający nie powziął wątpliwości co do realności ceny oferty najkorzystniejszej, za niewystarczające należało uznać, z powodów, o których była mowa wyżej, odwołanie się jedynie do porównań arytmetycznych pomiędzy określonymi cenami. Niezbędne, w ocenie Izby, było wskazanie okoliczności faktycznych, które przynajmniej uprawdopodobniałyby podejrzenie o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej. Jak wskazuje bowiem sam Odwołujący, wdrożenie postępowania wyjaśniającego prowadzi do powstania domniemania prawnego zaoferowania ceny rażąco niskiej. Jednakże powstanie wskazanego domniemania, rodzącego określone skutki, nie może, jak wynika z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zasadać się na pewnym automatyzmie. Wątpliwości zamawiającego muszą mieć bowiem określone uzasadnienie

faktyczne. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wskazał na żadne okoliczności faktyczne, które mogłyby stanowić podstawę wszczęcia postępowania odwoławczego w przedmiocie rażąco niskiej ceny (art. 6 k.c w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż charakter ceny w niniejszym postępowaniu (cena ryczałtowa), a co za tym idzie, brak szczegółowych danych w ofertach, dotyczących kalkulacji ceny oferty, uniemożliwia wskazanie tychże okoliczności. Odwołujący, jako profesjonalny podmiot, działający na rynku „robót tramwajowych” z pewnością potrafi wskazać i doskonale zdaje sobie sprawę, w jakich obszarach danego zamówienia możliwe są oszczędności i na jakim poziomie, a tym samym jakie czynniki i jak dalece determinują cenę, tak, aby przedstawić okoliczności, które w świetle danej ceny znajdują uzasadnienie, a których uzasadnić się nie da.

Podkreślenia wymaga, iż w ocenie Izby, za nieuprawnioną należy uznać interpretację przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp prowadzącą do wniosku, iż występowanie jakichkolwiek różnic albo różnic na poziomie odpowiednio ok. 10 i 20% pomiędzy ceną oferty najkorzystniejszej a ceną następnej oferty w rankingu ofert, czy też pomiędzy ceną najkorzystniejszej a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT lub kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, obliguje zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Ustalenie jakichkolwiek sztywnych wskaźników nie jest możliwe i dopuszczalne, w świetle analizowanego przepisu. 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.

Za nieadekwatne uznała Izba odwoływanie się zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego do warunków innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, zakres wskazywanych postępowań jest nieporównywalny, bowiem dotychczas nie przeprowadzono na rynku krajowym zamówienia na kompleksową realizację systemu transportu krajowego w danym mieście, tym samym ma ono charakter unikatowy. Po drugie, wskazywane przez Odwołującego, dotychczas występujące różnice pomiędzy cenami ofert, na poziomie 4-5% dotyczą z jednej strony innego zakresu zamówienia, z drugiej zaś strony były charakterystyczne dla rynku, na którym Przystępujący dotychczas nie występował, a dotyczą podmiotów, które na tym rynku dotychczas były obecne, a więc w określonym przedziale czasowym konkurowały między sobą i funkcjonowały na pewnym przewidywalnym i utrwalonym polu konkurencyjności. Co oznacza, iż wykonawcy ci mieli wiedzę, co do określonych możliwości konkurencyjnych określonych podmiotów i na tej podstawie konstruowali swoje oferty, niejednokrotnie w różnych konfiguracjach wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie, Przystępujący podejmując decyzję o wejściu na ten segment rynku, mając dostęp do informacji obrazujących ten rynek, nie

mógł ich pominąć, chcąc złożyć ofertę najkorzystniejszą. Przystępujący miał jednocześnie więc tę przewagę, iż znał realia panujące na rynku, który chciał zdobyć, zaś dotychczasowi uczestnicy tego rynku, jeśli nawet liczyli się z pojawieniem nowej konkurencji, to ich wiedza co do możliwości konkurencyjnych nowego podmiotu mogła być jedynie hipotetyczna.

Nie bez znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia jest również okoliczność, iż niniejsze zamówienie realizowane jest w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Oznacza to bowiem, że jakkolwiek prace projektowe stanowią 4-5% wartości zamówienia, to nie można pominąć, iż jest to przedział wskazany przez Przystępującego i u różnych wykonawców może kształtować się na innym poziomie. Jednocześnie jest to obszar, gdzie z pewnością można poczynić oszczędności, bowiem głównym czynnikiem cenotwórczym kosztów wykonania prac projektowych jest koszt pracy projektantów. Najważniejszy jednak jest fakt, iż Zamawiający pozostawił wykonawcom pewną swobodę w rozwiązaniu określonych kwestii technicznych i technologicznych, na co wskazuje opis przedmiotu zamówienia, zawarty w programie funkcjonalno-użytkowym. Nadto, sam Odwołujący na rozprawie potwierdził, iż dotyczy to drobnych obiektów budowlanych, ale również, jak wskazał Przystępujący, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, rozwiązań geotechnicznych i sposobu wykonania przekładek mediów.

Na marginesie należy jedynie zwrócić uwagę, iż argumentacja Przystępującego dotycząca przesłanek uznania ceny za rażąco niską jest zbędna, bowiem Odwołujący prezentowanego stanowiska nie opierał na zarzucie zaoferowania ceny rażąco niskiej, ale na zaniechaniu przez Zamawiającego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Reasumując, stwierdzić należy, iż poprzestanie przez Odwołującego jedynie na argumentacji obrazującej różnice arytmetyczne w cenach ofert, z uwzględnieniem wartości szacunkowej zamówienia (powiększonej o podatek VAT) i kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, w warunkach niniejszej sprawy jest niewystarczające dla uprawdopodobnienia, że Przystępujący za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferował cenę rażąco niską. Tylko bowiem wskazanie okoliczności, które stanowiłyby uprawdopodobnienie wystąpienia ceny rażąco niskiej może prowadzić do wdrożenia postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Brak podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny powoduje, iż zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony. Tym samym, wobec niepotwierdzenia się ww. zarzutu, zarzuty naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 nie znajdują uzasadnienia.

Odwołujący nie wykazał również, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp 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: