

Sygn. akt KIO/UZP 1511/08

WYROK
z dnia 13 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Członkowie: **Małgorzata Stręciwilk**
Ryszard Tetlaff

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Polimex – Mostostal S.A., Doprastav a.s., ul. Czackiego 15/17, 00 – 950 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31 – 542 Kraków** protestu z dnia 5 grudnia 2008 r.,

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX DROMEX S.A., ul. Stawki 40, 01 – 040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Polimer – Mostostal S.A., Doprastav a.s., ul. Czackiego 15/17, 00–950 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Polimer – Mostostal S.A., Doprastav a.s., ul. Czackiego 15/17, 00 – 950 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **Konsorcjum firm: Polimer – Mostostal S.A., Doprastav a.s., ul. Czackiego 15/17, 00 – 950 Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31 – 542 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Polimex – Mostostal S.A., Doprastav a.s., ul. Czackiego 15/17, 00 – 950 Warszawa.**

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

W postępowaniu na „Budowę drogi klasy GP na odcinku od km 0+735 do km 3 + 225 (według kilometraża lokalnego) łączącej węzeł Radzikowskiego z projektowanym węzłem Modlnica wraz z budową III etapu węzła Radzikowskiego" konsorcjum firm Polimex - Mostostal S.A. oraz Doprastav a.s., zwane dalej protestującym lub odwołującym złożyło protest na czynności zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie, polegające na:

1. zaniechaniu wezwania przez zamawiającego wykonawcy Budimex - Dromex S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą Pzp oraz w przypadku gdyby Budimex - Dromex S.A. nie złożył wyjaśnień lub przedstawione wyjaśnienia prowadziłyby do uznania, iż oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do

przedmiotu zamówienia, zaniechaniu odrzucenia oferty Budimex - Dromex S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,

2. zaniechaniu odrzucenia oferty Budimex - Dromex S.A. pomimo, iż wykonawca ten popełnił błędy w obliczeniu ceny, które powodują niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), a nie podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty Budimex - Dromex S.A. pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. wyborze oferty Budimex - Dromex S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Protestujący zarzucił zamawiającego naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy, który zaproponował cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty, która zwiera błędy w obliczeniu ceny niepodlegające poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. IOS8), a które to błędy powodują niezgodność oferty z treścią SIWZ,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez wybór oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

oraz zażądał:

1. uchylecia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania przez zamawiającego ponownej oceny oferty z uwzględnieniem, iż oferta złożona przez Budimex - Dromex S.A. powinna podlegać odrzuceniu.

Wykazując swój interes prawny, protestujący podał, że w przypadku uwzględnienia protestu, oferta protestującego będzie ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał:

zarzut naruszenia art. 89 ust. 4 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

Cena podana przez Budimex - Dromex S.A. za realizację całego przedmiotu zamówienia, tj. 122 647 889, 06 zł netto, 149 630 424, 65 zł brutto jest o około 40% procent niższa niż cena, na którą został przygotowany kosztorys inwestorski i którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wysokość pozostałych cen

zaproponowanych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wynosiła 157 329 311, 18 zł w przypadku protestującego, a w przypadku pozostałych wykonawców 169 552 522, 76 zł, 176 229 265, 17 zł, 176 321 783, 29 zł, 182 987 224, 79 zł.

W ocenie protestującego cena wskazana w ofercie Budimex - Dromex S.A. jest ceną rażąco niską, o czym świadczy nie tylko rażąca dysproporcja pomiędzy wysokością ceny zaproponowanej przez Budimex - Dromex S.A. a wysokością kosztorysu inwestorskiego, ale przede wszystkim zastosowane przez Budimex - Dromex S.A. ceny jednostkowe, które wyraźnie wskazują, iż zamówienie zostanie zrealizowane przez Budimex - Dromex S.A. ze stratą.

Protestujący przykładowo podał ceny jednostkowe, między innymi:

w zakresie cen zawartych w kosztorysie E29 ZIELEŃ DROGOWA

cena zaproponowana przez Budimex - Dromex S.A. (str. 89 oferty Budimex - Dromex S.A.) wynosiła 311 340, 98 zł, zaś ceny zaproponowane przez pozostałych wykonawców wynosiły ok. 562 % , 845 % , 247 % , 805 % oraz ok. 311% ceny Budimex - Dromex S.A.

W ocenie protestującego, z powyższego wynika, że ceny podane przez Budimex - Dromex S.A. rażąco odbiegają od cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Analizując ceny jednostkowe, za szczególnie rażąco protestujący uznał cenę zaproponowaną przez Budimex - Dromex S.A. za wykonanie trawników dywanowych siewem na skarpach przy uprawie ręcznej z nawożeniem, kategoria gruntu III wynoszącą 0,11 zł za m², ponieważ kwota ta nie jest wystarczająca na pokrycie kosztów zakupu materiału niezbędnego do wykonania wyżej wymienionej pracy. Kwota podana przez protestującego, którą protestujący uznaje za realną, ale i konkurencyjną zarazem wynosi 3,83 zł. Cena protestującego jest blisko 35 - krotnie wyższa od kwoty podanej przez Budimex - Dromex S.A.

w zakresie cen podanych w kosztorysie dot. Robót drogowych - Droga główna. Wzmocnienie geosyntetykiem podłoża na gruncie słabonośnym, poz. 42.4. materac typu V

Budimex - Dromex S.A. za wykonanie robót objętych wyżej wymienioną pozycją zaproponował cenę jednostkową za m² rzutu 64,57 zł tj. 144 779,05 zł za wykonanie pozycji. Cena ta rażąco odbiega od cen zaproponowanych przez innych wykonawców, wynoszących 387 676,38 zł (cena jednostkowa 172,90 zł), 368 774,63 zł (cena jednostkowa 164,47 zł), 422 654,70 zł (cena jednostkowa 188,50 zł), 112 110,00 zł (cena jednostkowa 50,00 zł), 382 070,88 zł (cena jednostkowa 170,40 zł).

Zdaniem protestującego, przyczyną zaproponowania przez Budimex - Dromex S.A. tak niskich cen (rażąco odbiegających od cen zaproponowanych przez innych wykonawców, a co istotniejsze, rażąco odbiegających od cen rynkowych) był fakt dokonania przez Budimex

- Dromex S.A. (oraz Konsorcjum Eurovia) wyceny robót budowlanych niezgodnych z treścią SIWZ. W efekcie zastosowania tak niskich cen jednostkowych, cena zaproponowana przez tego wykonawcę jest ceną rażąco niską. Biorąc bowiem pod uwagę ceny jednostkowe zaproponowane w innych pozycjach oraz wysokość ceny końcowej, Budimex - Dromex S.A. złożył ofertę, która zakłada realizację zamówienia ze stratą.

Protestujący wywnioskował, że zamawiający powinien wezwać wykonawcę Budimex - Dromex S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w szczególności zażądać przedstawienia szczegółowych kalkulacji cen jednostkowych wymienionych w proteście. W przypadku, gdy wykonawca Budimex - Dromex S.A. nie złoży żądanych wyjaśnień lub wyjaśnienia te okażą się niewystarczające, zamawiający powinien odrzucić ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp

zarzut ten, w ocenie protestującego, dotyczy:

cen podanych w kosztorysie dot. Robót drogowych - Droga główna. Wzmocnienie geosyntetykiem podłoża na gruncie słabonośnym, poz. 42 (42.1.-42.4), materace typu XI, XII, VIII i V

Protestujący podał, że po licznych modyfikacjach dotyczących materacy typu XI, XII i V, ostatecznie pismem z dnia 16.10.2008r. zamawiający wyjaśnił, iż w załączeniu do pisma przekazuje obowiązujący Przedmiar robót i kosztorys ofertowy oraz iż, "ilości i parametry poszczególnych materacy zostały szczegółowo określone w obowiązującym Przedmiarze robót". Do pisma został dołączony przedmiar, z którego jednoznacznie wynikało, iż materac typu V powinien mieć dużo lepsze parametry od materacy oznaczonych XI, XII i VIII. Powyższe dotyczyło geowłókniny i w sposób oczywisty wymuszało zróżnicowanie cen zaproponowanych za poszczególne typy materacy.

Ceny za materac typu V wynosiły od 50,00 zł (Eurovia), przez 64,57 zł w przypadku oferty wybranej do 188,50 zł. Ceny za materac typu XI wynosiły od 70,00 zł, przez 80,80 zł w przypadku oferty wybranej do 130,90 zł. Ceny za materac typu XII wynosiły od 70,00 zł, przez 76,19 zł w przypadku oferty wybranej do 86,94 zł. Ceny za materac typu VIII wynosiły od 64,53 zł w przypadku oferty wybranej do 101,50 zł.

W ocenie protestującego, jedynie w ofercie Budimex - Dromex S.A. oraz konsorcjum Eurovia nie pojawiła się wyraźna różnica w cenie zaproponowanej z tytułu wykonania materaca typu V w stosunku do materacy typu XI, XII oraz VIII. Oczywistym dla protestującego jest, iż wykonawcy Budimex - Dromex S.A. oraz konsorcjum Eurovia nie uwzględniło w swojej ofercie zmiany w zakresie rodzaju materiału, który zgodnie

z przedmiarem powinien być wykorzystany do wykonania materacu typu V. Wyceny materacy XI, XII, VIII oraz V w ofertach tych wykonawców dotyczyły takiego samego rodzaju geotkaniny.

Nadto zdaniem protestującego, błąd ten nie stanowi omyłki - treść kosztorysu wykonawcy Budimex - Dromex S.A. jest jasna i brak podstaw do uznania, iż zamiarem tego wykonawcy było w rzeczywistości złożenie kosztorysu o innej treści. Zamawiający nie dysponuje danymi pozwalającymi na poprawę tego błędu, nie posiada bowiem informacji na temat tego, jaką cenę wykonawca Budimex - Dromex S.A. zastosowałby dla tkaniny określonej w przedmiarze robót, mając natomiast na uwadze różnice pomiędzy ceną zaproponowaną przez Budimex - Dromex S.A., a cenami zaproponowanymi przez innych wykonawców, którzy dokonali prawidłowej wyceny, wszelkie zmiany ceny jednostkowej za materac typu V, polegające na podwyższeniu ceny zaproponowanej przez tego wykonawcę do cen rynkowych, nie mogłyby być uznane za "niepowodujące istotnych zmian w treści oferty".

cen podanych w kosztorysie Roboty drogowe. Droga główna w poz. 88-95 - oznakowanie poziome jezdni mat. grubowarstwowymi - masy termoplastyczne, elementy prefabrykowane

Protestujący wskazał, że pozycje te dotyczyły oznakowań poziomych, wykonanych przy użyciu dwóch różnych rodzajów materiałów: masy termoplastycznej oraz elementów prefabrykowanych, co w sposób oczywisty wymusza weryfikację cen za poszczególne pozycje. Pomimo to, wykonawca Budimex - Dromex S.A. za wszystkie poz. od 88-95 zastosował jednolitą cenę jednostkową wynoszącą 44, 10 zł. Inni wykonawcy (poza Budimex - Dromex S.A. i konsorcjum Eurovia) zastosowali różne ceny.

Różnica pomiędzy pozycjami nr 92-95 w ofercie Budimex - Dromex S.A. a tymi samymi pozycjami w kosztorysie protestującego wynosi 1 045 190, 58 zł. Tym samym nawet jeżeli zamawiający uznałby niezgodność oferty Budimex - Dromex S.A. za omyłkę, jej poprawienie spowodowałoby istotne zmiany w treści oferty tego wykonawcy. Zastosowanie zatem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wykluczone.

zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Protestujący podniósł, iż w przypadku, gdy wykonawca ten dokonał nierzetelnego sporządzenia kosztorysu ofertowego w celu złożenia oferty z najniższą ceną i uzyskania zamówienia, jego oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Analiza kosztorysu przedłożonego przez Budimex - Dromex S.A. jednoznacznie

wskazuje, iż podane w nim ceny nie mają charakteru rzeczywistego, a ich zróżnicowanie nie może być wyjaśnione jedynie za pomocą różnej wysokości zysku, jaki został ustalony za poszczególne roboty. Zdaniem Protestującego takie ukształtowanie cen może wskazywać na to, iż wykonawca Budimex - Dromex S.A. przewiduje, iż zmianie ulegną ilości lub pozycje wskazane w przedmiarze i w oparciu o te szacunki przygotował kosztorys zawierający ceny, jakich wykonawca ten nie zastosowałoby w normalnym obrocie. Oznacza to, że oferta Budimex - Dromex S.A. jest nieporównywalna z ofertami innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Takie nierzetelne przygotowanie kosztorysu ofertowego, którego celem były uzyskanie zamówienia, uznać należy za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, w wyniku którego dojść może nie tylko do naruszenia interesów pozostałych wykonawców, ale także zamawiającego.

Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wskazał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 1441/07) "za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę."

Podał, że w przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego w maju 2008 roku w oparciu o ceny z I kwartału 2008 roku i wynosi 205 049 664 zł, brutto 250 156 930 zł.

Zamawiający wyjaśnił, że 31.10.2008r. dokonano otwarcia ofert, których ceny wynosiły od 149 630 424,82 zł do 182 987 224,79 zł, z czego wynika, iż ceny wszystkich złożonych ofert są faktycznie znacząco niższe od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT (średnio o ok. 32 %), jednak ceny ofert nie odbiegają znacząco od siebie (średnia różnica pomiędzy cenami ofert wynosi ok. 4%). Fakt ten skłonił zamawiającego do szczegółowej analizy cen jednostkowych przyjętych w kosztorysie inwestorskim, z której wynika, iż ceny przyjęte do kosztorysu inwestorskiego są zawyżone w stosunku do aktualnych cen rynkowych. Powyższe jest spowodowane między innymi zmianą sytuacji na rynku materiałów budowlanych oraz spadkiem stawek robocizny w okresie od sporządzenia kosztorysu inwestorskiego do momentu otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu.

W takiej sytuacji zamawiający uznał, iż w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną, co czyni zarzut zaniechania wezwania firmy

Budimex Dromex S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp chybionym.

Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż zgodnie z ogólnie obowiązującą interpretacją, potwierdzoną licznymi wyrokami, za rażąco niską może być uznana cena oferty, a nie jej elementy składowe, tj. ceny jednostkowe za poszczególne pozycje. Tym samym nie stanowi podstawy wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, fakt przyjęcia w ich ofercie niektórych cen jednostkowych znacząco niższych od cen przyjętych przez pozostałych wykonawców. Podkreślił, że w ofercie protestującego również występują ceny zaniżone w stosunku do pozostałych ofert (np. cena za wykopy z zasypaniem, w gruncie kategorii III - poz. II.I. kosztorysu B6).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp zamawiający zwrócił uwagę, że protestujący sugeruje jedynie, iż z uwagi na przyjęcie jednakowych cen za niektóre materiały, wykonawca nie uwzględnił wprowadzonych modyfikacji SIWZ, przy czym swoich podejrzeń protestujący nie poparł żadnymi merytorycznym dowodami. W ocenie zamawiającego przyjęcie jednakowych cen za pewną grupę materiałów może wynikać na przykład z przyjętej przez wykonawcę polityki cenowej lub uzyskanych rabatów.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp zamawiający podniósł, że nie znajduje podstaw do uznania, aby złożenie oferty przez Budimex Dromex S.A. było działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażało lub naruszało interesowi innego przedsiębiorcy lub zamawiającego. Stwierdzenie protestującego, że wybrana oferta jest nieporównywalna z ofertami innych wykonawców jest nietrafne, biorąc pod uwagę, że różnica pomiędzy ceną oferty protestującego a Budimex Dromex S.A. wynosi zaledwie 5%.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że przyjęte przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu stanowisko oparte jest na ogólnikowym i pobieżnym rozpoznaniu zarzutu wskazanego w proteście.

Wskazał, że przede wszystkim nie może być uznana za przesądzającą o cenie rażąco niskiej sama tylko różnica pomiędzy wartością kosztorysu inwestorskiego lub różnica pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców. Analiza ceny podanej za wykonanie całego zamówienia nigdy nie może bowiem doprowadzić do uznania, iż podana cena jest rażąco niska. Jak bowiem wskazuje nieprawidłowo zinterpretowane przez Zamawiającego orzecznictwo, w tym Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, o cenie rażąco niskiej nie mogą przesądzać "kryteria arytmetyczne" (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991 roku C - 295/89).

W ocenie odwołującego, w przypadku ceny opartej na kosztorysie inwestorskim, konieczne jest analizowanie cen jednostkowych podanych przez wykonawców pod kątem ceny rażąco niskiej. Cena ta może bowiem wynikać albo z równomiernego zniżenia wszystkich cen podanych w kosztorysie, albo też, co zdaniem odwołującego miało miejsce w niniejszej sprawie, rażąco obniżenia cen podanych w określonych pozycjach. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający "zwraca się w formie pisemnej do wykonawców o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny". Z powyższego przepisu wynika, iż w przypadku badania czy cena wykonawcy nie jest ceną rażąco niską badana jest nie łączna wartość oferty, ale właśnie elementy mając wpływ na jej wysokość, a więc - ceny jednostkowe w przypadku ceny kosztorysowej, lub też wartość poszczególnych zakresów składających się na ceną ryczałtową. Gdyby faktycznie, jak twierdzi zamawiający, ceny jednostkowe nie miały znaczenia dla oceny oferty wykonawcy, ustawodawca wprowadziłby niejawną kosztorysów ofertowych, gdyż niewątpliwie wykonawcy ujawniają w nich istotne dla siebie informacje handlowe.

Odwołujący wskazał także, iż różnica w wartościach podanych pomiędzy analizowanymi pozycjami podanymi w ofercie Budimex - Dromex S.A. a cenami podanymi w tych samych pozycjach przez odwołującego wynosiła 4 723 449, 06 zł netto. Nie jest więc to różnica, którą można uznać za nieznaczną z punktu widzenia wartości przedmiotu postępowania. Brak także podstaw do uznania przez zamawiającego, iż straty poniesione na wskazanych pozycjach mogą być pokryte przez zyski, które wykonawca Budimex - Dromex S.A. uzyska z tytułu realizacji pozostałych pozycji, których ceny są porównywalne z cenami zaproponowanymi przez pozostałych wykonawców, w tym odwołującego.

Podniósł, że zamawiający całkowicie pominął fakt, iż w przypadku ceny kosztorysowej, podane w przedmiarze ilości mają charakter szacunkowy. To właśnie ceny jednostkowe będą stanowiły w przyszłości podstawę rozliczeń pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, a nie łączna cena podana w ofercie, która ma jedynie charakter szacunkowy. W związku z powyższym nie wykluczone jest zwiększenie się lub zmniejszenie ilości wskazanej w podanej pozycji. Prawidłowe (rzetelne) kosztorysowanie wymaga zatem, aby wykonawca w każdej pozycji podał cenę rzeczywistą, a więc taką za jaką faktycznie gotowy jest zrealizować roboty objęte daną pozycją. Jeśli wykonawca Budimex - Dromex S.A. w licznych pozycjach podał ceny jednostkowe nie pozwalające na pokrycie nawet kosztów materiałów niezbędnych do jej wykonania, każde zwiększenie ilości w danej pozycji będzie powodowało zwiększenie straty tego wykonawcy. Powyższe rodzi poważne zagrożenie bądź to dla wykonania samego zamówienia bądź też prowadzić może do zwiększenia kosztów związanych z jej wykonaniem poprzez konieczność zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom Budimex - Dromex S.A.

Zdaniem odwołującego, przedstawione w proteście zarzuty były wystarczające do przeprowadzenia przez zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Treść uzasadnienia wskazuje natomiast, iż zamawiający unika podjęcia czynności wyjaśniających mając świadomość, iż wykonawca Budimex - Dromex S.A. nie zdoła wyjaśnić, jakie obiektywne czynniki pozwoliły wykonawcy temu złożyć ofertę zawierającą ceny odbiegające od stawek rynkowych. W ocenie odwołującego, na brak istnienia takich obiektywnych czynników wskazuje treść przystąpienia do protestu złożonego przez Budimex - Dromex S.A., które to pismo, podobnie jak treść uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu, ogranicza się do analizy różnicy pomiędzy wartością kosztorysu inwestorskiego, a łączną ceną wskazaną w ofercie Budimex - Dromex S.A. oraz ogólnikową analizą orzecznictwa.

W pozostałym zakresie odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawarte uprzednio w proteście.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, notatki służbowej komisji przetargowej zamawiającego z dnia 25.11.2008r., stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 05.12.2008r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Odnosnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów odnośnie istnienia podstaw do wezwania wykonawcy Budimex Dromex S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznaczałoby dla odwołującego w dalszej kolejności, w przypadku uznania przez zamawiającego ceny tego wykonawcy za rażąco niską lub w przypadku braku żądanych wyjaśnień, możliwość uzyskania niniejszego zamówienia ze względu na sklasyfikowanie oferty odwołującego bezpośrednio po ofercie wybranego wykonawcy. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z pkt. 2 druku ZP-1 w dniu 20.05.2008r. zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego w wysokości 205 046 664 zł. Wartość brutto zamówienia, po uwzględnieniu obowiązującej w tym przypadku stawki podatku VAT

w wysokości 22%, wynosi 250 156 930,08 zł. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 23.05.2008r. poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S 99-133105.

Ceny ofert, których termin składania upłynął w dniu 31.10.2008r. wynosiły od 149 630 424,82 zł do 182 987 224,79 zł, co stanowi od około 60 do około 73% wartości zamówienia, ustalonej przez zamawiającego i powiększonej o wysokość podatku od towarów i usług VAT.

Różnica pomiędzy najniższą a najwyższą zaofertowaną ceną wynosi około 19%, zaś pomiędzy najniższą ceną a ceną sklasyfikowaną na miejscu drugim w rankingu ofert (157 329 311,18 zł) wynosi około 5%.

Ustalono również, że w ofercie wykonawcy Budimex Dromex S.A. znajdują się pozycje, których ceny jednostkowe są nawet kilkusetkrotnie niższe od cen jednostkowych zaofertowanych przez innych wykonawców (roboty objęte kosztorysem E29 – różnice na poziomie od 247 do 845%).

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Pomimo, że ustawa w art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, to pojęcie to nie zostało zdefiniowane w art. 2 ustawy Pzp, zawierającym definicje legalne, jakimi posługuje się ta ustawa. Pojęcia tego nie definiują także regulacje wspólnotowe. W orzecznictwie kształtującym się w Unii Europejskiej wskazano jednak, że jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego (por. orzeczenie ETS z 22.06.1989r. w sprawie C-103/88).

W orzecznictwie Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest przede wszystkim ustalona przez zamawiającego, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, czyli w sposób należyty, wartość zamówienia powiększona o podatek VAT. Konieczność uwzględnienia stawki podatku VAT wynika z art. 2 pkt 1) ustawy Pzp, nakazującego stosować definicję ceny zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.), zgodnie z którą cena podana przez wykonawcę musi uwzględniać stawkę podatku VAT.

Drugim przyjętym w orzecznictwie i praktyce zamówień publicznych punktem

odniesienia są ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców nie zakwestionował prawidłowości dokonanego przez zamawiającego oszacowania wartości zamówienia. Stwierdzić także należy, że zamawiający, zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 33 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp wartość zamawianej roboty budowlanej oszacował na podstawie kosztorysu inwestorskiego i uczynił to w czasie przewidzianym w art. 35 ust. 1 ustawy Pzp, tj. nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania.

Zgodnie z notatką służbową komisji przetargowej zamawiającego z dnia 25.11.2008r. ceny jednostkowe do kosztorysu inwestorskiego zostały ustalone, zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004r. Nr 130, poz. 1389), przy zastosowaniu cen jednostkowych robót określonych na podstawie danych rynkowych, w tym danych z zawartych wcześniej umów lub powszechnie stosowanych, aktualnych publikacji. Zamawiający oparł się na cenach, co wskazał w rozstrzygnięciu protestu, z I kwartału 2008r.

Reasumując, uznać należy, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego w sposób prawidłowy i co do zasady winna stanowić, po dodaniu wartości podatku VAT, odniesienie do cen zaoferowanych przez wykonawców, w przypadku ich analizy pod kątem rażąco niskiej ceny.

Jednak w przedmiotowym postępowaniu porównanie to nie jest celowe i zasadne wobec zmiany sytuacji na rynku budowlanym, tak co do cen materiałów budowlanych, jak i kosztów siły roboczej. Fakt, że ceny w tym zakresie spadły potwierdził również odwołujący na rozprawie. Na zmiany te wskazują przede wszystkim ceny ofert złożonych w tym postępowaniu, z których wszystkie zauważalnie odbiegają od wartości zamówienia brutto.

W takiej sytuacji miarodajne dla porównania kwestionowanej przez odwołującego ceny są ceny innych ofert złożonych w tym postępowaniu. Porównanie to prowadzi do wniosku, że cena oferty kwestionowanego wykonawcy odbiega od ceny drugiej w rankingu (157 329 311,18 zł) o około 5%, od ceny ostatniej w rankingu (182 987 224,79 zł) o około 19% i o około 13% od średniej ceny wszystkich innych złożonych ofert (żadna oferta nie została odrzucona). Porównanie ceny zaoferowanej przez odwołującego prowadzi do wniosku, że cena ta odbiega od trzeciej w rankingu (169 552 522,76 zł) o około 7%, od ceny ostatniej w rankingu o około 14 % i o około 8 % od średniej ceny wszystkich innych złożonych ofert.

Wielokrotnie w doktrynie podnoszono, że orzecznictwo nie wypracowało jednolitego stanowiska, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej. Przeciwnie, rozbieżności w tym względzie są daleko idące. W wyroku Zespołu Arbitrów

o sygnaturze akt UZP/0-696/07 wskazano, że rozbieżności pomiędzy ceną badaną a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT, które uzasadniałyby zakwalifikowanie ceny jako rażąco niskiej wynoszą od 40 do 20%.

W ocenie składu orzekającego Izby, wskazany powyżej poziom rozbieżności zaoferowanych cen i ich rozkład nie uzasadnia żądania od wykonawcy, który zaoferował w tym postępowaniu najniższą cenę, wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Różnice takie nie są niczym innym, jak pożądaną w zamówieniach publicznych konkurencją i nie można ich zakwalifikować jako negatywnego zachowania cenotwórczego.

W orzecznictwie przyjęło się nadto, że dla oceny, czy rozpatrywana cena jest rażąco niska należy badać ogólną cenę oferty, za jaką wykonawca deklaruje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jej wyodrębnione elementy, jak choćby ceny jednostkowe.

Skład orzekający Izby stanowisko to podziela, a wynika ono z faktu, że podstawa odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp mówi właśnie o cenie, nie zaś jej poszczególnych częściach, elementach, czy składowych. Innymi słowy, gdyby nawet uznać, że jakaś część oferty jest rażąco niska, to żadną miarą nie czyni to całej ceny rażąco niską. Z takiej też perspektywy należy oceniać możliwość realizacji zamówienia przez wykonawcę Budimex Dromex S.A. Taka zaś perspektywa nie pozwala uznać, że cena Budimex Dromex S.A. jest ceną nierealistyczną.

Przyznać należy rację odwołującemu co do tego jedynie, że w przypadku, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co możliwości wykonania zamówienia za wskazaną przez wykonawcę cenę, to wówczas badanie tej ceny, na etapie żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, winno odbywać się na poziomie elementów oferty, tj. jak w przedmiotowym postępowaniu na poziomie cen jednostkowych.

Sam odwołujący nie zakwestionował, że w jego ofercie również znajdują się pozycje, które odbiegają od cen jednostkowych wskazanych przez innych wykonawców w swoich ofertach.

W ocenie składu orzekającego Izby niedopuszczalne jest powoływanie się na konieczność rozpatrywania cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny w przypadku ceny kosztorysowej, gdzie przedmiar robót może odbiegać od ilości prac, których wykonanie będzie niezbędne do realizacji zamówienia, ponieważ takie podejście oznaczałoby w istocie zakwestionowanie możliwości porównania cen ofertowych skoro w każdym przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, wynagrodzenie ostateczne może odbiegać od pierwotnie wyliczonego wynagrodzenia ofertowego.

Wobec powyższego brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4), a także art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) ustawy Pzp

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) ustawy Pzp odwołujący oparł jedynie na swoim subiektywnym przekonaniu, pozostawiając je gołosłownym. Z treści oferty wykonawcy Budimex Dromex S.A. nie sposób wyczytać, że zaoferował on materiały inne, niż żądane przez zamawiającego w SIWZ, a zatem także, że dane wyjściowe do obliczenia ceny nie były prawidłowe, co uzasadniałoby przyjęcie, że wykonawca błędnie skalkulował cenę ofertową.

Za gołosłowne skład orzekający Izby uznał także twierdzenie odwołującego zawarte w uzasadnieniu odwołania, że wykonawca Budimex Dromex S.A. zakłada, iż przedmiot zamówienia zrealizuje w sposób różniący się od opisanego w SIWZ.

Wobec powyższego brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie wobec uznania, że cena zaoferowana przez wykonawcę Budimex Dromex S.A. nie jest ceną rażąco niską, ale ceną zaoferowaną w ramach dopuszczalnej walki rynkowej.

Wobec powyższego brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*