

Sygn. akt: KIO 2071/12

WYROK
z dnia 17 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **10 i 17 października 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **27 września 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, w którego imieniu działa Zarząd Mienia m. st. Warszawy, ul. Jana Kazimierza 62, 01-248 Warszawa**

przy udziale:

- A) wykonawcy **HYDROBUDOWA Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B) wykonawcy **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: **dwadzieścia** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez wykonawcę **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484 i Nr 234, poz. 1386) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2071/12

Uzasadnienie

Zamawiający **Miasto Stołeczne Warszawa, Zarząd Mienia m.st. Warszawy, ul. Jana Kazimierza 62, 01-248 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą **»Roboty budowlano-montażowe dla zadania inwestycyjnego: „ZAGOSPODAROWANIE LEWOBRZEŻNEGO BULWARU WISŁY – etap 1”«.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **21.01.2012 r.** pod nrem **2012/S 14-022044.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484 i Nr 234, poz. 1386) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **17.09.2012 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **HYDROBUDOWA Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk.**

Wykonawca **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **27.09.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę, przez zaniechanie odrzucenia ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – zarzuty dotyczą ofert złożonych przez: wykonawców Hydrobudowa i Skanska;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (Pełnomocnik) i Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania, która to oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenie ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, tj. złożonych przez Hydrobudowę i Skanska, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp

ewentualnie

- 4) nakazanie wezwania wykonawców Hydrobudowa i Skanska, do wyjaśnień czy oferta zawiera rażąco niską cenę w trybie art. 90 Pzp, i w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub potwierdzenia się zarzutu, że oferta zawiera rażąco niską cenę odrzucenie tych ofert;
- 5) odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia Budimex i Ferroviał;
- 6) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Oferty złożone przez wykonawców: Hydrobudowa, Skanska oraz Budimex i Ferroviał – powinny być odrzucone.

RAŻĄCO NISKA CENA – wykonawcy Hydrobudowa i Skanska

1. Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, art. 90 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** przez zaniechanie uznania cen zawartych w ofertach wykonawców Hydrobudowa i Skanska za ceny rażąco niskie, pomimo zaistnienia znacząco wysokich dysproporcji między cenami ofert złożonych przez tych wykonawców a cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców. Dysproporcje te są szczególnie widoczne przy porównaniu cen poszczególnych pozycji kosztorysowych w ofertach wykonawców Hydrobudowa i Skanska a cenami pozostałych wykonawców.

2. Zgodnie z przepisem **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W orzecznictwie przyjmuje się, że cyt. „cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej

konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających „ (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1562/11).

3. Do uznania ceny za rażąco niską nie wystarczy zatem samo przyrównanie jej do wartości szacunkowej zamówienia przewidzianej w budżecie przez zamawiającego. W zależności od okoliczności konkretnego postępowania, a w szczególności – sposobu dokonania kalkulacji szacunkowej wartości zamówienia przez zamawiającego, równie istotne lub nawet większe znaczenie przy ocenie rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny należy przypisać porównaniu ocenianej wartości z cenami za usługi porównywalne do przedmiotu zamówienia, występującymi na tym samym rynku. Najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu.

Takie, utrwalone w orzecznictwie stanowisko potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lipca 2012 r., sygn. KIO 1377/12, KIO 1337/12: Izba stoi na stanowisku, że punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty – dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale takie ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w danym postępowaniu, ceny ofert zbliżonych zamówień, monitorowanie cen rynkowych w danej branży, np. odnoszonych do ceny jednostkowej 1 mb danego rodzaju inwestycji liniowych, itp. Jeżeli bowiem zamawiający ma prawidłowo ocenić ofertę wykonawcy pod względem tego – czy nie podaje ona ceny zaniżonej poniżej kosztów produkcji – musi mieć niezbędne rozeznanie rynkowe, które pozwoliłoby mu na prawidłową weryfikację ceny i ewentualne podjęcie czynności odrzucenia oferty z tej przyczyny.

4. W postępowaniu zostało złożonych siedem ofert. Wszystkie z zaoferowanych cen przekraczają kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie inwestycji będącej przedmiotem zamówienia. W związku z tym faktem, badanie *realności i rynkowego charakteru* zawartej w ofercie ceny powinno być dokonane w oparciu o porównanie kalkulacji cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ceny zaoferowane przez wykonawców Hydrobudowa i Skanska w rażący sposób odbiegają od cen zawartych w ofertach konkurencyjnych.

5. Pozostałe okoliczności konieczne dla oceny, czy oferta zawiera cenę rażąco niską dotyczą specyfiki prowadzonego postępowania i samego przedmiotu zamówienia. Rozpoznawane postępowanie dotyczy robót budowlanych, a więc z konieczności przedmiot zamówienia jest złożony i wymaga od wykonawców wyceny kosztów poszczególnych

elementów zamówienia, uwzględniając dodatkowo różne lokalizacje poszczególnych prac – materiałów, pracy maszyn, zapłaty wynagrodzeń i ewentualnych prac zleconych podwykonawcom. Zatem wpływ na wysokość zaoferowanej ceny będzie miała wycena pozycji kosztorysu, jaką wykonawcy przeprowadzą na podstawie przedstawionego przedmiaru robót.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający zażądał podania w ofercie ceny kosztorysowej, uzależniając wynagrodzenie wykonawcy od faktycznie wykonanych świadczeń (ostateczne wynagrodzenie jest ustalane na podstawie kosztorysu powykonawczego), a zatem także od ceny, jaką wykonawca zaoferował za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia.

W przypadku ceny kosztorysowej, zawarty w ofercie kosztorys nie ma charakteru jedynie pomocniczego, jak ma to miejsce w przypadku ceny ryczałtowej, ale jego postać ma istotne znaczenie dla całości oferty.

Tak wypowiedział się skład orzekający Izby w wyroku z 3 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 556/12: „Izba zgadza się, że postanowienia specyfikacji nie są w zakresie dotyczącym wynagrodzenia umownego w pełni spójne i jednoznaczne (przykładowo powoływane przez odwołującego postanowienia STWiOR lub brzmienie rozdziału IV, pkt 5.5 specyfikacji), jednak kompleksowa analiza postanowień specyfikacji nie pozostawia wątpliwości, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy zdefiniowany w art. 629 Kc, tj. wynagrodzenie ustalone na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów (w praktyce ustalone dopiero na podstawie kosztorysu powykonawczego, co zamawiający w 9 ust. 3 projektu umowy przewidział). Powołany przepis znajduje zastosowanie do robót budowlanych w drodze analogii, co potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 września 2009 r. (sygn. akt III CZP 41/09). W konsekwencji kosztorys ofertowy stanowi treść oferty, nie ma on zatem waloru pomocniczego, jakby to miało miejsce w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Tym samym błędy w kosztorysie ofertowym odwołującego wskazane przez zamawiającego w pkt 1-9 pisma z 16 marca 2012 r. stanowią o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji”.

6. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika ponadto, że rażąco niska cena może dotyczyć nie tylko całej oferty, ale również poszczególnych jej elementów. Twierdzenie takie jest uzasadnione w szczególności w sytuacji, w której cena oferty nie jest ostateczną ceną za wykonanie zamówienia (jak w przypadku ceny ryczałtowej) lecz stanowi jedynie punkt wyjściowy do ustalenia ceny ostatecznej po zrealizowaniu zamówienia.

A. „Wskazać należy, że aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen. Nie wykazał on jednak w sposób niebudzący wątpliwości, że znajduje się on w

jakiejsz szczególnej sytuacji odróżniającej go w sposób wyraźny od innych wykonawców występujących odpowiednio długo na rynku. Ponadto, co istotniejsze, zamawiający wykazał w toku rozprawy, że przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia odnoszące się do kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysu są nierzetelne” Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 października 2011, KIO 2135/11.

B. „Powołując się na orzecznictwo odwołujący podnosił, że nawet gdyby cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to nie czyni to rażąco niską ceny całej oferty, a ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę. Odnosząc się do powyższych twierdzeń odwołującego należy zauważyć, że przytoczone poglądy są słuszne, natomiast nie mogą być odnoszone wprost do stanu faktycznego w badanej sprawie. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wykazał bowiem w sposób niewątpliwy, że znaczne zniżenie cen wskazanych przez zamawiającego elementów oferty ma decydujący wpływ na cenę oferty; w całości i w efekcie brak możliwości wykonania całego przedmiotu zamówienia za cenę oferty” Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2011, KIO 358/11.

7. Badaniu, pod kątem zawarcia w ofercie rażąco niskiej ceny nie powinna podlegać jedynie cena zaoferowana za całość przedmiotu zamówienia, ale również ceny jednostkowe za poszczególne pozycje kosztorysowe. Mają one bowiem istotne znaczenie z punktu widzenia realności kalkulacji kosztów dokonanej przez wykonawcę przygotowującego ofertę. Zaoferowanie ceny rażąco niskiej za poszczególne elementy zamówienia, jak to ma miejsce w przypadku ofert wykonawców Hydrobudowa i Skanska, świadczy o nierzetelności przygotowanej oferty i wzbudza wątpliwości:

- po pierwsze do faktu czy wobec dokonanej wyceny wykonawca daje gwarancję prawidłowego wykonania całości przewidzianych przez zamawiającego prac,
- po drugie czy nie dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji przez sztuczne manipulowanie ceną i założenie z góry niewykonania wycenionych zbyt nisko prac stanowiących część przedmiotu zamówienia.

W rezultacie, niewskazanie realnej ceny za wykonanie określonej, przewidzianej w specyfikacji pozycji kosztorysu, mogłoby w niektórych przypadkach prowadzić nawet do uznania treści przedstawionej przez wykonawcę oferty za niezgodną ze specyfikacją i podlegającą odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, jak to wskazano w cytowanym wyżej wyroku KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.

8. Wskazanie przykładowych pozycji kosztorysowych zawartych w ofertach wykonawców Hydrobudowa i Skanska obrazuje rażąco skalę rozbieżności w wycenie

niektórych pozycji kosztorysu, a także całych części zamówienia, które wpływają na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący porównywał ceny pięciu najtańszych z siedmiu złożonych w postępowaniu ofert. Gdyby przedstawione poniżej porównanie obejmowało również dwie najdroższe oferty, wskazywane różnice w cenach byłyby jeszcze większe.

9. Kosztorys ofertowy wykonawcy Hydrobudowa:

A. Porównanie cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę Hydrobudowa ze średnią ceną zaoferowaną dokładnie dla tych samych pozycji przez czterech pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu ujawnia szereg pozycji, w których różnica ta wynosi nawet 1000% lub więcej. Przykładowo:

- 1) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału 655,44 zł do 63 082,36 zł, wykonawca Hydrobudowa zaoferował cenę 2 061 zł (*MA-Z1 – zcieniacz typ 1 SST AR-ZT, pozycja kosztorysu: 285 d3.1*);
- 2) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału 3 589,57 zł do 10 712,71 zł, wykonawca Hydrobudowa zaoferował cenę 4 zł (*Wciąganie kabli światłowodowych do kanał, wtórnej z rur bez warstwy poślizg, z linką wciągarką mechaniczną z rejestratorem siły – kabel 12J w odcinkach o dł. 4 km SST PT, pozycja kosztorysu: 3 d.1*);
- 3) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału 300,67 zł do 490,42 zł, wykonawca Hydrobudowa zaoferował cenę 8 zł (*Wciąganie kabla typu XzTKMXpw 250x4x0,8 do kanalizacji kablowej, mechanicznie, otwór wolny kanalizacji SST PT – pozycja kosztorysu: 6d.1*);
- 4) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału 172,18 zł do 297,93 zł, wykonawca Hydrobudowa zaoferował cenę 8,96 zł (*Umocnienie ścian wykopów liniowych szer. do 1 m i głębokości do 6 m w gruntach kat. III grodzicami wbijanymi pionowo wraz z wyciąganiem grodzic – pozycja kosztorysu: 15 d1.2*);
- 5) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału: 178,11 zł do 275,26 zł wykonawca Hydrobudowa zaoferował cenę 13,44 zł (*Montaż stalowych ścigągów ścianek szczelnych SST KO-S, pozycja kosztorysu: 86 d2.2*);
- 6) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału 14 389,09 zł do 75 158,08 zł wykonawca Hydrobudowa zaoferował cenę 3 800 zł (*Przenośne zapory przeciwpowodziowe aluminiowe, komplet szer. 6 m i wys. 3 m SST AR-WS, pozycja kosztorysu: 76 d3.3*);
- 7) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału: 50 713,27 zł do 96 405,29 wykonawca Hydrobudowa zaoferował cenę

9 520 zł (*Ławka fala – Konstrukcja o pofalowanej powierzchni, pełniąca funkcję siedziska i nawierzchni pieszej, wg zeszytu ZT.OT SST AR-ZT, pozycja kosztorysu: 346 d3.4.7*);

- 8) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału: 127 041,99 zł do 547 601,64 zł wykonawca Hydrobudowa zaoferował cenę 50 400 zł (*Instalacja technologiczna Fontanny Wodnego Placu Zabaw SST Fontann, pozycja kosztorysu: 380 d3.5*);
- 9) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału: 11,92 zł do 74,21 zł wykonawca Hydrobudowa zaoferował cenę 8,96 zł (*Wyrównanie powierzchni kostki kamiennej po wbudowaniu SST KO-D, pozycje kosztorysu: 110 d2.4.3, 10 d2.1.1, 100 d2.4.1, 218 d2.4.21, 219 d2.4.23, 108 d2.4.2, 103 d2.4.2*);
- 10) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału: 45 165,08 zł do 127 041,99 zł wykonawca Hydrobudowa zaoferował cenę 18 500 zł (*Podnośnik górnego trapu z napędem elektrycznym, pozycja kosztorysu: 56 d2.5.1*).

B. Podobnej skali różnice daje się zauważyć także **dla poszczególnych zakresów robót**, na które składają się pozycje szczegółowego kosztorysu: np.

- 1) budowa kanalizacji kablowej i urządzeń sieci monitoringu i WiFi – Odcinek I – cena zaoferowana przez wykonawcę Hydrobudowa: 301 717,20 zł, ceny pozostałych wykonawców: 557 474,31 zł, 642 932,63 zł, 867 199,89 zł, 760 173,95 zł – co oznacza różnicę procentową ceny wykonawcy Hydrobudowa od średniej z cen pozostałych wykonawców równą 234%;
- 2) przebudowa kanalizacji kablowej TP S.A. oraz kabli miedzianych – cena zaoferowana przez wykonawcę Hydrobudowa: 187 265,40 zł, ceny pozostałych wykonawców: 649 763,63 zł, 629 728,58 zł, 938 373,69 zł, 551 310,02 zł – co oznacza, że cena wykonawcy Hydrobudowa jest o 370% niższa od średniej ceny zaproponowanej przez pozostałych 4 wykonawców dla wykonania tej samej części prac;
- 3) pawilon typ CC – instalacje wod.-kan. (koszt 1 pawilonu) – cena zaoferowania przez wykonawcę Hydrobudowa: 44 571 zł, pozostałe 4 zaoferowane ceny: 185 986,23 zł, 238 259,52 zł, 188 514,57 zł, 167 920,05 zł – różnica procentowa między ceną wykonawcy Hydrobudowa a średnią z cen pozostałych wykonawców wynosi 438%;
- 4) przystanek – architektura i konstrukcja (koszt 1 obiektu) – cena zaoferowana przez wykonawcę Hydrobudowa: 7 510 801,17 zł, pozostałe 4 zaoferowane ceny: 11 221 222,23 zł, 11 022 889,26 zł, 12 767 500,74 zł, 12 514 548,03 zł – różnica procentowa między ceną wykonawcy Hydrobudowa a średnią z cen pozostałych

wykonawców wynosi 158% i jednocześnie stanowi zniżenie ceny oferty o ok. 4 mln zł.

10. Kosztorys ofertowy Skanska:

A. Analogicznie jak w przypadku wykonawcy Hydrobudowa, porównanie cen jednostkowych zaoferowanych przez Skanska ze średnią ceną zaoferowaną dokładnie dla tych samych pozycji przez czterech pozostałych wykonawców, ujawnia aż 334 pozycje, w których różnica ta wynosi 500% lub więcej. Przykładowo:

- 1) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału 1,10 zł do 15,66 zł wykonawca Skanska zaproponował cenę 0,12 zł (*Pomiary przy wykopach fundamentowych w ternie równinnym i nizinym SST RP-RZ, pozycja kosztorysu: 35 d. 1.5*);
- 2) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału 76 241,13 zł do 1 624 000 zł wykonawca Skanska zaproponował cenę 34 689 zł (*Koszt odwodnienia wykopów SST RP-RZ, pozycja kosztorysu: 52 d1.5*);
- 3) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału 1 535,92 zł do 2 269,10 zł wykonawca Skanska zaproponował cenę 264,75 zł (*Montaż opraw wbudowanych w grunt – 1 x HIT-TC-CE 20WIP67 OS7 ST SE. pozycja kosztorysu: 73 d1.3*);
- 4) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału 697,50 zł do 781,66 zł wykonawca Skanska zaproponował cenę 105,91 zł (*Montaż puszek montażowej do oprawy OS7 ST SE, pozycja kosztorysu: 61 d1.3*);
- 5) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału 96,94 zł do 362,22 zł wykonawca Skanska zaproponował cenę 37,07 zł (*Montaż zestawu mocującego oprawy OS5 ST SE, pozycja kosztorysu: 67 d1.3*);
- 6) dla pozycji kosztorysu, w których pozostali wykonawcy zaproponowali ceny z przedziału 4 404,52 zł do 6 144,96 zł wykonawca Skanska zaproponował cenę 1 029,11 zł (*Carpinus betulus – grab pospolity forma topiaryczna „parasolowata”, egzemplarze minimum 4-krotnie przesadzone z bryłą korzeniową, wys. 350 cm, szer. 200 cm, 3-pniowa, ob. pni min. 15-25 cm, wys. pni 200 cm bryła, materiał prowadzony w szkółce min. 1 pełny sezon przed posadzeniem, tolerancja wymiarów wys., szer. +-15 cm, SSTZT-ZN, pozycja kosztorysu: 315-zam d1.2*).

B. W kosztorysie bardzo wiele pozycji, bez względu na opis robót, zostało wycenionych na **1,16 zł** dla przykładu:

- 1) koszt odwodnienia wykopów SST RP-RZ (pozycja kosztorysu: 51 d1.2) – cena zaoferowana przez Skanska 1,16 zł, pozostałe 4 zaoferowane ceny: 155 000,00 zł,

- 105 868,33 zł, 6 304,24 zł, 12 369,09 zł – różnica procentowa między ceną wykonawcy Skanska a średnią z cen pozostałych wykonawców wynosi 6 024 606%;
- 2) płyty kotwiące prefabrykowane o masie do 3.0t SST KO-B (pozycja kosztorysu: 87 d2.2) – cena zaofferowana przez wykonawcę Skanska 1,16 zł, pozostałe 4 zaofferowane ceny: 1 008 zł, 645,80 zł, 726,94 zł, 667,93 zł – różnica procentowa między ceną wykonawcy Skanska a średnią z cen pozostałych wykonawców wynosi 65 704%;
- 3) wywóz gruzu z rozbiórek na od. 15 km samochodami samowładowczymi z mechanicznym załadunkiem i rozładunkiem SST RP-RO (pozycja kosztorysu: 6-zam d14.2) – cena zaofferowana przez wykonawcę Skanska 1,16 zł, pozostałe 4 zaofferowane ceny: 24,64 zł, 19,06 zł, 143,00 zł, 30,92 zł – różnica procentowa między ceną wykonawcy Skanska a średnią z cen pozostałych wykonawców wynosi 4 690%;
- 4) wyrównanie powierzchni kostki kamiennej po wbudowaniu SST KO-D (pozycja kosztorysu: 46 d2.3.3) – cena zaofferowana przez wykonawcę Skanska 1,16 zł, pozostałe 4 zaofferowane ceny: 13,44 zł, 26,47 zł, 11,92 zł, 74,21 zł – różnica procentowa między ceną Skanska a średnią z cen pozostałych wykonawców wynosi 2 716%.
- 5) odwodnienie wykopów SST RP-RZ (pozycja kosztorysu: 22 d1) – cena zaofferowana przez wykonawcę Skanska 1,16 zł, pozostałe 4 zaofferowane ceny: 89,60 zł, 85,28 zł, 393,26 zł, 235,01 zł – różnica procentowa między ceną wykonawcy Skanska a średnią z cen pozostałych wykonawców wynosi 17 309%;
- 6) dodatek do ceny paneli za określoną kolorystykę (TG) – RAL 7024 SST AR-OD (pozycja kosztorysu: 55 d3.2.3) – cena zaofferowana przez wykonawcę Skanska 1,16 zł, 4 pozostałe ceny: 6 zł, 52,93 zł, 35,39 zł, 37,11 zł – różnica procentowa między ceną wykonawcy Skanska a średnią z cen pozostałych wykonawców wynosi 2 833%;
- 7) roboty ziemne wykon. koparkami podsiębiernymi o poj. łyżki 1,20 m³ w gr. kat III z tramp, urobku samochod. samowładowczymi na odległość do 1 km SST RP-RZ (pozycja kosztorysu: 40 d1.5) – cena zaofferowana przez wykonawcę Skanska 1,16 zł, 4 pozostałe ceny: 15,12 zł, 12,70 zł, 3,13 zł, 27,52 zł – różnica procentowa między ceną wykonawcy Skanska a średnią z cen pozostałych wykonawców wynosi 1 260%;
- 8) zasypywanie wykopów spycharkami z przemieszczeniem gruntu na odl. do 10 m w gruncie kat I-III SST RP-RZ (pozycje kosztorysu: 42 d1.5, 46 d1.5) – cena zaofferowana przez wykonawcę Skanska 1,16 zł, 4 pozostałe ceny: 4,48 zł, 8,47 zł, 3,58 zł, 5,50 zł – różnica procentowa między ceną wykonawcy Skanska a średnią z cen pozostałych wykonawców wynosi 475%.

11. Liczba zaniżonych pozycji, a także skala zaniżonych wartości powinny zostać uznane za wystarczające do uznania przez zamawiającego zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp i wezwania wykonawców Hydrobudowa i Skanska do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zarówno całej oferty jak również wskazanych pozycji kosztorysów.

Zamawiający zaniechał wystosowania wezwania do wymienionych wyżej wykonawców. Zaniechanie przez zamawiającego obowiązku wyjaśnienia okoliczności, które powinny budzić jego wątpliwość, co do rzetelności i prawidłowości przygotowania oferty i kalkulacji ceny stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp zobowiązującego zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu.

12. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Następnie, zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień w sposób określony w art. 90 ust. 2 Pzp tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wreszcie w świetle art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

13. Zgodnie z dyspozycją art. 90 zamawiający musi zrealizować trzy obowiązki:

- 1) wezwania do złożenia wyjaśnień;
- 2) oceny złożonych wyjaśnień;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

14. Jak wskazuje orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, cyt. „Przyznać należy racją odwołującemu co do tego jedynie, że w przypadku, gdy u zamawiającego zrodzi się wątpliwość do możliwości wykonania zamówienia za wskazaną przez wykonawcę cenę, to wówczas badanie tej ceny, na etapie żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinno

odbywać się na poziomie elementów oferty, tj. jak w przedmiotowym postępowaniu na poziomie cen jednostkowych” – wyrok z 13 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 1511/08).

15. Z powyższego wynika, że zamawiający był zobowiązany wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające – w trybie określonym w art. 90 Pzp – czy oferty złożone przez wykonawców Hydrobudowa i Skanska zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z porównania ofert wynika, że poziom cen proponowanych przez wykonawców Hydrobudowa i Skanska oraz pozostałych wykonawców odbiega od siebie w znacznym stopniu. Wykonanie zamówienia w cenie wskazanej w ofercie wykonawców Hydrobudowa i Skanska nie jest możliwe bez poniesienia straty przez tych wykonawców.

16. Zamawiający przez zaniechanie wezwania wykonawców Hydrobudowy i Skanska do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszył art. 90 ust. 1 Pzp, co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę.

17. Zamawiający przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie cen zawartych w kosztorysie ofertowym wykonawców Hydrobudowa i Skanska, zamawiający pozbawił się możliwości rzetelnej i obiektywnej oceny przedstawionych przez wskazanych wykonawców ofert, które zdaniem odwołującego, są ofertami zawierającymi rażąco niską cenę.

Brak wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przez wskazanych wykonawców wpływa też na możliwość dokonania prawidłowego badania i oceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Bowiem w przypadku, gdy rażąco niska cena za wykonanie poszczególnych objętych kosztorysem prac wynika z zamiaru ich niewykonania, bądź z przewidywania braku konieczności ich wykonania na etapie realizacji zamówienia, zamawiający dokonuje *de facto* porównania ofert obejmujących różne zakresy prac, a więc będących ofertami nieporównywalnymi. Takie postępowanie zamawiającego wypełnia przesłanki naruszenia art. 7 Pzp.

18. W przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót zamiennych lub rezygnacji z części robót w zakresie dotyczącym zaniżonych pozycji, faktyczny koszt ich wykonania nie będzie porównywalny z kosztem wykazanym przez wykonawców w ofercie. W przypadku zaniechania wykonania tych robót wartość umowy prawie się nie zmniejszy, co miałyby miejsce, gdyby oferty zawierały realne ceny. Powyższa okoliczność powoduje, że oferty wykonawców Hydrobudowa i Skanska są nieporównywalne z pozostałymi ofertami i jako takie powinny być odrzucone.

III. CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI – Wykonawcy Hydrobudowa i Skanska

1. W świetle przedstawionych powyżej uwag dotyczących rażąco niskiej ceny zawartej w ofertach wykonawców Hydrobudowa i Skanska stanowczego podkreślenia wymaga, że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z **art. 15 ust. 1 pkt 1** ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503), czynem nieuczciwej konkurencji jest 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. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, że zaoferowanie przez wykonawców Hydrobudowa i Skanska rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Podobnie opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240).

W opinii tej UOKiK napisał m. in.: „Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną Pzp (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 Pzp. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

3. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

4. Złożenie ofert przez wykonawców Hydrobudowa i Skanska, w których to ofertach dopuszczono się manipulacji cenowej i zaferowano ceny dumpingowe stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zatem zamawiający powinien dokonać odrzucenia ofert tych wykonawców także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

IV. NIEZGODNOŚĆ OFERTY Z TREŚCIĄ SPECYFIKACJI – wykonawcy Budimex i Ferrovia

1. Oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia Budimex i Ferrovia jest niezgodna z treścią specyfikacji. Wykonawcy Budimex i Ferrovia, pomimo wyraźnego zakazu, oświadczyli w swojej ofercie, że zamierzają powierzyć podwykonawcom wykonanie wszystkich robót.

2. Zamawiający określił w specyfikacji, że wykonawca nie może powierzyć podwykonawcom wykonania całości robót (Załącznik nr 2 do specyfikacji strona 24 klauzula 4.4. Wykonawca nie może zlecić Podwykonawcom wykonania całości Robót). Jednocześnie zamawiający jednoznacznie określił, co rozumie pod pojęciem „Robót”. Definicja „Robót” znajduje się w Subklauzuli 1.1.5.8. Zgodnie z tą definicją „Roboty” oznaczają Roboty Stałe oraz Roboty Tymczasowe lub którekolwiek z nich według potrzeb.

Przy czym pojęcia robót stałych i robót tymczasowych zostały również zdefiniowane w umowie: „Roboty Stałe” oznaczają roboty stałe, które wykonawca ma wykonać na mocy Kontraktu. „Roboty Tymczasowe” oznaczają wszelkie roboty tymczasowe każdego rodzaju, poza Sprzętem wykonawcy, potrzebne na Terenie Budowy dla wykonania i ukończenia Robót oraz usunięcia wad. Kwestia zakazu powierzania całości Robót podwykonawcom, była podnoszona przez wykonawców na etapie wyjaśniania treści specyfikacji. Udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, zamawiający dwukrotnie potwierdził, że nie wyraża zgody na powierzenie całości Robót podwykonawcom oraz wyjaśnił motywy swojej decyzji:

A. Pyt. 110. Dot. klauzuli 4.4. Prosimy o wyjaśnienie wraz z uzasadnieniem, dlaczego zamawiający wskazał, że nie dopuszcza zlecenie podwykonawcom całości robót? Zgodnie z art. 36 ust 4 Pzp zamawiający żąda wskazania w ofercie części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom.

Odp. pyt. 110. Zamawiający ze względu na specyfikę i wartość realizacji robót budowlanych objętych zamówieniem określił warunki dopuszczające do udziału w przetargu, w tym warunki doświadczenia i zdolności technicznej do wykonania zamówienia. Dlatego też nie wyraził zgody na wykonanie całości zamówienia przez podwykonawców.

B. Pyt. 110. Kolejny ustęp tego artykułu daje zamawiającemu prawo do zastrzeżenia, że całość lub określona część zamówienia, nie może być powierzona podwykonawcom. Takie zastrzeżenie może dotyczyć tylko sytuacji wyjątkowej, uzasadnionej specyfiką przedmiotu zamówienia. Zgodnie z orzeczeniem KIO/UZP 562/09 z 13 maja 2009 r. przepisy art. 36 ust. 4 i 5 Pzp wprowadzają regułę dopuszczenia podwykonawców do udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a zatem niedopuszczenie jakiegokolwiek części do podzlecenia podwykonawcom musi być traktowane jako wyjątek i musi mieć uzasadnienie. Zalecenie dopuszczenia podwykonawstwa wynika również z art. 32 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE, który stanowi: „W celu zachęcenia małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w rynku zamówień publicznych zaleca się uwzględnienie przepisów na temat podwykonawstwa”. Zarówno z treści przepisu jak i ugruntowanego orzecznictwa wynika, że obowiązek uzasadnienia wprowadzenia ograniczenia w zakresie podwykonawstwa jest obowiązkiem zamawiającego. W związku z powyższym prosimy o wykreślenie wskazanego ustępu lub przedstawienie uzasadnienia na powyższe oraz wskazanie czy jest jakaś część zamówienia, której podzlecenia podwykonawcom zamawiający nie dopuszcza?

Odp. pyt. 110. Specyfika zamówienia wynika z warunków dopuszczających wykonawców do udziału w postępowaniu. Zgodnie z brzmieniem art. 36 ust. 5 Pzp zamawiający zastrzegł, że całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom, jednocześnie nie określając jaką jego część musi wykonać samodzielnie.

3. Z powyższych postanowień specyfikacji i wyjaśnień wynika nie tylko literalnie wyrażony zakaz powierzania wykonania wszystkich Robót podwykonawcom, ale również intencja zamawiającego, związana ze specyfiką i wartością realizacji robót budowlanych. Wykonawcy Budimex i Ferroviał wskazali w ofercie, że jednymi czynnościami, które zamierzają wykonać samodzielnie będzie „koordynacja i kierowanie”. Ani „koordynacja” ani „kierowanie” nie mieszczą w zakresie „Robót” zdefiniowanych przez zamawiającego w specyfikacji. W konsekwencji oferta podlega odrzuceniu, jako niezgodna ze specyfikacją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **27.09.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **28.09.2012 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca **Hydrobudowa Gdańsk SA z siedzibą w Gdańsku** **01.10.2012 r.** (**poniedziałek**) złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie

przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Wykonawca **Skanska SA z siedzibą w Warszawie 01.10.2012 r. (poniedziałek)** złożył:
1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

- 1) **(dowód nr A) pismo procesowe z 10 października 2012 r. ze szczegółowo wskazaniami pozycjami i zaoferowanymi cenami przez wykonawców Hydrobudowa i Skanska oraz innych wykonawców, z których odwołujący wywodzi, że wykonawca zaniżył ceny w 10 pozycjach wyceniając je na około 555 000 zł, a wykonawca Skanska zaniżył ceny w 9 pozycjach wyceniając je na około 1 500 zł;**
- 2) **(dowód nr 17-1) pismo procesowe z 17 października 2012 r. ze szczegółowo wskazaniami pozycjami i zaoferowanymi cenami przez wykonawców Hydrobudowa i Skanska oraz stanowisko w przedmiocie oferty wykonawców Budimex i Ferroviał, którzy zlecieli wszystkie roboty budowlane oprócz kierowania podwykonawcom;**

dowodów złożonych przez przystępującego Hydrobudowa:

- 3) **(dowód nr C) pismo podmiotu Inenergia z 18 lipca 2012 r. stwierdzające, że podwykonawcy są w stanie wykonać wskazane tam roboty za zaoferowane w ofercie ceny, a nawet niżej;**
- 4) **(dowód nr D) przedstawia dowód w postaci własnych kalkulacji tj. dowód D – odnośnie 9a.4 przystępujący posiada własny sprzęt, własne materiały oraz wykwalifikowany personel, który pozwoli zoptymalizować czas wykonania i zmniejszy koszty wykonania.**
- 5) **(dowód E) przystępujący składa ofertę podwykonawcy Husar z 2 sierpnia 2012 r. (dowód E). W zakresie pkt 9a.7 obie te pozycje zostały skalkulowane niżej niż oferta przystępującego – przez podwykonawcę Husar. Podwykonawca ten będzie dostawcą, a nie wykonawcą**
- 6) **(dowód F) Odnośnie 9a.8 dotyczącej pozycji 380d.3.5 przystępujący składa ofertę podmiotu Budomex z 30 lipca 2012 r. (dowód F), gdzie również podwykonawca ofertuje cenę wykonania niższą niż zaoferowana przez przystępującego.**

- 7) **(dowód G)** Odnośnie 9a.9 pozycja 110d.2.4.3 do pozycji 103d.2.4.2 (dowód G) oferta podmiotu Inwest z 17 lipca 2012 r., gdzie (w jasno-pomarańczowych rubrykach) przystępujący wykazuje zaoferowanie przez podwykonawcę niższej ceny niż zaoferowana.
- 8) **(dowód H)** Przystępujący przekazuje dowód H wyciąg ze specyfikacji technicznej, w pkt 5.13.1 strona 41, dlatego pozycje wskazane należy rozpatrywać łącznie z pozycjami sąsiadującymi dotyczącymi układania nawierzchni, co dotyczy układania i ubijania i z technologicznego punktu widzenia nie wymaga to ponownego wyrównania powierzchni, stąd niskie nakłady na wykonanie tych pozycji jednostkowych.
- 9) **(dowód I)** Odnośnie pkt 9b.3 i 4 składa ofertę podmiotu Molewski (dowód I) pawilon typ CC, instalacje WOD-KAN za kwotę 40 113,90 zł, co jest kwotą niższą niż zaoferowana i kwestionowana. Przystępujący modyfikuje, że dowód I odnosi się wyłącznie do pozycji 9b.3. Cena ta jest realna i wynika z ustalonych przez przystępującego cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach i skomasowanych dla tego elementu robót, a odwołujący nie kwestionuje cen jednostkowych, ale całą skomasowaną pozycję.

oraz dowodów złożonych przez przystępującego Skanska:

- 10) **(dowód B)** Składa jako dowód B zestawienie wartości ofert i budżetu zamawiającego.
- 11) **(dowód J, K i L)** Ze złożonych zestawień (dowód J, K i L) wynika, że również odwołujący przedstawić niektóre ceny jednostkowe znacznie niższe od wykonawcy Skanska
- 12) **(dowód 17-2)** tabela z procentowymi różnicami w wybranych cenach jednostkowych ofert wykonawców Skanska i Warbud;
- 13) **(dowód 17-3)** tabela obrazująca wpływ wybranych cen jednostkowych na cenę całkowitą;
- 14) **(dowód 17-4)** aktualizacja oferty TTM B..... H..... z 1 sierpnia 2012 r. na prace związane z zakładaniem zieleni

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby pierwszy zarzut – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. przestał obowiązywać przepis art. 79 ust. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«.*

Do 1 marca 2004 r. obowiązywały przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Odwołujący w odwołaniu (i w proteście) mieli obowiązek wykazać naruszenie którejś z zasad udzielania zamówień. W tej ustawie rozdział 3 pt. „Zasady udzielania zamówień publicznych” zawierał 28 artykułów – od art. 12a do art. 27d (w 2004 r.).

Jednak obecnie obowiązuje art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu *»Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«.* Dlatego odwołujący nie musi obecnie wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych (zamieszczonych w dziale I rozdział 2 w 4 artykułach od art. 7 do art. 10 Pzp). Mimo braku wykazania naruszenia zasad zamówień publicznych odwołanie podlega rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady art. 7 ust. 1 Pzp bez uzasadnienia faktycznego. W związku z tym ogólny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby drugi zarzut – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę, przez zaniechanie odrzucenia ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (zarzuty dotyczą ofert złożonych przez wykonawców Hydrobudowa i Skanska) – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający przygotowując postępowanie oszacował wartość zamówienia na wartość niespełna 97 mln zł, a wraz z VAT wyniosło to prawie 119 mln zł.

W postępowaniu zostało złożonych 7 ofert o przybliżonych cenach od 123 mln zł do 176 mln zł. Średnio oferta opiewała na 148 mln zł. Wykonawca Hydrobudowa zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za prawie 123 mln zł, a wykonawca Skanska – za około 132 mln zł. Odwołujący złożył ofertę na 153 mln zł.

Skład orzekający Izby stwierdza, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej ceny ani nie ustanowił jakiejś wartości, od której wykonawca byłby zobligowany wszcząć procedurę wyjaśniania zaoferowanych cen pod kątem rażąco niskiej ceny. W związku z tym zamawiający każdorazowo musi sam badać oferty przede wszystkim w stosunku do swojej wyceny szacunkowej wartości zamówienia, a także w stosunku do pozostałych ofert.

W rozpoznawanym przypadku wszystkie oferty opiewały na kwoty wyższe niż oszacowanie wartości przez zamawiającego i różnice między poszczególnymi ofertami nie przekraczały 10% wartości. W związku z tym u zamawiającego nie musiały zrodzić się wątpliwości, co do zaoferowania rażąco niskiej ceny, a tym samym zamawiający nie musiał przeprowadzać procedury wyjaśniania zaoferowanych cen, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący nie dowiódł, że u zamawiającego powinny pojawić się wątpliwości do cen zaoferowanych przez wykonawców Hydrobudowa i Skanska. Pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się do całkowitej ceny ofertowej, a nie jak sugeruje to odwołujący do poszczególnych cen częściowych. Żaden z dowodów przedstawionych przez odwołującego nie dotyczył zarzutu zaoferowania rażąco niskiej, a dowody dotyczyły kilkunastu poszczególnych cen częściowych. W sumie wartość zbyt nisko wycenionych, zdaniem odwołującego, pozycji nie przekraczały 2% ceny oferty. Taki stosunek całkowitej wartości ofertowej i wykazanych poszczególnych wartości częściowych nie może być w żaden sposób uznany, że wykonawcy zaoferowali wykonanie zamówienia z rażąco niską ceną. Również promilowe, a razem mniej niż dwuprocentowe, niskie ceny częściowe w stosunku do całości zamówienia nie mogły mieć wpływu na to, że złożenie takich ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponadto przystępujący wykazali w wielu przypadkach, że mieli podstawy do ofertowania cen częściowych na zaoferowanych poziomach, gdyż ich podwykonawcy oferowali wykonanie tych robót za jeszcze niższe ceny. Również przystępujący złożyli dowody na stosowanie innych technologii czy szczególnej organizacji robót, co miało wpływ na

wysokość ofertowanych cen częściowych. Także przystępujący wykazali, że w poszczególnych przypadkach oferta częściowa odwołującego była jeszcze tańsza od ofert przystępujących.

Skład orzekający Izby biorąc wszystkie te okoliczności uznał, że drugi zarzut – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę i przez zaniechanie odrzucenia ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby trzeci zarzut – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (Pełnomocnik) i Ferroviaľ Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania, która to oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji – został potwierdzony jednak nie może zostać uwzględniony, gdyż stwierdzenie naruszenia ww. przepisów w stosunku do tej oferty nie miało wpływu ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o czym stanowi art. 192 ust. 2 Pzp.

Zamawiający dokonał zasadnego wyboru najkorzystniejszej oferty, którą to ofertę złożył wykonawca Hydrobudowa. Również uplasowanie drugiej oferty w rankingu – oferty wykonawcy Skanska – została dokonane przez zamawiający zgodnie z przepisami prawa.

Natomiast oferta wykonawców Budimex i Ferroviaľ jest czwartą w kolejności oceny ofert, a skoro poprzedzające ją oferty nie zostały odrzucone to zaniechanie odrzucenia tej oferty nie miało wpływu ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym skład orzekający Izby nie może uwzględnić odwołania w tym zakresie, chociaż zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy potwierdziło się.

Zamawiający, zgodnie z art. 36 ust. 5 Pzp zastrzegł w specyfikacji, że wykonawcy nie mogą powierzyć podwykonawcom całości wykonania zamówienia.

Wykonawcy Budimex i Ferroviaľ wskazali w ofercie, że będą jedynie kierować robotami wykonywanymi przez podwykonawców i koordynować roboty wykonywane przez podwykonawców. Jednak w kosztorysie ofertowym przekazanym przez zamawiającego do wypełnienia wykonawcom brak jest pozycji kierowanie robotami czy koordynowanie robót. Skład orzekający Izby wyciąga stąd wniosek, że zamawiający nie przewidział koordynowania ani kierowania, jako samodzielnych części zamówienia. Wynika z tego, że wykonawcy Budimex i Ferroviaľ zamierzali powierzyć podwykonawcom cały zakres robót przewidzianych w kosztorysie przekazanym przez zamawiającego do wypełnienia wykonawcom. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji oferta tych wykonawców powinna zostać odrzucona.

Ze względu na to, że zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Budimex i Ferroviaľ nie miało ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia odwołanie również w tym zakresie podlega oddaleniu, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, poza naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w stosunku do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex i Ferrovial, jednak fakt ten nie miał wpływu ani nie miał możliwości mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający Izby nie brał pod uwagę dowodów złożone przez strony i uczestników postępowania, gdyż nie dotyczyły one kwestii rażąco niskiej ceny ofert, a tylko wybranych cen częściowych, których wpływ na globalne ceny dotyczył mniej niż 2% ceny ofertowej.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....