

Sygn. akt: KIO 654/13

WYROK

z dnia 5 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIMEX S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIMEX S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i 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: **BUDIMEX S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę Zachodniej Obwodnicy miasta Poznania w ciągu drogi krajowej nr Sil na odcinku Złotkowo - autostrada A2 i w ciągu drogi krajowej nr S5 w rejonie węzła „Głuchowo” autostrady A2 ETAP IIb – S11 od węzła „Rokietnica” - km 7+740,00 do węzła „Swadzim” - km 13+068,00”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 07/11/2012 pod numerem: 2012/S 214-353650.

Odwołujący: Konsorcjum firm:1) BUDIMEX S.A. w Warszawie (lider konsorcjum) i Ferrovial Agroman S.A., w Madrycie wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu polegające na:

- wyborze oferty złożonej przez SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej,
- zaniechaniu ustalenia, czy oferta Wykonawcy - SKANSKA S.A. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania następujących przepisów:

- art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy - SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, do złożenia wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny i potwierdzających tym samym, że cena ta nie jest ceną rażąco niską, co jednocześnie narusza art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, jako najkorzystniejszej,
- wezwania SKANSKA S.A. w Warszawie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp,

Odwołujący wskazał, że zaoferował drugą w kolejności ofertę Pismem doręczonym 11 marca 2013r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, (zwaną dalej „Wykonawcą”). Zamawiający wskazał, iż oferta Wykonawcy wybrana została „zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 12.1. Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (IDW). Oferta otrzymała najwyższą liczbę punktów tj. 100

obliczoną zgodnie ze wzorami opisanymi w pkt 12.1.1. i 12.1.2. IDW tj. 90 punktów w kryterium „Cena” oraz 10 punktów w kryterium termin wykonania.”

W pkt. 12.1. SIWZ określono, że „Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria:

- A) cena (C) - 90%,
- B) termin wykonania (T) - 10%

Natomiast w pkt. 12.12. zd.3 SIWZ Zamawiający określił, że „Suma punktów przyznanych danej ofercie w kryterium cena i kryterium termin będzie stanowiła o wyborze Wykonawcy. Ten z Wykonawców, którego oferta uzyska największą ilość punktów zostanie wybrany do realizacji zamówienia.”

Na sfinansowanie powyższej części Zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę 145 850 365,44 zł (brutto). W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 16 wykonawców. Cena oferty złożonej przez SKANSKA S.A. wynosiła 107 883 140,48 zł (brutto). Ceny kolejnych ofert były wyższe i wynosiły odpowiednio:

- 1) Odwołującego: 122 972 137,99 zł, co stanowiło 113,99% ceny oferty SKANSKA S.A.
- 2) STRABAG Sp. z o.o.: 128 813 829,73 zł, co stanowiło 119,40% ceny oferty SKANSKA S.A.,
- 3) BERGER BAU POLSKA Sp. z o. o., BERGER BAU GmbH, Aussere Spitalhofstrasse; Passau: 129 761 116,84 zł, co stanowiło 120,28% ceny oferty SKANSKA S.A.,
- 4) COLAS Polska Sp. z o.o. Pałędzie Inżynierskie stavby, a.s. Košice, Priemyselna: 130 828 358,73 zł, co stanowiło 121,27% ceny oferty SKANSKA S.A.,
- 5) RUBAU Polska Sp. z o.o. Kraków ERBUD S.A. Warszawa CONSTRUCCIONES RUBAU S.A., Hiszpania: 132 782 493,22 zł, co stanowiło 123,08% ceny oferty SKANSKA.,
- 6) Mota-Engil Central Europe S.A.: 134 953 113,36 zł, co stanowiło 125,09% ceny oferty SKANSKA S.A..

Średnio oferty złożone w niniejszym postępowaniu względem oferty SKANSKA S.A. były wyższe o 37 761 617,40 zł, czyli o 29,54 %.

Oferta złożona przez Wykonawcę odbiegała od kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na realizację zadania o 45 850 365,44 zł. Była ona niższa od kolejnej oferty o 16 145 227,3 zł, zaś od średniej cen ofert o 29 878 476,92 zł.

Mimo różnic pomiędzy ceną ofert Wykonawcy a wartością zamówienia oraz cenami pozostałych ofert, Zamawiający zaniechał wezwania SKANSKA S.A., w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień. Mówiąc o cenach rynkowych, należy więc mieć na uwadze przede wszystkim to, jak kształtują się ceny w danym postępowaniu. Skoro zaś w niniejszym postępowaniu rozbieżność pomiędzy ceną Wykonawcy, a ceną Odwołującego oraz średnią

cen zaoferowanych w niniejszym postępowaniu były istotne, Zamawiający winien zmierzać do wyjaśnienia tej rozbieżności.

2) Obawa niedoszacowania kosztów wykonania przez Wykonawcę prac polegających na wymianie gruntów nienośnych.

Wątpliwość Zamawiającego, czy mamy do czynienia z ceną realną, za którą możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty, powinien wzbudzić sposób wycenienia przez Wykonawcę kosztów prac związanych z wymianą gruntów nienośnych.

W pkt 8.1. SIWZ Zamawiający określił, że „cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone dla każdego przedmiaru odrębnie na formularzach, których wzór stanowi Formularz 2.2. Podstawą obliczenia ceny oferty są Przedmiary robót zamieszczone w Tomie V SIWZ.”

Zgodnie z pkt 8.4. zd. 1 SIWZ „Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarach robót.”

Natomiast w pkt 8.6. SIWZ określono, iż „Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-V SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Przedmiarach robót i Tabeli wartości elementów scalonych nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarach robót.”

Określone przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe za prace związane z wymianą gruntów nośnych jednoznacznie ukazują, że te pozycje kosztorysu są niedoszacowane, a co za tym idzie określona na ich podstawie cena ofertowa jest rażąco niska. Wykonawca w części B-I „Roboty Drogowe. Droga Sil”, w poz. 36-39 kosztorysu, wycenił określone tam prace polegające na wymianie gruntu na niewysadzinowy z dogęszczeniem na głębokość: 1,10 m, 3,00 m, 3,10 m, 3,60 m, 5,40 m, na kwotę 5 zł/m². Ta cena jednostkowa została określona na nierealnym poziomie.

Wg wyliczenia odwołującego niedoszacowanie wynosi: 2 351 894,97.

Brak uwzględnienia przez Wykonawcę w poz. 36-39 rzeczywistych kosztów prac polegających na wykopaniu, zutylizowaniu gruntu nienośnego i wbudowaniu w te miejsce gruntu nośnego z jego zagęszczeniem wyjaśnia także, dlaczego wykonawca przyjął taką samą, niską stawkę, bez względu na głębokość wykopu, wynoszącą odpowiednio 1,1, 3,0, 3,6 i 5,4 m. Nie uwzględnienie przez Wykonawcę w poz. 36-39 rzeczywistych kosztów prac polegających na wymianie istniejącego na grunt z dogęszczeniem wyjaśnia także różnice pomiędzy wyceną tych pozycji dokonaną przez innych wykonawców. Przykładowo w poz. 36 kosztorysu ofertowego, którą Wykonawca wycenił na poziomie 5 zł, Odwołujący wycenił na poziomie: 35,21 zł, natomiast Strabag na poziomie 165,32 zł.

Reasumując, zgodnie z pkt. 8.6. SIWZ „Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-V SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Przedmiarach robót i Tabeli wartości elementów scalonych nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarach robót.”

W niniejszym postępowaniu ceny jednostkowe w poz. 36-39 kosztorysu ofertowego powinny uwzględniać wycenę prac polegających na wymianie gruntu istniejącego na grunt niewysadzinowy z dogęszczeniem na głębokość 1,1, 3,0, 3,6 i 5,4 m.

Brak uwzględnienia w wycenie tych pozycji rzeczywistych kosztów wykonania robót powoduje, że nie tylko cena jednostkowa dla tych pozycji jest nierealna, ale i że charakter taki można przypisać cenie ofertowej jako takiej. Zważyć bowiem należy, że w niniejszym postępowaniu brak wyceny rzeczywistych kosztów wykonania wskazanych prac przez Wykonawcę powoduje, że jego oferta jest zaniżona o co najmniej 2 351 894,97 zł. Tym samym, nie tylko ceny jednostkowe w ofercie Wykonawcy są rażąco niskie, ale z uwagi na konsekwencje przyjęcia tak niskich cen jednostkowych - nadto przy przyjęciu wynagrodzenia kosztorysowego w tym postępowaniu - rażąco niska jest też cena całej oferty.

Reasumując powyższe przypomnieć należy, że celem postępowania jest realizacja danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, co jednak nie oznacza, że celem jest wyłonienie wykonawcy, który nie gwarantując właściwego wykonania zamówienia, oferuje najniższą cenę. Zamawiający dokonując oceny, czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku przedmiotu zamówienia, powinien brać pod uwagę całokształt zaistniałych okoliczności, w tym znanych zamawiającemu cen rynkowych podobnych zamówień, ceny innych złożonych ofert oraz wartość oszacowania. Dlatego też znacząca różnica oferty Wykonawcy w odniesieniu średniej ceny pozostałych ofert, jak i ceny szacunkowej określonej przez Zamawiającego, a także duża różnica, jaka zachodzi pomiędzy ceną składaną przez Wykonawcę, powinna wzbudzić wątpliwości, czy cena Wykonawcy pokryje wydatki związane z realizacją zamówienia, czy jest skalkulowana należycie, zwłaszcza, gdy poważne wątpliwości budzi także - wobec cen jednostkowych ofertowanych za wskazane powyżej prace przez innych wykonawców, jak i przez sama firmę SKANSKA S.A.

- rzetelność skalkulowania poszczególnych cen jednostkowych przez Wykonawcę.

Na tej zasadzie, w ocenie odwołującego, konieczne staje się wszczęcie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że na złożone zaproszenie skierowane do 20 wykonawców otrzymał 16 ofert. Przedstawił zestawienie tych wykonawców z zaoferowanymi przez nich cenami.

Odnosił się do różnic pomiędzy ceną wybranego wykonawcy a budżetem zamawiającego oraz cenami pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Wskazał na różnice kwotowe i procentowe. Stwierdził, że opracowując kosztorys inwestorski nie może kierować najniższymi możliwymi cenami i kosztami, lecz przyjmuje wartości uśrednione uwzględniające rozmaite aspekty projektu. W toku oceny ofert zamawiający porównując ceny ofert uznał, że nie ma podstaw do uznania potencjalnie rażąco niskiej ceny żadnej z ofert, w szczególności oferty wybranej. Wskazał również, że wg jego wiedzy jako inwestora wcześniejszych etapów obwodnicy Poznania wybrany wykonawca może zaoferować bardziej konkurencyjne warunki niż pozostali oferenci. Zamawiający zauważył, że wszystkie dotychczas prowadzone duże realizacje drogowe na jego terenie (Oddział w Poznaniu) zostały skosztorysowane przez wybranych wykonawców na poziomie ok. 57% do ok. 72% kosztorysów inwestorskich i zostały należycie wykonane. W ocenie zamawiającego możliwa jest prawidłowa realizacja przez Skanska S.A., która zaoferowała cenę na poziomie 74% kosztorysu inwestorskiego.

Odnosząc zarzut niedoszacowania przez wykonawcę kosztów prac polegających na wymianie gruntów nienośnych zamawiający stwierdził, że odwołujący wybrał jedną pozornie nisko wycenioną pozycję tj. wymianę gruntów wysadzi nowych i dokonał w tym zakresie analizy kosztów. Zamawiający stwierdził, że istnieje wiele metod i sposobów kosztorysowania oraz dochodzenia do wartości ostatecznych. Zauważył, że w odwołaniu całkowicie pominięto kwestię wywozu wykopanych gruntów organicznych, która została wyceniona przez Skanska S.A. na 63,60 zł/m³, a przez odwołującego na 0,01 zł/m³. Biorąc pod uwagę ceny wymiany oraz wywozu uzyskuje się zupełnie inny obraz cenowy.

W podsumowaniu zamawiający stwierdził, że wyrwane z kontekstu pozycje kosztorysu nie odzwierciedlają w pełni ich kosztów i nie świadczą o rażąco niskiej cenie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że biorąc pod uwagę ogólną tendencję dotyczącą inwestycji o wartościach powyżej 5 mln zł realizowanych na przestrzeni ostatniego roku jego oferta nie odbiega od ogólnego trendu dotyczącego kształtowania się cen ofert najkorzystniejszych, który kształtował się na poziomie od 52% do 99% kosztorysów inwestorskich. Wskazał, że również odwołujący niejednokrotnie wygrywał przetargi o wartości robót wycenionych znacznie poniżej kwot kosztorysów inwestorskich. Na powyższe okoliczności przedstawił stosowne zestawienia tabelaryczne. Wskazał, że w zakresie wymiany gruntów, której

wycenę kwestionował odwołujący, dokonał kalkulacji na kwoty wyższe niż poprzednio w pozostałych dwóch części zachodniej obwodnicy Poznania, co ma oznaczać, że cena jest realistyczna i wiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika wyrażonych na piśmie i do protokołu, zważyła, co następuje.

Z przepisu art. 90 ustawy Pzp wynika, że ustawa przyjmuje zasadę, iż podstawowym kryterium oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest stosunek ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia. Relacja taka jest dla zamawiającego wskazówką, że cena może być rażąco niska. Stosownie do treści przepisu, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Niesporne jest, że w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu złożono 16 ofert, z których 13 zawierało cenę poniżej wartości oszacowanej przez zamawiającego, w tym oferta przystępującego (najtańsza) ma cenę na poziomie 74% oszacowania, odwołującego 84% i kolejne od 89 do 98 % oszacowania zamawiającego. Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający dokonał własnej analizy cen złożonych ofert, jak również wziął pod uwagę że wszystkie dotychczas prowadzone duże realizacje drogowe na jego terenie zostały skosztorysowane przez wybranych wykonawców na poziomie ok. 57% do ok. 72% kosztorysów inwestorskich i zostały należycie wykonane. W ocenie Izby dokonana ocena w tym konkretnym postępowaniu, a także uwzględniająca rzeczywistą wiedzę zamawiającego na rynku inwestycji drogowych daje zamawiającemu prawo do uznania, że możliwa jest prawidłowa realizacja przedmiotu zamówienia przez przystępującego, który zaoferował cenę kwestionowaną w odwołaniu.

W rozpatrywanej sprawie odwołujący oparł zarzut na znanej relacji ceny oferty wybranej do wartości zamówienia przedstawiając jednocześnie argumenty na poparcie tezy, że cena kwestionowana jest zaniżona o 2.351.894,97 do wartości zamówienia, co wynika z przeprowadzonej w odwołaniu symulacji rzeczywistej wartości robót ziemnych (wymiana gruntów). Jakkolwiek zniżenie ceny określonego elementu kosztorysowego jako argument za twierdzeniem o rażąco niskiej cenie nie powinien być a limine negowany, niesporne jest, że podstawą jest ocena ceny ofertowej jako całości. Izba biorąc pod uwagę znane aktualne realia rynku prac o podobnym zakresie i rodzaju, a także wskazane ceny w niniejszym postępowaniu uznaje, że ustalenia zamawiającego o wysokości ceny oferty wybranej jako nieodbiegającej od stosowanych, są prawidłowe.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp uznając, iż w świetle ustalonych okoliczności nie zaszły przesłanki wszczynania procedury wyjaśniania przez zamawiającego ceny oferty przystępującego w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym odwołanie podlega oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem 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).

Przewodniczący: