

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., 01-518 Warszawa, ul. Zajęczka 9**, w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) **PKP Energetyka S.A., 00-681 Warszawa, ul. Hoża 63/67**, 2) **Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., 03-816 Warszawa, ul. Chodakowska 100**, 3) **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o., 80-051 Gdańsk, ul. Sandomierska 17 (Konsorcjum odcinka Bochnia-Brzesko Okocim)**,

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Skanska S.A., 01-518 Warszawa, ul. Zajęczka 9** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę 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. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie wzmocnienia podtorza kolejowego na szlaku Bochnia- Brzesko Okocim w km 39,000-48,800 realizowanego w ramach Projektu POIiŚ 7.1 - 30 „Modernizacja linii kolejowej E 30/C-E 30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III”.” Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.03.2012 r., nr 2012/S 61-098964.

Odwołujący - Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie - wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego. Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp: 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3, w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 przez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego, wobec błędnego przyjęcia, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do wartości zamówienia (przedmiotu zamówienia); 2) art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum w składzie: 1) PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie, 2) Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, chociaż oferta konsorcjum nie zawierała najniższej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, 2) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum: PKP Energetyka S.A., Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej, 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty odwołującego.

Odwołujący podał w uzasadnieniu.

1. Pismem z dnia 19 lipca 2012 r., sprostowanym w dniu 20 lipca 2012 r., zamawiający poinformował, że dokonał czynności: - odrzucenia oferty odwołującego,

- wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum: PKP Energetyka S.A., Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o., zwane dalej „konsorcjum”.

2. Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Pzp, gdyż jego oferta, jako nie podlegająca odrzuceniu, winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający wbrew przepisom Pzp oraz godząc w zasadę obiektywizmu i równego traktowania uczestników postępowania, naruszając tym samym interes odwołującego, odrzucił jego ofertę i wybrał o wiele droższą ofertę konsorcjum.

3. Wybór oferty konsorcjum został dokonany z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż oferta ta była droższa od oferty odwołującego o bez mała 7 mln zł, a brak było uzasadnienia prawnego do odrzucenia oferty odwołującego, pod pretekstem rażąco niskiej ceny, co narusza zasady gospodarności.

4. Odwołujący podkreślił, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”, określił w pkt 20.11 - Instrukcji dla Wykonawców, że pod kątem rażąco niskiej ceny będą badane te oferty, których cena będzie niższa niż 60% kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający określił tę kwotę na 42.984.336 zł brutto, stąd też cena oferty odwołującego (27.566.798,87 zł brutto) jest wyższa od wyznaczonego progu 60% ww. kwoty. Przemawia to za przyjęciem, że zamawiający na podstawie swego doświadczenia i realiów rynkowych wiedział, że w praktyce ceny ofert znacznie odbiegają od szacunków i, że cena mieszcząca się w wyznaczonych ramach, nie jest rażąco niska, lecz jest wyrazem konkurencji na rynku usług budowlanych.

5. Podczas pierwszej w tym postępowaniu czynności badania i oceny ofert, oferta odwołującego nie wzbudziła wątpliwości zamawiającego, jako rażąco niska, zamawiający dokonał jej wyboru, jako najkorzystniejszej w dniu 29 maja 2012 r., bez wzywania odwołującego do wyjaśnienia. Świadczy to o przyjęciu przez zamawiającego, na podstawie posiadanego doświadczenia, że cena oferty odwołującego jest jak najbardziej rynkowa. Odwołujący wskazał orzecznictwo Izby, co do uznania ceny za rażąco niską (wyroki KIO: z dn. 23.12.2008 r., sygn. KIO/UZP 1443/08, z dn. 18.06.2009 r. KIO/UZP 717/09, z dn. 05.04.2012 r. KIO 560/12).

6. W wyniku odwołania konsorcjum, uwzględnionego przez zamawiającego, zamawiający wystąpił o wyjaśnienie ceny, które zgodnie z wezwaniem otrzymał. Podobnie otrzymał wyczerpujące wyjaśnienie na kolejne zapytanie. Pomimo tego, pismem z dnia 19 lipca 2012 r., sprostowanym w dniu 20 lipca 2012 r., zamawiający odrzucił ofertę, jako zawierającą rażąco niską cenę i w konsekwencji dokonał wyboru oferty konsorcjum, jako najkorzystniejszej. Przy tym wbrew wymogom z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zawiera żadnego uzasadnienia faktycznego, ograniczając się jedynie do zacytowania treści art. 90 ust. 3 Pzp., co znacznie utrudnia rzeczową polemikę z decyzją zamawiającego. Czyni uprawnionym stwierdzenie, że miała

ona charakter wyłącznie uznaniowy. O tym, że tego typu postępowanie zamawiającego jest niezgodne z ww. przepisem, KIO wypowiedała się wielokrotnie w szeregu orzeczeniach (wyroki: z dn. 05.04.2011 r., sygn. KIO 610/11, z dn. 19.09.2011 r., sygn. KIO 1934/11, z dn. 25.05.2012 r., sygn. akt KIO 968/12, z dn. 05.04.2011 r., sygn. akt KIO 610/11).

7. Odwołujący dla porównania przedstawił wynik innego postępowania - „Wykonanie wzmocnienia podtorza kolejowego na szlaku Biadoliny - Bogumiłowice w km 61,300-69,300 realizowanego w ramach Projektu POliŚ 7.1 - 30 „Modernizacja linii kolejowej E 30/C-E 30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III” z dnia 06.07.2012 r.

8. Tym samym odwołujący z konieczności domniemuje, jaka jest podstawa faktyczna odrzucenia oferty.

Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Odrzucenie oferty Skanska S.A. zostało dokonane z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3, w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Zamawiający całkowicie dowolnie przyjął - zwłaszcza w kontekście ww. pkt 20.11 SIWZ (uwaga: oferty, w których cena będzie niższa niż 60% kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zostaną zbadane pod kątem rażąco niskiej ceny) - że oferta Skanska S.A. zawiera rażąco niską cenę, przy tym nie wiadomo na podstawie, jakich kryteriów dokonał ustalenia. Treść wniosku, jaki został skierowany do wykonawcy (pismo zamawiającego z dnia 22.06.2012 r.) wskazuje, jakie elementy ceny miał wykazać odwołujący, tj. cenę jednostkową kolumn DSM fi=60 cm.

Odwołujący w odpowiedzi udzielił pismem z dnia 26.06.2012 r. wyczerpujących wyjaśnień i wskazał elementy oferty, które wpłynęły na dokonanie takiej wyceny realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, przedstawiając szczegółową kalkulację oraz dowody w postaci m.in. umów i ofert obrazujących ceny zakupu materiałów, jak i koszt wiertnicy, będącej w zasobach sprzętowych Skanska S.A.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniem, zamawiający pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. skierował do odwołującego kolejne zapytanie, czy przedstawiona kalkulacja ceny jednostkowej kolumn DSM fi = 60 cm uwzględnia wykonanie warstwy transmisyjnej i w której pozycji jest zawarta.

W odpowiedzi odwołujący, pismem z dnia 03 lipca 2012 r. podtrzymał poprzednio złożone wyjaśnienia i podał dodatkowo, że skoro zgodnie z SIWZ (pkt 13.3 i Załącznik nr 2 do SIWZ) Rozbicie Ceny Ofertowej, zawiera tylko trzy zagregowane pozycje cenowe: - Wykonanie kolumn DSM fi 60 cm, - Wykonanie kolumn DSM fi 80 cm, - Zabudowa pali fi 60 cm, to wszelkie inne prace i związane z nimi koszty, Skanska S.A. zgodnie z przytoczonymi postanowieniami SIWZ, miała obowiązek umieścić w tych trzech głównych pozycjach, na których skonstruowana jest oferta. Wobec powyższego koszt wykonania warstwy transmisyjnej - która nie jest elementem ani kolumn DSM ani pali CFA, jest natomiast

osobnym elementem konstrukcyjnym i jako taka jest wykonywana w odrębnym procesie technologicznym, po wykonaniu tychże kolumn i pali na danym odcinku oraz stanowi robotę towarzyszącą - został ujęty (rozbity) w całości w pozycjach: „Wykonanie kolumn DSM fi 80 cm oraz Zabudowa pali fi 60 cm”. Cena jednostkowa tych pozycji z tego powodu jest znacznie wyższa niż u pozostałych oferentów. W szczególności dotyczy to ceny wykonania kolumn fi 80 cm, która w ofercie SKANSKA S.A. wynosi 816,10 zł, a w ofercie konsorcjum - 315, 22 zł, w ofercie EUROVII odpowiednio wynosi 602 zł, 524 zł, 491 zł, 647 zł, a w ofercie firmy SANEL - 345 zł.

Dowód: Załączniki nr 2 - Rozbicie Ceny Ofertowej do ofert Konsorcjum, EUROVII i SANEL. Tym samym odwołujący jednoznacznie wyjaśnił, że cena jego oferty obejmuje wykonanie ww. warstwy transmisyjnej.

9. Odwołujący wskazał, że zamawiający wprowadzając obowiązek sporządzenia Rozbicia Ceny Ofertowej na tak wysokim poziomie ogólności (wyłącznie trzy pozycje), bierze jednocześnie na siebie ryzyko tego, że wykonawcy mają szeroki zakres dowolności, co do tego, jakie szczegółowe koszty zostaną ujęte w poszczególnych pozycjach tego Rozbicia. Koszt wykonania robót budowlanych to nie tylko: materiały, robocizna i sprzęt, ale też szeroki katalog innych kosztów np. koszty dokumentacji projektowej wykonawczej, koszty nadzoru autorskiego projektanta, koszty ogólne, koszt robót towarzyszących i tymczasowych, koszty badań laboratoryjnych, koszty badań geotechnicznych i wiele innych. Wprowadzając jedynie trzy pozycje rozbicia ceny ofertowej i jednocześnie definiując w Opisie Przedmiotu Zamówienia (SIWZ Tom III) kilkanaście innych pozycji, w tym: warstwę transmisyjną, roboty ziemne, warstwę wyrównawczą z pospółki, zamawiający, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek wymagań odnośnie sposobu kalkulacji ceny, ani podstaw wyceny w SIWZ, musiał liczyć się z tym, że wykonawca pewne koszty rozbije pomiędzy trzy ww. pozycje według własnego uznania (niekoniecznie proporcjonalnie), z czego nie może obecnie wyciągać w stosunku do odwołującego niekorzystnych skutków prawnych.

Odwołujący ponownie podniósł, że zamawiający w SIWZ Tom I pkt 13.3 określił, że „Wykonawca musi dostarczyć wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ - Rozbicie Ceny Ofertowej. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej. Nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje, których wartość nie została podana w wypełnionym Rozbiciu Ceny Ofertowej. Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Rozbicia Ceny Ofertowej. Suma wartości netto poszczególnych pozycji powinna być umieszczona w polu Ogółem”.

Za przyjęciem, że koszt warstwy transmisyjnej wcale nie musiał być równomiernie ujęty w każdej pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej przemawia także to, że w wyżej już wspomnianym, innym przetargu organizowanym w tym samym czasie przez PKP i również na wzmocnienie podtorza, tylko na innym odcinku, zamawiający postawił wymóg, że koszt

wykonania warstwy transmisyjnej musi być ujęty w każdej pozycji rozbitcia ceny ofertowej, czego nie wymagał w tym postępowaniu,

Dowód: Załącznik nr 2 do SIWZ - Rozbitcie Ceny Ofertowej w przetargu „Wykonanie wzmocnienia podtorza kolejowego na szlaku Biadoliny - Bogumiłowice w km 61,300-69,300 realizowanego w ramach Projektu POIiS 7.1 - 30 „Modernizacja linii kolejowej E 30/C-E 30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III”.

10. Odwołujący uznał, że zamawiający w sposób nieuprawniony kwestionuje jedynie cenę jednostkową wykonania kolumny DSM fi 60 cm, a więc nie cenę zaoferowaną za całość przedmiotu zamówienia, ale za element tego przedmiotu.

Cena oferty, jako rażąco niska musi odnosić się do całkowitej ceny oferty, a nie do jej poszczególnych pozycji. Teza ta jest zasadna w sytuacji, gdy powszechną praktyką przy kalkulowaniu cen ofert jest tzw. „przenoszenie” kosztów prac, które mają być wykonane w terminie późniejszym do pozycji, które będą wykonane wcześniej. Twierdzenie, że niektóre pozycje kosztorysowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie stwarza podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 Pzp (wyrok KIO z dn. 24.05.2012 r., sygn. akt KIO 916/12).

11. Uznając, że zamawiający uważa cenę Skanska S.A. za rażąco niską, odnosząc tę cenę do oferty nr 2 złożonej przez konsorcjum, odwołujący zwrócił uwagę, że jest to konsorcjum trzech firm, które dodatkowo zakładają zlecenie większości prac, ponad 60 %, podwykonawcom,

Dowód: załącznik nr 7 do oferty konsorcjum - wykaz robót przeznaczonych do podwykonawstwa.

Odwołujący podniósł, że oferta musi uwzględniać, co najmniej koszty ogólne, zysk i inne narzuty członków konsorcjum oraz podwykonawców i samo to już powoduje, że cena musi być droższa od oferty odwołującego, który zakłada wykonanie większości prac siłami własnymi. Dodatkowo zwrócił uwagę, że oferty podwykonawców specjalistycznych obarczone są dużymi wymaganiami podwykonawców i związanymi z tym ryzykami wzrostu kosztów, które należy uwzględnić w cenie ofertowej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie akt sprawy sygn. akt KIO 1191/12, zaliczonych do dowodów w rozpoznawanej sprawie, Izba ustaliła, że postanowieniem z dnia 21 czerwca 2012 r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, prowadzone na skutek wniesienia odwołania przez konsorcjum: 1) PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie, 2) Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 3) Pomorskie Przedsiębiorstwo

Mechaniczno - Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, (Konsorcjum odcinka Bochnia-Brzesko Okocim), w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Podstawę wniesienia odwołania stanowił wybór, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Skanska S.A. Konsorcjum podważyło w odwołaniu czynności zamawiającego polegające na: -wyborze oferty złożonej przez Skanska S.A. jako najkorzystniejszej oraz zaniechaniu ustalenia, czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazując naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Skanska S.A., jako najkorzystniejszej, wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania, obok porównania zakwestionowanej ceny oferty Skanska S.A. do ceny zamówienia (wartość zamówienia powiększona o podatek VAT), cen pozostałych ofert, które potwierdzały ceny rynkowe i wykazania różnic świadczących, w ocenie konsorcjum, o cenie rażąco niskiej w rozumieniu Pzp, konsorcjum wskazało m.in., że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia najistotniejszym zakresem robót, pod względem ilościowym i wartościowym, było wykonanie kolumn o średnicy 0,6 m. Porównując ceny jednostkowe za wykonanie jednego mb kolumny o średnicy 0,6 m określone przez Skanska S.A. na poziomie 70 zł, podczas gdy średnia cen pozostałych ofert w tej pozycji wynosiła 271,61 zł, konsorcjum uznało, że cena ta jest niewiarygodna. Konsorcjum wskazało zakres prac, jaki powinna uwzględniać kalkulacja ceny za 1 mb kolumny, w tym jako pozycję szczególną, wykonanie warstwy transmisyjnej.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz zobowiązał się do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwania wykonawcy Skanska S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego była firma Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, nie wnosząc sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp.

Przepis ten stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu, co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W toku czynności ponownego badania i oceny oferty, zgodnie z żądaniem konsorcjum, zamawiający wystąpił dwukrotnie do odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wskazując na konieczność uzyskania wyjaśnień ceny jednostkowej przyjętej dla

wykonania kolumn 0,6 m na poziomie 70 zł/mb, a w konsekwencji precyzując konkretne zapytanie, czy cena jednostkowa kolumn 0,6 m zawiera koszty warstwy transmisyjnej dla tej pozycji i gdzie jest wykazana. Zamawiający złożył wyjaśnienia wraz z dowodami (ceny zakupu materiału oraz koszt wiertnicy), z których wynika, że jest to koszt wytworzenia 1mb samej kolumny oraz, że cena jednostkowa kolumn 0,6 m nie zawiera kosztów warstwy transmisyjnej, koszty te zostały ujęte w cenie kolumn 0,8 m i pali 0,6 m.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, który stanowi, że 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.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zatem, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w zakresie oceny wyjaśnień odwołującego złożonych na dwukrotne wezwania zamawiającego oraz odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, uznając w tym zakresie spełnienie przez odwołującego przesłanki wynikającej z art. 179 ust. 1 Pzp.

Przedmiotem oceny Izby nie mogły być argumenty odwołującego, co do braku uprawnienia zamawiającego do przeprowadzenia procedury badania oferty odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny wobec postanowień SIWZ pkt 20.11 - Instrukcja dla Wykonawców (*pod kątem rażąco niskiej ceny będą badane te oferty, których cena będzie niższa niż 60% kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający określił tę kwotę na 42.984.336 zł brutto, stąd też cena oferty odwołującego (27.566.798,87 zł brutto) jest wyższa od wyznaczonego progu 60% ww. kwoty*) oraz naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż do zastosowania tego przepisu i wszczęcia procedury badania ceny oferty, zamawiający został zobowiązany w związku z uwzględnieniem odwołania wniesionego przez konsorcjum w dniu 8 czerwca 2012 r.

Przepisy Pzp określające koncentrację środków postępowania odwoławczego, realizowaną przez możliwość udziału w tym postępowaniu wszystkich wykonawców, których dotyczy odwołanie, przewidują negatywne skutki w razie zaniechania korzystania ze wskazanej procedury (odrzucenie odwołania na podstawie wskazanego art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp). Skutkiem rezygnacji z wniesienia sprzeciwu przez Skanska S.A., co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu przez konsorcjum, w zakresie ceny oferty tego wykonawcy i umorzenia postępowania odwoławczego, jest ograniczenie oceny zarzutów przedstawionych w rozpoznawanym odwołaniu.

Izba ustaliła, że zamawiający wezwał odwołującego: *do złożenia szczegółowych*

wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wyraża wątpliwość, czy cena jednostkowa zaproponowana za wykonanie kolumn DSM-fi=60 cm jest realna. Porównanie cen jednostkowych tej pozycji w innych ofertach oraz w stosunku do cen rynkowych wskazuje na brak możliwości prawidłowego wykonania tego zakresu zamówienia za cenę zaproponowaną w Państwa ofercie. (...) Wyjaśnienie winno wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia (pismo z dnia 22. 06. 2012 r.).

Odwołujący złożył wyjaśnienia podając, że cena oferty zawiera wszystkie składniki oraz niezbędne koszty do prawidłowego wykonania zamówienia. Wskazał na sposób rozbicia ceny ofertowej dla potrzeb określenia płatności za wykonanie zamówienia. Stwierdził, że ceny jednostkowe obejmują wszystkie koszty robót, wliczając zakres robót oraz przedstawił kalkulację kosztu wykonania 1 mb kolumny DSM fi 60 cm w kwocie 70 zł (m.in. materiały, wiertnica). Załączone dowody wskazywały ceny zakupu cementu i cenę pracy sprzętu (poz. 65 - ceny pracy i najmu sprzętu budowlanego), pismo z dnia 26.06.2012 r.

Pismem z dnia 29.06.2012 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, podając, że: *Przedłożona kalkulacja ceny wykonania 1mb kolumny DSM 60 cm, w wyjaśnieniu złożonym w dniu 26.06.2012 r. (...) nie wskazuje w sposób jednoznaczny kosztów materiałów niezbędnych dla wykonania warstwy transmisyjnej, a cena jednostkowa w pozycji: Materiały (zaczyn iniekcyjny i inne) obejmuje jedynie koszty zaczynu cementowego niezbędnego do wykonania 1 mb kolumny DSM 60 cm. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (OPZ) Wykonawca wraz z realizacją kolumn DSM winien wykonać/zabudować tzw. warstwę transmisyjną (wykonanie nad kolumnami i palami warstwy wyrównawczej z pospółki gr. min. 5 cm, następnie ułożenie geotkaniny oraz niesortu kamiennego gr. 25 cm zbrojonego geosiatką komórkową wys. 25 cm.* Odwołujący podtrzymał poprzednie wyjaśnienia w całej rozciągłości. Odniósł się ponownie do sposobu obliczenia ceny (pkt 13.3 SIWZ) - rozbicie ceny ofertowej, stosownie do warunków płatności. Podał, że ceny dla wskazanych trzech pozycji (wykonanie kolumn DSM fi 60 cm, DSM fi 80 cm oraz zabudowa pali fi 60 cm) obejmują wszystkie koszty związane z całością prac. Podniósł także, że zaproponowane rozwiązania wzmocnień podtorza i podłoża zostaną doprecyzowane i uszczegółowione w projekcie wzmocnień, który powstanie na etapie projektu wykonawczego opracowanego przez wykonawcę. W końcowej części wyjaśnień odwołujący podał: (...) *Skanska S.A. biorąc pod uwagę, iż warstwa transmisyjna jest robotą towarzyszącą, dokonała rozbicia wszystkich kosztów związanych z jej realizacją, w tym kosztów materiałów pomiędzy kalkulacje cenowe w pozycjach: „Wykonanie kolumn DSM fi 80 cm oraz Zabudowa pali fi 60 cm. Pozostałe prace przygotowawcze ujęte są w pozycji wykonanie kolumn DSM fi 60 cm”* (wyjaśnienia z dnia 03.07.2012 r.).

Odwołujący potwierdził w ostatnich wyjaśnieniach i na rozprawie, że nie zamieścił

kosztów warstwy transmisyjnej w cenie jednostkowej kolumn 0,6 m, które stanowią, jak wykazał zamawiający i uczestnik postępowania po stronie zamawiającego, najistotniejszą część zamówienia (75% całości). Odwołujący utrzymywał, że sporne koszty warstwy transmisyjnej zamieścił w pozycjach dotyczących wykonania kolumn 0,8 m oraz zabudowy pali 0,6 m. Nie wykazał jednak w wyjaśnieniach oraz na rozprawie, jaka wysokość kosztów odnosi się do kolumn DSM fi 60, pozostawiając jako cenę w tej pozycji 70 zł/mb. Odwołujący uznał, że ocena wyjaśnień wykonawcy potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, odrzucając ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp (pismo z dnia 19.07.2012 r.).

Izba stwierdza, że co do zasady, ocena ceny, jako rażąco niskiej, odnoszona jest do przedmiotu zamówienia. Ocena ceny oferty przez pryzmat ceny jednostkowej w tym przypadku, jest konsekwencją uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu konsorcjum z dnia 8 czerwca 2012 r. Zamawiający był zobowiązany do dokonania ustaleń w zakresie rażąco niskiej ceny jednostkowej kolumn DSM fi 60, która rzutowała na cenę całkowitą oferty.

W postępowaniu odwoławczym potwierdzono, że odwołujący nie ujął kosztów warstwy transmisyjnej w pozycji kolumny DSM fi 60 cm w sposób wymagany przez zamawiającego, natomiast stanowisko, że koszty te zostały ujęte w pozycjach - kolumny DSM fi 80 cm i zabudowa pali fi 60 cm, nie zostało potwierdzone dowodami załączonymi do wyjaśnień, także na rozprawie (brak wyliczenia kosztów warstwy transmisyjnej dla pozycji DSM fi 60). Stanowisko to nie jest spójne z wyjaśnieniami z dnia 26.06.2012 r., str. 2, z których wynika, że ceny jednostkowe obejmują wszystkie wymagane koszty.

Ze złożonych na rozprawie dowodów, dotyczących szacowania zamówienia przez zamawiającego w innych postępowaniach, porównania najtańszych ofert dostawców, szacunków kosztów ewentualnych podwykonawców oraz szczegółowego rozbicia ceny ofertowej odwołującego, nie wynika jaka wielkość kosztów warstwy transmisyjnej właściwej dla ceny jednostkowej kolumn DSM fi 60 cm została ujęta w pozycjach - wykonanie kolumn 80 cm i zabudowa pali 60 cm.

Uzasadnienie odrzucenia oferty powinno zawierać obok uzasadnienia prawnego, także uzasadnienie faktyczne, które jest w tym przypadku niewystarczające. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie nie ma wpływu na wynik postępowania, co jest niezbędną przesłanką uwzględnienia odwołania (art. 192 ust. 2 Pzp). Argumentacja wskazująca elementy oferty, które stanowiły podstawę uznania ceny oferty za rażąco niską, została szczegółowo przedstawiona w odwołaniu konsorcjum z dnia 8 czerwca 2012 r., przekazanym odwołującemu w dniu 11 czerwca 2012 r. Brak jest podstaw, by uznać, że odwołujący mógł uzyskać wiedzę w tym zakresie na zasadzie domniemania.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, uznając, że w postępowaniu odwoławczym nie wykazano naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji przepisów podanych w uzasadnieniu odwołania, stanowiących następstwo dokonanej czynności, za wyjątkiem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, zaniechanie czynności nie miało wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp). Nie naruszono art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przepis ten nie stanowił podstawy odrzucenia oferty odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: