

WYROK
z dnia 21 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2016 r. przez wykonawcę **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów**

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

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie (Lider) prowadzi wspólnie z Województwem Podkarpackim – Podkarpackim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie (Partner), na podstawie art. 16 ust. 1 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę DW na odcinku od skrzyżowania ul. Podkarpackiej z ul. 9 Dywizji Piechoty w Rzeszowie (DK 19) do węzła Rzeszów-Południe (S 19): 1. «Przygotowanie i realizacja budowy odcinka drogi wojewódzkiej od granicy Rzeszowa do drogi krajowej nr 19 (ul. Podkarpacka w Rzeszowie)»; 2. «Przygotowanie i realizacja budowy odcinka drogi wojewódzkiej pomiędzy granicą Rzeszowa a węzłem w Kielanówce drogi ekspresowej S- 19»”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20.04.2016 r., nr 2016/S 077-135580.

Odwołujący – BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie – wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”, odwołanie wobec czynności i zaniechania Zamawiającego polegających na:

- dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „Skanska”),
- zaniechaniu odrzucenia oferty Skanska,
- odrzuceniu oferty Odwołującego,

o czym Odwołujący dowiedział się z pisma przesłanego e-mailem dnia 26 sierpnia 2016 r.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniem Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów Pzp:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska mimo tego, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska; przy tym Zamawiający wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, mimo że Skanska nie obaliła domniemania, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska mimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (**zarzut cofnięty na rozprawie**),
- art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska mimo tego, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

- art. 7 przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu oraz nierówne traktowanie wykonawców w procesie oceny ofert, w szczególności na etapie oceny wyjaśnień różnych wykonawców;
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Skanska,
- unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Skanska oraz w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia dalej idących wyjaśnień dotyczących ceny, w tym dowodów, złożonych Zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” – w znaczeniu określonym przez Pzp oraz Zamawiającego – spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Uzasadnienie odwołania (stanowisko Odwołującego).

I. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Skanska z powodu rażąco niskiej ceny.

Przywołując wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2012 r. (KIO 2612/12, KIO 2633/12), Odwołujący wskazał: nie sposób obiektywnie przyjąć, aby w sytuacji rynkowej, w której znajduje się Skanska, była ona w stanie zaoferować zgodnie z prawem cenę ofertową na poziomie niższym o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, jednocześnie znacznie odbiegającej od cen ofertowych pozostałych wykonawców. Taka okoliczność winna wzbudzić wątpliwości co do realności ceny, co powinno mieć również przełożenie na szczególnie pogłębioną analizę dostarczonych wyjaśnień ceny.

Wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Skanska zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący nie ma wiedzy odnośnie tego, w jaki sposób została przygotowana przez tego wykonawcę odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Niemniej, mając na uwadze praktykę, z jaką Odwołujący spotyka się w toku postępowań

o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe, w szczególności wobec ewidentnego zaniżenia przez Skanska wielu istotnych cen jednostkowych objętych kosztorysem ofertowym (o czym szerzej w dalszej części odwołania).

Odwołujący wskazał, że w przypadku Skanska nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu wykonawcy, które miałyby pozwolić mu wycenić przedmiot zamówienia na aż tak niskim poziomie. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tak skomplikowanego przedsięwzięcia. W znakomitej większości wykonawcy ci należą do międzynarodowych koncernów, które wykonują roboty budowlane na całym świecie, a co za tym idzie korzystają z tzw. efektu skali przy dokonywaniu zakupów, negocjowaniu umów dostaw itp.

Stwierdził, że względem wykonawcy Skanska, można wręcz przytoczyć argument potwierdzający odwrotny stan rzeczy. Mianowicie, obecna sytuacja Skanska nie pozwala na realizację usługi za zaoferowaną cenę. Jak bowiem wynika z informacji prasowych, w tym wypowiedzi Prezesa Zarządu Skanska, wykonawca ten w bieżącym roku uzyskał mniej kontraktów i spodziewa się obniżenia zysków z realizacji tych już pozyskanych, w związku z czym planuje zwolnienie ok. 1150 pracowników spośród ok. 6000 zatrudnionych. Większość kontraktów to małe i średnie projekty realizowane na rzecz jednostek samorządu terytorialnego. Problemy Skanska wynikają również z opóźnień na rynku kolejowym, gdzie spółka zainwestowała w pracowników i sprzęt, a zetknęła się ze stagnacją w branży, która nie pozwala na zwrot z poczynionych inwestycji. W niektórych segmentach produkcji budowlano-montażowej produkcja spadła o kilkadziesiąt procent, co - przy małej liczbie inwestycji infrastrukturalnych i związanym z tym wzroście konkurencji - zdaniem Prezesa Zarządu Skanska negatywnie rzutuje na perspektywy spółki. Przynajmniej w segmencie zamówień publicznych, plany spółki nie są realizowane, przez co Zarząd spółki spodziewa się spadku przychodów w 2016 r. Tym bardziej należy mieć wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez Skanska. Trudna sytuacja spółki może powodować, że wykonawca oferuje ceny poniżej kosztów realizacji usługi, co pozwala uniknąć przestojów ludzi, sprzętu, a tym samym zmniejszyć straty z bieżącej działalności.

Odwołujący podkreślił, że najważniejszym powodem badania, czy cena nie jest rażąco niska, jest weryfikacja, czy dany wykonawca daje rękojmię rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia. W wielu punktach oferty cena Skanska nie daje możliwości wykonania określonych czynności zgodnie z treścią SIWZ, na co wskazywał już Odwołujący w swych wyjaśnieniach. Odniesienie się do poszczególnych składników ceny ofertowej jest o tyle istotne, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy,

a w takim przypadku bierze się pod uwagę nie tylko wystąpienie rażąco niskiej ceny całości oferty, ale także jej elementów.

Zasadność postawionych zarzutów uzasadniają przede wszystkim poniższe uchybienia wykonawcy Skanska.

1. Odcinek miejski

Poz. 41 Wykonanie nasypów z gruntu kat. I-IV z pozyskaniem i transportem:
-cena jednostkowa Skanska: 16,50 zł/m³, -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 24,37 zł/m³. Cena oferty zaniżona o około 1,5 mln zł.

Poz. 44 Wzmocnienie podłoża przez stabilizację spoiwami hydraulicznymi: -cena jednostkowa Skanska: 4,50 zł/m², -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 9,40 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 0,5 mln zł.

Poz. 46 Wzmocnienie poprzez zagęszczanie impulsowe - głębokość średnia 2.0m:
-cena jednostkowa Skanska: 16,50 zł/m², -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 26,36 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 42.891,00 zł.

Poz. 47 Wzmocnienie poprzez zagęszczanie impulsowe - głębokość średnia 4.0m:
-cena jednostkowa Skanska: 16,50 zł/m², -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 30,52 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 39.957,00 zł.

Poz. 55 Wykonanie drenażu typu „francuskiego” o szerokości 40 cm: -cena jednostkowa Skanska: 32,63 zł/mb, -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 56,77 zł/mb. Cena oferty zaniżona o około 100.929,34 zł.

Poz. 64 Podbudowa z mieszanki niezwiązanej 0/31.5mm stabilizowanej mechanicznie gr. 22 cm - dla kategorii obciążenia ruchem od KR3 do KR6: -cena jednostkowa Skanska: 20,21 zł/m², -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 24,40 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 191.483,00 zł.

Poz. 78 Wykonanie nawierzchni z kostki kamiennej granitowej gr. 18 cm na zaprawie cementowo-piaskowej 1:4, gr. 3 cm: -cena jednostkowa Skanska: 149,09 zł/m², -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 262,35 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 100.801,40 zł.

Poz. 105 Umocnienie powierzchni skarp humusem i obsianie metodą hydroobsiewu - grubość 10 cm: -cena jednostkowa Skanska: 2,70 zł/m², -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 5,98 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 157.426,88 zł.

Poz. 106 Humusowanie i obsianie nasionami traw terenów płaskich - grubość 10 cm: -cena jednostkowa Skanska: 4,81 zł/m², -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 5,55 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 7.583,52 zł.

Poz. 107 Humusowanie i obsianie nasionami traw terenów płaskich - grubość 30 cm:

-cena jednostkowa Skanska: 2,00 zł/m², - średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 7,37 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 270 tys. zł (łącznie z pozycją 52 kosztorysu dla odcinka pozamiejskiego).

Poz. 119 Ustawienie bram i furtek przy posesjach przydrożnych: -cena jednostkowa Skanska: 237,11 zł/kpl, -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 4309,61 zł/kpl. Cena oferty zaniżona o około 93.667,50 zł.

Poz. 120 Ustawienie krawężników betonowych 20x30cm na ławie z betonu 06/20: -cena jednostkowa Skanska: 47,19 zł/m, -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 57,04 zł/m. Cena oferty zaniżona o około 136.008,80 zł (łącznie z pozycją 60 kosztorysu dla odcinka pozamiejskiego).

Poz. 136 Pale wielkośrednicowe formowane w gruncie fi 1200 z iniektowanymi podstawami: -cena jednostkowa Skanska: 690,00 zł/mb, -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 857,53 zł/mb. Wartość oferty zaniżona na wartość około 300 tys. zł.

2. Odcinek pozamiejski

Poz. 12 Wykonanie nasypów z gruntu kat. I-IV uzyskanego z wykopu wraz z ulepszeniem: -cena jednostkowa Skanska: 16,50 zł/m³, -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 24,87 zł/m³. Cena oferty zaniżona o około 338.030,82 zł.

Poz. 13 Wykonanie nasypów z gruntu kat. I-IV z pozyskaniem i transportem: -cena jednostkowa Skanska: 16,50 zł/m, -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 26,28 zł/m. Wartość oferty zaniżona na łączną wartość około 1,5 mln zł.

Poz. 20 Wzmocnienie poprzez zagęszczanie impulsowe - głębokość średnia 2.0m: -cena jednostkowa Skanska: 16,50 zł/m², -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 25,87 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 6.868,21 zł.

Poz. 21 Wzmocnienie poprzez zagęszczanie impulsowe - głębokość średnia 4.0m: -cena jednostkowa Skanska: 16,50 zł/m², -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 25,87 zł/m². Cena oferty została zaniżona o około 61.729,56 zł.

Poz. 36 Podbudowa z mieszanki niezwiązanej 0/31.5mm stabilizowanej mechanicznie gr. 22 cm - dla kategorii obciążenia ruchem od KR3 do KR6: -cena jednostkowa Skanska: 20,21 zł/m², -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 24,47 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 110.444,77 zł.

Poz. 50 Umocnienie powierzchni skarp humusem i obsianie metodą hydroobsiewu - grubość 10 cm: -cena jednostkowa Skanska: 2,70 zł/m², -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 6,01 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 110.444,77 zł.

Poz. 51 Humusowanie i obsianie nasionami traw terenów płaskich - grubość 10 cm: -cena jednostkowa Skanska: 4,81 zł/m², - średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 5,63 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 4.423,08 zł.

Poz. 52 Humusowanie i obsianie nasionami traw terenów płaskich - grubość 30 cm:
-cena jednostkowa Skanska: 2,00 zł/m², - średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 7,39 zł/m². Cena oferty zaniżona o około 270 tys. zł.

Poz. 60 Ustawienie krawężników betonowych 20x30cm na ławie z betonu 06/20:
-cena jednostkowa Skanska: 47,19 zł/m, -średnia cena jednostkowa pozostałych oferentów: 57,04 zł/m. Cena oferty zaniżona o około 44.807,65 zł.

Analiza cen ofert pokazuje, że poza ofertą Skanska, pozostali wykonawcy zaoferowali ceny na bardzo zbliżonym poziomie, który można uznać za rynkowy. Odwołujący przedstawił zestawienie podsumowujące uzasadnienie zarzutów i odzwierciedlające rozmiar naruszeń w ofercie Skanska: tabela z wyszczególnieniem przedstawionych wyżej pozycji, z tym, że w odcinku miejskim Odwołujący podał dodatkowo poz. 40, a wyłączył poz. 55. Wskazał, że różnica wartości robót Skanska względem średniej wartości robót wynosi 4 012 911,10 zł. Podał, że tabela ujmuje jednak wyłącznie koszty wykonania robót. Cenę oferty należy ustalić również w oparciu o koszty ogólne, m.in.: organizacji ruchu tymczasowego, bypass dla ul. Podkarpackiej, dróg technicznych, rozpoznań saperskich, nadzorów, utrzymania personelu, zapleczy oraz zysk wykonawcy. W realiach rynkowych wynosi to ok. 10-15% wartości kontraktu, czyli w tym wypadku dodatkowe ok. 5 583 393 - 8 375 089 zł.

W odniesieniu do powyższego wskazał, że wyjaśnienia nie mogły rozwiązać wątpliwości Zamawiającego wyrażonych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przywołał wyrok z dnia 7 lipca 2014 r. (KIO 1287/14). Nie istnieją po stronie Skanska nadzwyczajne okoliczności, które nie są dostępne Odwołującemu, a które pozwoliłyby na tak drastyczne obniżenie ceny w stosunku do ceny Odwołującego i wartości szacunkowej zamówienia. Zdaniem Odwołującego, w wyjaśnieniach Skanska nie podano konkretnych przykładów istnienia obiektywnie właściwych i wyjątkowych tylko dla tego wykonawcy czynników wpływających na obniżenie ceny. Jeśli bowiem cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, to nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających za zaoferowanie niskiej ceny. W orzecznictwie przyjmuje się, że w przypadku gdy wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne tylko temu wykonawcy, uwarunkowania uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów Pzp w ogóle nie zostały złożone.

Wyrok z 27 maja 2015 r. (KIO 992/15). Skanska - składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny - nie spełniła tych wymogów.

Z powyższych względów, w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Skanska nie zawierają elementów, które pozwoliłyby przyjąć, że wykonawca ten rzeczywiście za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat po swojej stronie, że ta cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej

zakresem, rozmiarami, koniecznym do jego wykonania nakładem pracy i materiałów. Jak wynika z uzasadnienia odwołania - analizy poszczególnych cen jednostkowych, Skanska zaoferowała wykonanie szeregu robót poniżej kosztów ich wytworzenia, co w konsekwencji przekłada się na ocenę całej ceny ofertowej jako rażąco niskiej. W ocenie Odwołującego, w pełni uprawnione jest analiza cen jednostkowych pod kątem ceny rażąco niskiej (tak np. KIO 1844/14). Cena ofertowa jest sumą owych cen jednostkowych, z drugiej zaś strony żadna z cen jednostkowych Skanska nie jest „rażąco wysoka” czy dużo wyższa niż ceny jednostkowe konkurencyjnych wykonawców, aby można było doszukiwać się w nich jakichkolwiek „rezerw” na pokrycie kosztów wykonania wykazanych, niedoszacowanych pozycji.

II. Zarzuty dotycząc niezgodności treści oferty z SIWZ.

Jak wykazano w I części odwołania, wiele cen jednostkowych kosztorysu ofertowego Skanska nie jest w stanie pokryć kosztów wykonania robót objętych daną pozycją kosztorysową, nawet materiałów niezbędnych do wykonania danej roboty. Taki sposób obliczenia i zaoferowania cen jednostkowych jest niezgodny z SIWZ.

Zgodnie z umową wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, ceny jednostkowe stanowią podstawę do rozliczeń z Zamawiającym. Zgodnie z § 3 ust. 4 umowy ostateczna wysokość wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy będzie obliczona w oparciu o ceny jednostkowe oraz zakres faktycznie zrealizowanych robót wynikających z dokonanych pomiarów powykonawczych. Faktury za roboty wykonane na odcinku miejskim wystawiane będą na Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, za roboty wykonane na odcinku pozamiejskim - na Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzki w Rzeszowie.

Zgodnie z pkt 13 „Opis sposobu obliczenia ceny”, wykonawca sporządza kosztorysy ofertowe metodą kalkulacji uproszczonej, określając ceny jednostkowe dla wszystkich pozycji przedmiarowych.

W ocenie Odwołującego, zestawiając powyższe postanowienia SIWZ, mając na względzie charakter wynagrodzenia oraz przyjęty sposób rozliczeń (podzielony dwa odrębne podmioty), przyjąć należy, że każda pozycja kosztorysowa miała być realna, obejmująca rzeczywiste koszty wykonania danej pozycji.

Wykazane w odwołaniu ceny jednostkowe Skanska nie są realne, często nie pokrywają nawet kosztów zakupu podstawowych materiałów niezbędnych do wykonania danej pozycji, co czyni ofertę Skanska niezgodną z SIWZ.

Problematyka tzw. przerzucania kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi kosztorysu ofertowego jest przedmiotem zainteresowania Izby. Nie sposób jednak przyjąć, że stanowisko Izby w tym przedmiocie jest jednolite i utrwalone.

Brak jest podstaw do przyjęcia poglądu, że wykonawcy mają niczym nieograniczoną swobodę w kształtowaniu cen jednostkowych kosztorysu ofertowego, gdy Zamawiający

wprost nie nałożył obowiązku zawarcia w jednej pozycji kosztorysu wszystkich kosztów związanych z wykonaniem roboty objętej tą konkretną pozycją. Nawet gdyby przyjąć, że co do zasady - w świetle braku przeciwnych, jednoznacznych postanowień SIWZ - dopuszcza się możliwość wykonania zadań (robót) z kilku pozycji wspólnym kosztem, to taka sytuacja nie ma miejsca w tej sprawie. Wskazane w odwołaniu pozycje kosztorysowe obejmują koszty specyficzne dla tej pozycji, nie ma więc mowy o ich przerzucaniu pomiędzy różnymi pozycjami, w szczególności w zakres prac danej pozycji nie można wpisać kosztów wykonania robót całkowicie niezwiązanych z tymi robotami. Takie działanie byłoby nierzetelne i nieprawidłowe, co podkreślił także S.O. w Poznaniu w wyroku z dnia 19.03.2015 r., sygn. akt X Ga 76/15, chętnie cytowanym przez zwolenników niczym nie skrzepowanej swobody w obliczeniu cen jednostkowych.

Odwołujący wskazał wyrok KIO 791/13, podnosząc, że nawet gdyby Skanska tłumaczyła w wyjaśnieniach, że koszty dla wskazanych w odwołaniu pozycji ujęła w innych pozycjach kosztorysowych, działanie takie byłoby niedopuszczalne. „Przeniesienie” kosztów pomiędzy pozycjami miałoby w tej sprawie przymiot istotności, dotyczyło wielu istotnych przedmiotowo i kwotowo pozycji, a brak jest „nadwyżki” w innych pozycjach kosztorysowych, która mogłaby służyć Skanska pokryciu kosztów wykonania pozycji z zaniżoną wyceną i pozycji, w których koszty te potencjalnie uwzględniono (o ile Skanska w ogóle w wyjaśnieniach do takiego zabiegu w ogóle się przyznała). Oferta Skanska globalnie daleko odbiega swą wartością od wszystkich cen ofertowych w tym postępowaniu, w tym od ceny ofertowej Odwołującego, sklasyfikowanego na drugim miejscu tzw. pozycji rankingowej. Obrazuje to poniższy wykres nr 1 (Odwołujący przedstawił wykres graficzny pt. „Zestawienie wartości netto złożonych ofert”).

Nadto zapłata za wskazane pozycje kosztorysowe będzie dokonywana przez zamawiającego na różnych etapach wykonania przedmiotu zamówienia, odrębnie na rzecz dwóch podmiotów występujących w tym postępowaniu w charakterze zamawiającego. Nie sposób przy tym przyjąć, mając na względzie zakres prac objętych kwestionowanymi pozycjami kosztorysowymi, aby w ogóle istniały wspólne wydatki dla tych pozycji i innych prac objętych kosztorysem.

Kosztorysy ofertowe stanowią treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nierealne ceny jednostkowe z tych kosztorysów winny spowodować odrzucenie oferty Skanska z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie sposobu obliczenia ceny.

III. Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazał, że jego sytuacja różni się w istotny sposób od sytuacji Skanska. Przede wszystkim Odwołujący znajduje się w dobrej sytuacji ekonomicznej, realizowane przez niego projekty generują zyski, a jego pozycja lidera na rynku usług budowlanych jest

ugruntowana od wielu lat i nie została zachwiana w wyniku ostatnich wydarzeń (inaczej niż w przypadku Skanska, o czym mowa powyżej). O rynkowym charakterze ceny Odwołującego świadczą również niewielkie różnice w cenach ofert u pozostałych wykonawców; konsorcjum PORR, Inżynieria Rzeszów, Mostostal Warszawa, Strabag czy Aldesa. Podkreślił, że różnice między ofertą Odwołującego i wymienionych wykonawców różnią się maksymalnie o ok. 4%. Tymczasem oferta Skanska jest niższa od drugiej w kolejności oferty Odwołującego o ok. 8.000.000,00 zł, a więc 14,42%, przy czym nie ma żadnych okoliczności, które uzasadniałyby aż taka różnice (por. wykres nr 1 powyżej). Choćby więc z tego względu, cena zaoferowana przez Odwołującego nie ma charakteru rażąco niskiego, a co za tym idzie - nie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu i nie uzasadnił dlaczego, jego zdaniem, cena oferty Odwołującego posiada przymiot ceny rażąco niskiej.

Zgodnie z wezwaniem z dnia 9 sierpnia 2016 r. Zamawiający zobowiązał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, ponieważ cena oferty wydawała się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła jego wątpliwości co do możliwości wykonania umowy zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Biorąc pod uwagę treść wezwania Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie określił jasnych wytycznych co do brzmienia wyjaśnień, mimo że – jak sam stwierdził – zaoferowana przez Odwołującego cena budzi jego wątpliwości. Brak jest jednak wskazania, które konkretnie elementy ceny powodują wątpliwości Zamawiającego - wyrok z dnia 6 listopada 2014 r. (sygn. akt KIO 2224/14, sygn. akt KIO 2228/14) „*jakie wezwanie, takie wyjaśnienia*”. Zamawiający, poza powołaniem się na okoliczności wynikające z treści art. 90 ust. 1 Pzp, nie dał żadnych wskazówek co do zakresu wyjaśnień, w szczególności Zamawiający nie odniósł się do cen jednostkowych zaoferowanych przez Odwołującego. Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r. (KIO 880/16).

Biorąc pod uwagę ograniczony charakter wezwania, Odwołujący nie był w stanie zidentyfikować, jakie oczekiwania względem wyjaśnień ma Zamawiający. Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2016 r. (KIO 499/16).

Tymczasem już po samej objętości wyjaśnień Odwołującego widać, że dołożył on należytej staranności w celu wyjaśnienia Zamawiającemu wysokości zaoferowanej ceny i udźwignął spoczywający na nim ciężar dowodu. Dziwić może jedynie, że Zamawiający dał wiarę ogólnym i lakonicznym stwierdzeniom z wyjaśnień Skanska, jednak podniósł swoje oczekiwania i standardy przy ocenie wyjaśnień Odwołującego. Trudno uzasadnić takie działanie w świetle art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Podkreślił, że udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana cena nie posiada przymiotu rażąco niskiej, a przedstawione wyjaśnienia - na tle prezentowanego stanu faktycznego, w związku z treścią wezwania Zamawiającego ograniczającego się do zacytowania przepisu art. 90 ust. 1 Pzp - są należycie umotywowane i poparte odpowiednimi dowodami. Wyrok Izby z dnia 20 maja 2016 r. (KIO 675/16).

W wyjaśnieniach Odwołującego opisano wyżej wskazane elementy - koszty pracownicze (s. 1 wyjaśnień z dowodami w załączeniu) oraz sprzętu i materiałów (m.in. barier, kostki granitowej, piasku, urządzeń dylatacyjnych, krawężników, przepustów drogowych, palów wierconych, kruszyw, żwiru). Podniesiono również, że wykonawca dysponuje własnymi maszynami i laboratorium polowym. Wskazano również, że dzięki ogólnopolskiemu zasięgowi i scentralizowanemu systemowi zakupów materiałów i usług, na preferencyjnych warunkach, spółka mogła zaoferować cenę na takim poziomie, dając rękojmię rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia (s. 2 wyjaśnień). Odwołujący w swych wyjaśnieniach odniósł się przy tym do wszystkich aspektów wskazanych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Nawet gdyby jednak przyjąć, że udzielone wyjaśnienia Odwołującego nie są wyczerpujące, czy wręcz - jak chce tego Zamawiający - ogólnikowe i lakoniczne, przez wzgląd na ogólność i lakoniczność wezwania do ich złożenia, Zamawiający winien być ewentualnie zobowiązany do zażądania od Odwołującego dodatkowych wyjaśnień ceny, w których uwzględniłby nurtujące go kwestie i zadał dodatkowe pytania. Przepisy Pzp nie przekreślają możliwości ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów mających wpływ na wysokość ceny. Procedura z art. 90 ust. 1 Pzp ma prowadzić do ustalenia, czy zaoferowana cena jest realna, a w konsekwencji, czy przedmiotowe zamówienie zostanie wykonane należycie. Wyciągnięcie z zasady „*jakie wezwanie, takie wyjaśnienie*” zakazu żądania dodatkowych wyjaśnień ceny i przyjęcie, że wyjaśnienia złożone według pierwotnego, literalnego żądania Zamawiającego są wystarczające, nawet gdy nie wynika z nich realność ceny, byłoby nie do pogodzenia z fundamentalną zasadą zamówień publicznych - udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp.

Postulat ewentualnego ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnień ceny nabiera szczególnego znaczenia w świetle wezwania Zamawiającego, które, jak wskazywano, nie precyzowało jakichkolwiek oczekiwań Zamawiającego w tym zakresie. Na konsultacyjny charakter art. 90 ust. 1 Pzp wskazuje się także w orzecznictwie ETS (obecnie: TSUE). Przykładowo orzeczenie ETS z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie C-76/81 („Transporoute”). Taki kierunek wykładni art. 90 ust. 1 Pzp można znaleźć również w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2224/14, KIO 2228/14). Z kolei Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r., stwierdził, że „*nawet jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie pozwalały na rozwianie wątpliwości*

zamawiającego, to brak było przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do ich złożenia” (wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10).

Na podobnym stanowisku stoi również Urząd Zamówień Publicznych – Odwołujący wskazał opinię pt. *„Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia”*, zamieszczoną w Informatorze UZP nr 11/2013. Odwołujący przywołał art. 69 ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.), w której wskazano: instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem.

Przedstawione wyżej podejście chroni wykonawców przed jedynie formalnym spełnianiem przez zamawiających obowiązku zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdy w istocie realizują z góry powzięty zamiar odrzucenia tylko niektórych ofert.

Zamawiający zdaje się rozumieć i podzielać powyższy stan rzeczy, przy czym nie sposób oprzeć się wrażeniu, że Zamawiający stosuje odmienne standardy względem różnych wykonawców, co prowadzi do ich nierównego traktowania w procesie badania i oceny ofert. O ile bowiem nie uznał za stosowne wezwać do uzupełnienia złożonych wyjaśnień Odwołującego, czym naruszył w ocenie Odwołującego przepis art. 90 ust. 1 Pzp, o tyle względem Skanska takich wątpliwości nie miał. Pismem z dnia 23 sierpnia 2016 r. Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień i kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, dając tym samym szansę temu wykonawcy na precyzyjne wyjaśnienie elementów cenotwórczych oferty i rozwianie wątpliwości Zamawiającego. Takie działanie Zamawiającego stanowi także naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, co nabiera szczególnego znaczenia w świetle dalszych czynności Zamawiającego podjętych w sprawie, a polegających na uznaniu wyjaśnień Odwołującego za niewystarczające.

Ponadto, domniemanie to ma charakter wzruszalny - może zostać obalone przez wyjaśnienia wykonawców. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez Zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. Jednak, za wyrokiem S.O. w Olsztynie IX Wydz. Cyw. Odwoławczy (wyrok z dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt IX Ca 39/15) „przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają w myśl art. 90 ust. 3 Pzp ocenie Zamawiającego i jako takie powinny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z powyższego wynika, że obowiązek złożenia wyjaśnień co do zarzutów rażąco niskiej ceny występujący po stronie wykonawcy, jest skorelowany ustawowo z obowiązkiem zamawiającego dokonania wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień.”

W okolicznościach sprawy, Zamawiający zaniechał faktycznego badania wyjaśnień Odwołującego, poprzestając jedynie na formalnym ich przyjęciu i tendencyjnej ocenie, jakoby były lakoniczne i ogólnikowe. Świadczy o tym samo uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, gdzie Zamawiający ogranicza się w istocie do przytoczenia wyroków, co powinna zawierać wyjaśnienia. Zamawiający nie podaje jednak szczegółowego, merytorycznego uzasadnienia swojego stanowiska, nie odnosi się do przedłożonych z wyjaśnieniami dowodów (co jest okolicznością bezsporną), w szczególności ofert dostawców. Odwołujący zgodnie z żądaniem Zamawiającego złożył konkretne wyjaśnienia poparte dowodami, wskazał na sprzyjające okoliczności wykonania zamówienia (realizacja inwestycji w pobliżu Rzeszowa, co pozwala zoptymalizować koszty wskazane w wyjaśnieniach). Nie sposób jednak ustalić, co rzeczywiście wzbudziło wątpliwości Zamawiającego, w szczególności gdy cena oferty Odwołującego nie odbiega od cen pozostałych wykonawców (poza Skanska), a wezwanie Odwołującego do wyjaśnień wiązało się jedynie z zestawienia cen ofertowych z wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego.

Odwołujący uznając, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości, wniósł jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, że wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, w wyniku skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, zwanym dalej w skrócie „przystępującym”.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu na posiedzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zatem Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie (art. 189 ust. 4 i 5 Pzp).

Izba uznała, że odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, zatem w przypadku udowodnienia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, istnieje możliwość poniesienia przez odwołującego szkody.

Izba zaliczyła w poczet dowodów dokumenty złożone na rozprawie przez:

1. Odwołującego: Informacja o złożonej ofercie; Zestawienie wartości netto złożonych ofert; Analiza cen, Dokumenty (segregator liczący 450 stron) – wyłącznie w zakresie wyjaśnień udzielonych zamawiającemu na wezwanie dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

2. Przystępującego: Oświadczenie pełnomocnika nt. firmy Skanska S.A.; Porównanie 29 pozycji kosztorysu z cenami BUDIMEX mniejszymi od SKANSKA, które w sumie dają kwotę: 6 814 000,99 zł netto; Porównanie 137 pozycji kosztorysu z cenami BUDIMEX mniejszymi od SKANSKA o ponad 250%; Porównanie 513 z 1337 pozycji z cenami BUDIMEX mniejszymi od cen SKANSKA.

Stosownie do treści § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U z 2014 r. poz. 964) – odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem, stanowią akta sprawy odwoławczej, a więc stanowią one dowody z urzędu, bez potrzeby odrębnego stanowienia w tym zakresie.

Stan faktyczny sprawy wg odwołującego został przedstawiony w odwołaniu, zamawiający i przystępujący wnieśli na rozprawie o oddalenie odwołania.

Odwołanie – rozpoznane na rozprawie w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp: *zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*), przy uwzględnieniu, że zarzuty odwołania stanowią niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz obowiązku stron i uczestnika postępowania odwoławczego wynikającego z art. 190 ust. 1 ustawy, do przedstawiania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, aż do zamknięcia rozprawy, a także obowiązku Izby rozstrzygnięcia w wyroku o żądaniach odwołującego (§ 34 ust. 1 pkt 4 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań)

– podlega oddaleniu.

W pkt 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty, z którego wynika m.in., że cena oferty jest ceną kosztorysową, w której należy uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, cena ma być obliczona na podstawie kosztorysów ofertowych sporządzonych odrębnie dla każdego przedmiaru. Kosztorysy ofertowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót. Wyliczone w kosztorysach ofertowych wartości netto należy wpisać do Tabeli elementów scalonych według wzoru oraz w tej tabeli wyliczyć cenę brutto.

W terminie wskazanym przez zamawiającego 9. wykonawców złożyło oferty z cenami stanowiącymi kryterium oceny ofert o znaczeniu 90%: (1) 68 675 745,60 zł

(Skanska); (2) 78 576 659,55 zł (BUDIMEX); ceny kolejnych ofert: (3) 78 899 679,42 zł; (4) 78 969 690,00 zł; (5) 79 013 162,75 zł; (6) 79 737 496,91 zł; (7) 81 474 755,21 zł; (8) 85 948 449,57 zł; (9) 96 417 726,74 zł. Wszyscy wykonawcy zaoferowali 84. miesięczne okresy rękojmi za wady – kryterium oceny ofert o znaczeniu 10%, uzyskując lub mając możliwości uzyskania równej liczby punktów, każdy z wykonawców po 10 punktów.

Zatem, w tej sytuacji, jedynym miernikiem wyboru najkorzystniejszej oferty pozostała cena.

Zamawiający wezwał 8. wykonawców (oferty 1-8) „do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, gdyż cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości jego wykonania zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)”, cytując treść art. 90 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu pisma podał: „Zaoferowana przez Wykonawcę cena wydaje się rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia, gdyż jest niższa od niej ponad 30% i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi w SIWZ wymogami. Zatem istotnym jest określenie, czy kwota przeznaczona przez Wykonawcę na realizację wyżej wymienionego zamówienia zawiera wszystkie koszty niezbędne do jego wykonania i została prawidłowo skalkulowana. Zamawiający oczekuje, aby Wykonawca wskazał, czy dokonując kalkulacji ceny oferty wykorzystał np. sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy (jeśli tak, to jakie), oszczędność metody wykonania zamówienia lub inne elementy wskazane w ww. przepisach, a także wykazał inne czynniki mające wpływ na kalkulację ceny oferty. Mając powyższe na uwadze wzywam Wykonawcę, aby wykazał argumenty oraz złożył dowody uzasadniające realne i rzetelne skalkulowanie ceny. Złożone wyjaśnienia i dowody mają przekonać Zamawiającego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niską. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 2 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

– treść wezwania z dnia 9.08.2016 r. skierowanego do odwołującego – BUDIMEX S.A.

Wezwanie o takiej samej treści i z tej samej daty zostało skierowane do przystępującego Skanska S.A., jak również do pozostałych 6. wykonawców.

Zamawiający ocenił pozytywnie wyjaśnienia 6. wykonawców, natomiast 2. wykonawców – BUDIMEX S.A. i Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. – negatywnie, odrzucając oferty: „Zamawiający działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy odrzucił ofertę Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, gdyż

zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.” (pismo z dnia 26.08.2016 r., Ad. 2.). Przedstawił następujące uzasadnienie:

„Wykonawca złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego za cenę 78 576 659,55 zł brutto.

Wartość szacunkowa zamówienia (podstawowego) to 130 171 701,68 zł brutto. Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zadania to 129 723 390,78 zł brutto. Cena zaoferowana przez Wykonawcę jest ponad 30% niższa od wartości zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 9.08.2016 r. wszczął na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy procedurę wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez Wykonawcę w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w piśmie z dnia 17.08.2016 r. złożył swoje wyjaśnienia.

Ustosunkowując się do powyższego stwierdzić na wstępie należy, że Zamawiający miał obowiązek badania rażąco niskiej ceny, gdyż cena oferty Wykonawcy w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia przekracza ustawowy próg 30%. Takie stanowisko wyrażała wielokrotnie KIO, podnosząc w wyrokach, iż „Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie dopuszczają istnienia żadnych wyjątków od bezwzględnego żądania wyjaśnień przez zamawiającego w stosunku do każdego z wykonawców, którego oferta opiewa na cenę niższą niż 30% od wartości szacunkowej zamówienia. Wynika to wprost z brzmienia art. 90 ust. 1 PZP” (KIO 417/15, KIO 1100/14).

Skoro zatem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w trakcie oceny ofert miał do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia zasadnym było wystąpienie do Wykonawcy o wykazanie, że jego cena nie jest ceną nierealną, jest adekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia, nie zakładającą wykonania zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie jest ceną rynkową. Należy wskazać, że w myśl art. 90 ust. 2 ustawy to na Wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (wyrok KIO z dnia 12 maja 2014 r., KIO 785/14). W tym celu Wykonawca powinien złożyć dokładne wyjaśnienia oraz przedstawić dowody, gdyż to na niego został przerzucony obowiązek obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

Dokonując analizy złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami, Zamawiający stwierdził, że są one bardzo obszerne (cały segregator, a w nim 261 stron dokumentów formatu A4). Pomimo tej obszerności merytoryczna wartość wyjaśnień - w aspekcie problemu rażąco niskiej ceny - jest niewielka. Wyjaśnienia nie są dokładne, nie wnikają w istotę rzeczy i nie odnoszą się do czynników mających wpływ na wycenę. Wykonawca nie przedstawił konkretnych argumentów potwierdzających, że zaoferowana

cena jest ceną realną, a jedynie zapewnił o poprawności kalkulacji ceny posługując się ogólnymi sformułowaniami.

W opinii Zamawiającego odpowiedź Wykonawcy - pomimo pozornej obszerności - jest zbyt lakoniczna, powierzchowna i ogólnikowa, by można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości, złożone wyjaśnienia mają charakter iluzoryczny, nie przedstawiają chociażby najważniejszych składników cenotwórczych, marży Wykonawcy, itp.

Wykonawca w opisowej części wyjaśnień (13 stron), w sposób bardzo ogólny argumentuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami opisanymi w SIWZ i pozostałej dokumentacji przetargowej, ze względu na posiadanie bogatego doświadczenia w realizacji podobnych kontraktów, znajomości rynku, scentralizowanego systemu zakupów materiałów budowlanych i usług opartego na wynegocjowanych z dostawcami preferencyjnych warunkach handlowych oraz ze względu na zawarcie ponad 300 umów ramowych zarówno w zakresie usług jak i dostaw różnych asortymentów materiałów. Wykonawca przekonuje, że posiadanie przez niego dużego zasobu umów ramowych świadczy o dobrej współpracy z kontrahentami w zakresie różnych dziedzin, a wypracowana wieloletnia współpraca ma bezpośredni wpływ na korzystne oferty cenowe kontrahentów, co ma istotny wpływ na cenę przedmiotowego zamówienia.

Od 5. strony opisowej części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, Wykonawca przechodzi do analizy pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, w tym zwłaszcza jednej, najtańszej. Wylicza średnie ceny poszczególnych robót z pozostałych ofert i porównuje je z cenami robót w ofercie najtańszej - do strony 10. Na początku strony 11. nadal krytykowana jest najtańsza oferta, po czym wykonawca przechodzi do wywodów prawniczych wskazując na przepisy i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (str. 11-13). Tu wyjaśnienia się kończą.

W wyroku z dnia 9 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2338/12) stwierdzono, „że celem składania wyjaśnień, jest przedstawienie przez wykonawcę konkretnych, obiektywnych, dających się skalkulować czynników, które umożliwiły obniżenie ceny. Zbytecznym jest zatem przywoływanie w nich zwłaszcza orzecznictwa, poglądów doktryny na temat pojęcia „rażąco niska cena”, powoływanie się na własne doświadczenie, czy też ogólne oświadczenie, że zaoferowano całość przedmiotu zamówienia.”

Na poparcie złożonych ogólnych wyjaśnień Wykonawca złożył dowody w postaci 13 ofert handlowych i 11 umów ramowych. Wykonawca zastrzegł treść tych załączników na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przedłożone ww. oferty handlowe dotyczą bardzo wąskiego zakresu robót objętych zamówieniem, przedstawiają tylko częściowe zapotrzebowanie na materiały, usługi czy

roboty podwykonawcze, nie uwzględniając ważnych czynników cenotwórczych wszystkich branż. Wykonawca nie przedstawił żadnych ofert handlowych czy szczegółowej kalkulacji, dot. ceny na roboty, materiały, sprzęt itp. mających zasadnicze znaczenie dla realizacji kontraktu.

Dołączone do wyjaśnień umowy ramowe potwierdzają jedynie fakt współpracy ze wskazanymi w nich przedsiębiorcami oraz ogólne warunki, na jakich zlecane mogą im być zamówienia. Umowy ramowe jak i załączniki do nich nie zawierają żadnych cen oferowanych towarów ani ewentualnie stosowanych przy zakupie upustów. Przedłożone dokumenty stanowiące załączniki do umów ramowych, tj. wzory zleceń czy gwarancje jakości towarów, a także potwierdzenia zgłoszenia rejestracyjnego podatnika podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, zaświadczenia o numerze identyfikacyjnym REGON, wnioski o potwierdzenie nadania numeru identyfikacji podatkowej, a nawet odpis z Krajowego Rejestru Sądowego (!) są bezprzedmiotowe i nie mają żadnej merytorycznej wartości dla celu wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny. Gdyby Zamawiający chciał, sprawdzić kalkulację cen niektórych pozycji z kosztorysu ofertowego, nie byłby w stanie w żaden sposób tego zrobić.

Aby złożona na wezwanie wystosowane w trybie art. 90 ustawy odpowiedź posiadała walor wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny musi być bardziej szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta: „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności” (KIO 1287/13). Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami.

W niniejszym postępowaniu Wykonawca zastosował się do złożenia wyjaśnień, jednakże nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie wyceny opracowania, ani wyliczeń na których podstawie można by uznać, iż cena została oszacowana na realnym poziomie. Mając ten fakt na uwadze, przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień Wykonawcy niepełnych lub niejasnych naruszyłoby zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę konkurencyjności.

Powołać należy w tym miejscu stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie zawarte w wyroku z dnia 5.01.2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06, z którego wynika, iż wyjaśnienia wymagane od wykonawców muszą przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska oraz, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.... Istniejąca rozpiętość cenowa i zwrócenie się zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, winna

spowodować, że wykonawca w sposób szczególnie rzetelny, spójny i kompleksowy wyjaśni przyjęte do kalkulacji ceny oferty stawki (wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 582/15).

Wprowadzona w art. 90 ust. 2 regulacja odpowiada m.in. dotychczasowej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w tej materii (wyrok KIO z dnia 12 maja 2014 r. sygn. KIO 785/14, z 16 kwietnia 2014 r. sygn. KIO 669/14), zgodnie z którą to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niską. Jeżeli wykonawca nie sprostą obowiązkowi nałożonemu na niego przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2014 r. sygn. KIO 61/14, stwierdzić należy, że w orzecznictwie zarówno Izby, jak i Sądów Okręgowych za utrwalony należy uznać pogląd, że hipotezą normy prawnej zawartej w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy nie jest objęta jedynie sytuacja, w której wykonawca nie złoży jakichkolwiek wyjaśnień, a więc nie odpowiedział na wezwanie, ale również, gdy wyjaśnienia są niepełne, albo niedostateczne (wyrok S.O. w Poznaniu z 4 czerwca 2008 r. sygn. akt X Ga 127/08).

Zatem biorąc pod uwagę przytoczone wyżej argumenty należy stwierdzić, że Wykonawca - przez swoje wyjaśnienia - nie wzruszył domniemania, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (sygn. akt KIO 2031/12, wyrok KIO z dnia 9 października 2012 r.), czego konsekwencją jest odrzucenie oferty Wykonawcy."

Ocena zarzutów odwołania.

Odwołujący cofnął zarzut: zaniechania odrzucenia oferty Skanska, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Izba rozpoznała, zgodnie ze stanowiskiem odwołującego skorygowanym na rozprawie, pozostałe zarzuty:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty Skanska, mimo że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska, przy tym Zamawiający wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, mimo że Skanska nie obaliła domniemania rażąco niskiej ceny – co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska, mimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 2) odrzucenie oferty odwołującego, mimo że odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia te potwierdzają, że

oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy;

- 3) wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu oraz nierówne traktowanie wykonawców w procesie oceny ofert, w szczególności na etapie oceny wyjaśnień różnych wykonawców, co narusza przepis art. 7 Pzp.

Na wstępie Izba uznała, że wobec: -uzyskania przez wykonawcę Skanska najwyższej ilości punktów w toku oceny ofert ze względu na najniższą cenę i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej; -zaskarżenia przez BUDIMEX czynności wyboru oferty oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, która ze względu na cenę została oceniona na drugiej pozycji w rankingu ofert – skuteczność odwołania w zakresie przywrócenia oferty BUDIMEX do postępowania o udzielenie zamówienia, uzależniona jest wyłącznie od oceny oferty Skanska w świetle zarzutu złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Nie uwzględnienie zarzutów podniesionych wobec oferty Skanska, powoduje utrzymanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, wówczas niezależnie od oceny oferty BUDIMEX, odwołanie nie podlega uwzględnieniu w związku z normą art. 192 ust. 2 Pzp – ewentualne naruszenie przepisów ustawy przez czynność zamawiającego nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 wynika: zgodnie art. 192 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W omawianym przypadku, odrzucenie oferty wykonawcy będącego na drugiej pozycji nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania przetargowego, gdyż wykonawca sklasyfikowany na pierwszej pozycji pozostawał taki sam. Z tego względu należało uznać, że ewentualne naruszenie przepisów ustawy nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ustalenia w zakresie cen ofert obu wykonawców:

Stosunek procentowy ceny oferty wykonawcy Skanska (68 675 745,60 zł) do wartości zamówienia brutto (130 171 701,68 zł) wynosi 52,76%, do kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia (129 723 390,78 zł) 52,94%, do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (80 857 040,64 zł) 84,93%.

Stosunek procentowy ceny oferty wykonawcy BUDIMEX (78 576 659,55 zł) do wartości zamówienia brutto (130 171 701,68 zł) wynosi 60,37%, do kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia (129 723 390,78 zł) 60,57%, do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (80 857 040,64 zł) 97,18%.

Procentowa różnica cen ofert w odniesieniu do wartości zamówienia brutto wynosi 7,61%, w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert 12,25%. Różnica cen ofert obu wykonawców wynosi 9 900 913,95 zł, cena oferty Skanska stanowi 87,40% ceny oferty BUDIMEX, różnica procentowa wynosi 12,60%.

Ad 1. Zaniechanie odrzucenia oferty Skanska z powodu rażąco niskiej ceny oraz formalnie dopełnionej procedury wyjaśniającej, bez pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, także zaniechanie odrzucenia oferty z powodu treści nieodpowiadającej treści SIWZ – naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (pismo z dnia 9 sierpnia 2016 r., treść cytowana wyżej).

Wykonawca złożył wyjaśnienia (zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa). Na str. 3-32 przedstawił opis elementów mających wpływ na wysokość ceny, w tym na str. 7-32 zamieścił szczegółowy opis robót dla dwóch odcinków stanowiących przedmiot zamówienia, z podziałem na branże, z wyszczególnieniem robocizny, materiału, sprzętu, transportu i podwykonawców, ze wskazaniem pozycji kosztorysu ofertowego i odwołaniem się do poszczególnych dowodów potwierdzających zaoferowane stawki, stanowiących załączniki do wyjaśnień. Na str. 32-34 przedstawił dalsze uzasadnienie obliczenia ceny oferty oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na str. 36-37 przedstawił wykaz załączników (1-79): oferty, umowy, aneksy do umów, dane dotyczące sprzętu, specjalistycznego zaplecza, organizacji, fragment zakładowego układu zbiorowego pracy.

Dodatkowe wezwanie z dnia z dnia 23 sierpnia 2016 r. dotyczyło złożenia szczegółowych wyjaśnień, kalkulacji wskazanych pozycji kosztorysu ofertowego. W wezwaniu zamawiający wskazał pozycje kosztorysu ofertowego dotyczące odcinka miejskiego i odcinka pozamiejskiego, na zasadzie porównania: kosztorysu ofertowego Skanska – cena jednostkowa i wartość netto z kosztorysem inwestorskim MZD. Wskazane pozycje, to przede wszystkim te, które zostały przedstawione zamawiającemu przez odwołującego w złożonych przez BUDIMEX wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty tego wykonawcy oraz powtórzone w odwołaniu jako ceny jednostkowe wykonawcy Skanska, rażąco niskie.

Przystępujący złożył szczegółowe wyjaśnienia dotyczące wyceny wskazanych pozycji kosztorysowych (pismo z 25.08.2016 r. z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa). Na str. 1-9 przedstawił kalkulacje: wykonania, materiału, transportu, koszty bezpośrednie, zysk i koszty ogólne, załączył dowody stanowiące załączniki 1a-9a (oferty i porozumienie).

Wyjaśnienia wykonawcy Skanska są czytelne, dotyczą szczegółów w zakresie kosztorysu ofertowego, a przede wszystkim dotyczą oferty tego wykonawcy. Wyjaśnienia uzupełniające, jak wynika z dokumentów i wyjaśnień złożonych na rozprawie, były efektem czynności odwołującego przedstawiającej analizę oferty Skanska.

Opis sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych temu wykonawcy (skumulowana polityka zakupowa, ceny i rabaty gwarantowane, dysponowanie wytwórnią mas bitumicznych, zakup kruszyw i asfaltów (kumulacja wolumenu dostaw), zamortyzowany sprzęt, wysoka wydajność brygad roboczych – wynika z części opisowej wyjaśnień. Cena oferty Skanska jest najniższa w postępowaniu, niższa od cen pozostałych 8. ofert, odwołujący jednak nie wykazał na podstawie zakwestionowania 22 pozycji kosztorysowych, że jest rażąco niska, że za tę cenę nie można wykonać zamówienia.

Różnica pomiędzy ceną oferty a wartością zamówienia zwiększoną o kwotę podatku VAT przekracza 30%, podobnie jak ceny pozostałych 7. ofert złożonych w postępowaniu, zamawiający jednak wyjaśnił na rozprawie na podstawie innego postępowania o udzielenie zamówienia, że jest to zjawisko typowe w budownictwie. Różnica ceny oferty w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wynosząca 15,06% i do ceny oferty odwołującego – drugiej w kolejności 12,60%, nie uzasadnia uznania ceny oferty w wyniku oceny złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, jako rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca udzielił wyjaśnień w takim zakresie i z zachowaniem takiej formy, które pozwoliły zamawiającemu, zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie, na zweryfikowanie ceny oferty i znania jej za realną.

Odwołujący nie wykazał żadnych przesunięć kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysu ofertowego, przedstawiając uzasadnienie zarzutu w odwołaniu w nawiązaniu do sprawy odwoławczej zakończonej wyrokiem Izby z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt 791/13, wydanym w innych okolicznościach faktycznych z uwzględnieniem, których Izba nie uznała niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Opis sposobu obliczenia ceny oferty wykluczył w ocenianym postępowaniu jakiegokolwiek możliwości przesunięcia kosztów. Zamawiający potwierdził na rozprawie, że wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych została dokonana w granicach opisu wyszczególnionych elementów robót. Nie wystąpiły z tego powodu przesłanki niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Ad 2. Odrzucenie oferty odwołującego, mimo że złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, potwierdzające, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia – naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy.

Na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył wyjaśnienia (pismo z dnia 17.08.2016 r. z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wysokości przyjętej stawki roboczo-godziny oraz treść załączników do pisma (w ilości 25). Str. 1-3 to wyjaśnienia dotyczące firmy odwołującego ze wskazaniem zasobów, scentralizowanego systemu zakupu materiałów budowlanych, wybranych dziedzin usług, dostaw oraz informacje dotyczące robocizny. Na str. 4 odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienie cen ofert złożonych w postępowaniu (9), z którego wynika, że procentowa różnica pomiędzy ceną oferty Skanska porównaną do „budżetu” i ceną oferty BUDIMEX z takim samym odniesieniem wynosi 7,70%; porównanie z ceną oferty EUROWIA (oferta z ceną na 8. pozycji) wynosi 13,40% i ceną oferty MOTA (oferta najdroższa na 9. pozycji) 21,40%. Natomiast na dalszych stronach wyjaśnień – od 4 do 11 – BUDIMEX zamieścił informacje dotyczące oferty Skanska na podstawie analizy kosztorysu ofertowego tego wykonawcy. Na str. 11-13 zamieścił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa; na str. 15 przedstawił wykaz załączników (25), w tym 13 ofert podwykonawców, 11 umów ramowych oraz dane o zatrudnieniu. Zakres ilościowy wyjaśnień wskazuje, że odwołujący w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego przedstawił na 3. stronach informacje dotyczące jego oferty, natomiast dotyczące oferty Skanska na 8. stronach wyjaśnień. Opis dotyczący oferty Skanska został powtórzony w odwołaniu – pozycje kosztorysu – odcinek miejski: 41, 44, 46, 47, 55, 64, 78, 105, 106, 107, 119, 120, 136 (13 pozycji), odcinek pozamiejski: 12, 13, 20, 21, 36, 50, 51, 52, 60 (9 pozycji). W dalszej treści wyjaśnień odwołujący zamieścił tabelaryczne zestawienie znaczących cenowo pozycji kosztorysów ofertowych, w których wartość oferty firmy Skanska została zaniżona w stosunku do średnich wartości pozostałych oferentów bez firmy BUDIMEX na ponad 3,2 mln zł.

Z porównania zakresu wyjaśnień wynika, że dotyczą one bardziej oceny oferty Skanska niż wyjaśniają elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny oferty BUDIMEX. Z porównania treści wezwania zamawiającego z treścią wyjaśnień BUDIMEX wynika, że w znacznej części wyjaśnienia zostały złożone nie na temat wskazany w wezwaniu. Wezwanie zamawiającego było jednoznaczne, czytelne, w granicach przepisu art. 90 ust. 1 ustawy (cytowane wyżej w całości). W szczególności zamawiający zaznaczył w wezwaniu: *„Zatem istotnym jest określenie, czy kwota przeznaczona przez Wykonawcę na realizację wyżej wymienionego zamówienia zawiera wszystkie koszty niezbędne do jego wykonania i została prawidłowo skalkulowana. Zamawiający oczekuje, aby Wykonawca wskazał, czy dokonując kalkulacji ceny oferty wykorzystał np. sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy (jeśli tak, to jakie), oszczędność metody wykonania zamówienia lub inne elementy wskazane w ww. przepisie, a także wykazał inne czynniki mające wpływ na kalkulację ceny oferty. Mając powyższe na uwadze wzywam Wykonawcę, aby wykazał argumenty oraz złożył dowody uzasadniające realne i rzetelne skalkulowanie ceny. Złożone*

wyjaśnienia i dowody mają przekonać Zamawiającego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.”

Załączone do wyjaśnień dowody (tajemnica przedsiębiorstwa), wskazane jako oferty podwykonawców i umowy ramowe, to kosztorysy ofertowe, oferty handlowe – odpowiedzi na zapytanie odwołującego; umowy, w tym ramowe, informacje o numerze identyfikacyjnym REGON, odpis z KRS. Dokumenty nie zostały opatrzone żadnym komentarzem, nie przedstawiono chociażby zestawienia cen wynikających z tych dokumentów, a przede wszystkim nie wskazano jakie mają przełożenie na cenę oferty. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że mają one potwierdzać sposób kalkulacji ceny oferty.

Analizowane na rozprawie przykładowo wyjaśnienia wraz z dowodami (protokół posiedzenia i rozprawy str. 6-7): *pozycja 40 elementów robót wskazanych w zestawieniu cenotwórczych pozycji kosztorysu ofertowego firmy BUDIMEX – odwołujący wskazał umowy sprzedaży cementu, aneks do umowy sprzedaży, ogólne warunki sprzedaży. Ponieważ z przywołanych dokumentów nie wynika cena netto podana w pozycji 40, odwołujący wyjaśnił, że powyższe ma potwierdzać jego sposób kalkulacji ceny oferty, który opiera się na wieloletnich umowach ramowych, umowach sprzedaży, częściowo ofertach, które są składane dla potrzeb konkretnego kontraktu oraz na informacjach będących w bazie danych Biura Zakupów Centralnych BUDIMEX. Złożył dowody (oferty, umowy) dotyczące 24 pozycji kosztorysu, które stanowią wartość ok. 43% kosztorysu ofertowego. Z uwagi na treść ogólnego wezwania zamawiającego, odwołujący przyjął, że obejmie wyjaśnieniami 24 najistotniejsze pozycje kosztorysowe dotyczące kruszyw i mas bitumicznych o wartości ok. 43% całej ceny ofertowej. Na pytanie o wskazanie przykładowo jednej pozycji z 24, z której wynikają w jakikolwiek sposób skonkretyzowane koszty, odwołujący wyjaśnił, że nie przedstawiono zestawienia 24 pozycji jako całości opracowania, przedstawiono przykładowo nasyp. Na pytanie gdzie jest omówiony nasyp w wyjaśnieniach, odwołujący wskazał stronę 20 – jest to oferta podwykonawcy oferującego piasek nasypowy. Odwołujący wskazał ofertę str. 90 poz. 41 wykonanie nasypów z gruntu, wartość netto, cena jednostkowa 37,67 zł i wartość netto całej pozycji 3 882 531,12 zł. Na pytanie, na podstawie jakich cen podwykonawcy została ustalona cena tej pozycji, odwołujący wskazał, że należy przyjąć cenę zaoferowaną w ofercie podwykonawcy i odpowiednio do niej dodać wszelkie pochodne koszty, by ustalić cenę przedstawioną w kosztorysie ofertowym na kwotę 37,67 za metr sześcienny. W kosztorysie ofertowym podano cenę za tonę. Na pytanie, na jaką okoliczność został złożony dowód – umowa ramowa współpracy zamieszczona na stronach 54-70 (segregator 450 stronicowy złożony na rozprawie), odwołujący oświadczył, że dla potwierdzenia faktu zawarcia umowy z tym dostawcą. Umowy ramowe mają potwierdzać fakt stabilnej współpracy odwołującego z podmiotami w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia.*

Co do złożonych wyjaśnień, odwołujący miał świadomość niewystarczającego ich zakresu i jakości, przedstawiając argumentację za uzyskaniem dodatkowego wezwania do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy. Izba podziela stanowisko odwołującego, wynikające z orzecznictwa, dyrektyw, opinii UZP, podkreśla jednakże, że jest to uprawnienie zamawiającego, a nie obowiązek wynikający z ustawy, co skutkuje brakiem podstawy do nakazania zamawiającemu takiej czynności, w związku z art. 180 ust. 1 Pzp.

Na ten temat przykładowo w wyrokach: KIO 1222/16 z 3 sierpnia 2016 r., KIO 994/16 i 1020/16 z 11 lipca 2016 r. (wyrok łączny), KIO 1143/15 z 23 czerwca 2015 r.

Izba wskazuje jako aktualne w okolicznościach tej sprawy, stanowisko przedstawione w wyroku KIO 994/16 i 1020/16 z 11 lipca 2016 r.: *Zmienione przepisy ustawy w zakresie dowodzenia rażąco niskiej ceny w postępowaniu odwoławczym przed Izbą (art. 190 ust. 1a Pzp) wskazują obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywający odpowiednio na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, a na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Mając na uwadze, że w postępowaniu odwoławczym przedmiotem rozpoznania jest czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, na etapie postępowania odwoławczego strony mogą posługiwać się wyjaśnieniami i dowodami, które potwierdzają stanowiska przedstawione uprzednio w toku procedury wyjaśniającej prowadzonej przez zamawiającego. Nowe, dodatkowe okoliczności i dowody składane w toku postępowania odwoławczego, nie przedstawione w toku procedury wyjaśniającej na podstawie art. 90 ustawy – przyjmuje się jako spóźnione, gdyż powinny być one przedstawione zamawiającemu i podlegać jego ocenie. W postępowaniu odwoławczym dokonywana jest ocena poprawności i prawidłowości czynności zamawiającego w zakresie oceny oferty wykonawcy i złożonych przez niego wyjaśnień wraz z dowodami.*

Izba wskazuje, że przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do 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. Przywołany w piśmie przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W jednym i drugim przypadku odrzucenie oferty następuje wówczas, gdy jej cena jest rażąco niska (nieadekwatna, nierealna, za którą nie można wykonać zamówienia) w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Z oceny materiału dowodowego wynika, że zamawiający zasadnie oceniając wyjaśnienia wraz z dowodami, złożone na wezwanie, odrzucił ofertę odwołującego jako wynik oceny wyjaśnień, więc na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W podstawie prawnej odrzucenia oferty wskazał art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy. Skutek czynności zamawiającego jest taki sam, jednakże wskazanie art. 89 ust. 1 pkt 4 jako wyłącznej podstawy prawnej odrzucenia oferty, stanowiło pretekst do zarzutu naruszenia tego przepisu wobec odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy cena oferty odrzuconej jest wyższa od ceny oferty wybranej, uznanej za cenę realną.

Konstrukcja zarzutu dotycząca czynności odrzucenia oferty odwołującego wynika m.in. z konstrukcji podstawy prawnej odrzucenia oferty.

Odnośnie dowodów złożonych przez odwołującego:

1. Informacja o złożonej ofercie; 2. Zestawienie wartości netto złożonych ofert – są to opracowania własne odwołującego przedstawiające dane dotyczące wszystkich ofert złożonych w postępowaniu ze wskazaniem w ostatniej kolumnie Informacji o złożonej ofercie – miejsc ofert w rankingu z uwzględnieniem ofert odrzuconych. Drugi dokument – wykres powtórzony z odwołania str. 18 – przedstawia poziom cen w stosunku do „średniej arytmetycznej”. 3. Analiza cen – zestawienie tabelaryczne cen Skanska i BUDIMEX - pozycje kosztorysowe przedstawione w treści wyjaśnień BUDIMEX w zakresie dotyczącym Skanska oraz w odwołaniu. W zestawieniu wskazano na koszty materiału, podobnie jak w odwołaniu str. 6-13, odnośnie oferty Skanska. 4. Zestawienie cenotwórczych pozycji kosztorysu ofertowego firmy BUDIMEX (43% ceny oferty); Kalkulacja kosztów kruszyw; Kalkulacja cen mas bitumicznych – są to dowody dotyczące ceny oferty BUDIMEX, nieprzedstawione zamawiającemu, nieoceniane dotychczas. Ze względu na zestawienia wyłącznie ilościowe i kwotowe materiałów i robót – do oceny jakie mają znaczenie w kształtowaniu ceny oferty, wymagane są wiadomości specjalne i w pierwszej kolejności powinny być udostępnione zamawiającemu w celu ich weryfikacji. 5. Dokumenty (segregator liczący 450 stron) – to złożone na wezwanie oraz dodatkowe oferty, umowy – bez zestawienia umożliwiającego nawet pobieżną ocenę dokumentów oraz odniesienie się przez zamawiającego do ich treści w toku rozprawy; z załączonymi zbędnymi załącznikami, na zasadzie – że liczba dokumentów wzmacnia argumentację.

Dowody złożone przez przystępującego: Oświadczenie pełnomocnika nt. firmy Skanska S.A. – dementujące ocenę firmy dokonaną przez odwołującego w wyjaśnieniach i odwołaniu – opartą na informacjach medialnych. Porównanie 29 pozycji kosztorysu z cenami BUDIMEX mniejszymi od SKANSKA, które w sumie stanowią kwotę: 6 814 000,99 zł netto; Porównanie 513 z 1337 pozycji kosztorysu z cenami BUDIMEX mniejszymi od cen SKANSKA – stanowi dowód przeciwny wykazaniu przez BUDIMEX najniższych 22 pozycji kosztorysowych w ofercie Skanska; Porównanie 137 pozycji kosztorysu z cenami BUDIMEX mniejszymi od SKANSKA o ponad 250%.

Przedstawiony w odwołaniu zarzut rażąco niskiej ceny oferty przystępującego w stosunku do przedmiotu zamówienia i jej potwierdzenie w wyniku złożonych wyjaśnień wraz z dowodami na wezwanie zamawiającego, nie został wykazany w toku postępowania dowodowego, w szczególności na podstawie 22 pozycji kosztorysu ofertowego, zweryfikowanych na rozprawie do 17 wobec ich powielania, w sytuacji gdy kosztorys ofertowy liczy 1337 pozycji.

Nie został potwierdzony zarzut dotyczący niewłaściwej oceny wyjaśnień odwołującego złożonych wraz z dowodami na wezwanie zamawiającego.

Niepodważony skutecznie wybór oferty wykonawcy Skanska czyni, że czynność zamawiającego podania w podstawie prawnej odrzucenia oferty odwołującego przepisu wskazującego rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, bez przepisu dotyczącego negatywnej oceny wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie miała wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ad 3. Wybór oferty najkorzystniejszej, która podlega odrzuceniu oraz nierówne traktowanie wykonawców w procesie oceny ofert, w szczególności na etapie oceny wyjaśnień różnych wykonawców – naruszenie przepisu art. 7 Pzp.

W granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, ocena oferty przystępującego nie następowała z naruszeniem uzasadnionego interesu odwołującego i tym samym ocena nie powodowała naruszenia, obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający dokonał wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, nie naruszając przepisu art. 91 ust. 1 ustawy.

Dodatkowe wezwanie firmy Skanska jest skutkiem czynności odwołującego wynikającej ze złożonych wyjaśnień na wezwanie zamawiającego. Wezwanie przystępującego jest uprawnieniem zamawiającego, zasadnym w razie powstałych wątpliwości w zakresie złożonych wyjaśnień i nie narusza wskazanych przepisów ustawy.

Reasumując powyższe, Izba uznając, że odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów, oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 20 000 zł.

Przewodniczący: