Sygn. akt: KIO 1078/12

KIO 1081/12

WYROK
z dnia 6 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2012 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A. w dniu 25 maja 2012 roku przez **Konsorcjum firm: ZUE Spółka Akcyjna w Krakowie, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna w Warszawie**
B. w dniu 25 maja 2012 roku przez **Budimex Spółkę Akcyjną w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Gmina Miejska Kraków - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 1078/12 i KIO 1081/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia obydwa odwołania i nakazuje zamawiającemu – Gminie Miejskiej Kraków – Zarządowi Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie,**

---

unieważnienie czynności z dnia 28 maja 2012 roku wezwania wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna w Warszawie do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, dokonanie ponownego wezwania wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna w Warszawie do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

2. **Kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie i:**
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum firm: ZUE Spółka Akcyjna w Krakowie, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna w Warszawie** (20 000 zł 00 gr) oraz **Budimex Spółkę Akcyjną w Warszawie** (20 000 zł 00 gr) tytułem wpisów od odwołań.
   2.2. zasądza od zamawiającego – **Gminy Miejskiej Kraków – Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie** na rzecz **Konsorcjum firm: ZUE Spółka Akcyjna w Krakowie, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna w Warszawie** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika
   2.3. zasądza od zamawiającego – **Gminy Miejskiej Kraków – Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie** na rzecz **Budimex Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie.**

……

Sygn. akt: KIO 1178/12
KIO 1081/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogilskie – Al. Jana Pawła II – Plac Centralny wraz z systemem kierowania ruchem w Krakowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 25 maja 2012 roku Konsorcjum firm: ZUE SA w Krakowie i Mostostal Warszawa w Warszawie wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty, podjętej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę linii tramwajowej na odcinku Rondo Mogilskie - Al. Jana Pawła III - Plac Centralny wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie" opublikowanego w dniu 17 lutego 2012 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2010/S 33-052096.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp przez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż:
a. oferta złożona przez firmę Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków nie jest ofertą z rażąco niską ceną, a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego;
b. oferta złożona przez firmę Budimex S.A. ul. Stawki 40 10, 01-040 Warszawa nie jest ofertą z rażąco niską ceną, a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty i pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego;
2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2003 Nr 153 Poz. 1503] , poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Strabag Sp. z o.o. i Budimex S.A. pomimo, iż ich złożenie stanowiło czyny nieuczciwej konkurencji;
3) art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne, bezzasadne i błędne uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez Strabag Sp. z o.o. potwierdzają, iż cena oferty nie jest cena rażąco niską;

4) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo, iż cena ta znacznie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia i powinna zostać uznana rażąco niską;
5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w niniejszym postępowaniu;
6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się wniósł o:
1) uwzględnienie odwołania,
2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Strabag Sp. z o.o. i oferty złożonej przez Budimex S.A. oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w pkt. 25.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił, że jedynym kryterium oceny ofert będzie cena (100%). Bezpośrednio przed otwarciem ofert (dnia 7 maja 2012 r.) zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia - 211 925 000,00 zł brutto. W dniu 7 maja odwołujący złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 171 424 045,07 zł. brutto. Dnia 16 maja 2012 roku odwołujący otrzymał od zamawiającego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Strabag Sp. z o.o. za cenę 127 886 729,64 zł brutto. Szacunkowa wartość zamówienia wskazana w pkt. II.2.1) ogłoszenia o zamówieniu, powiększona o podatek VAT wynosi, po odliczeniu przewidzianych w pkt 8 SIWZ zamówień uzupełniających, ok. 208 860 345 zł. Ponadto zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia ww. kwotę 211 925 000,00 zł. Cena zaproponowana przez Strabag Sp. z o.o. jest ceną rażąco niską, bowiem jak wynika z powyższego, cena oferty najkorzystniejszej jest o ok. 39% niższa od szacunkowej wartości zamówienia. Druga w kolejności pod względem ceny, oferta złożona przez Budimex S.A., zawierała cenę 139 441 435,18 zł brutto tj. o 33% niższą od szacowanej wartości zamówienia i jest to również cena rażąco niska.

W ocenie odwołującego się ceny ofert Strabag Sp. z o.o. i Budimex S. A. nie mieszczą się w przyjętej i dopuszczalnej granicy zróżnicowania cen ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców i jako takie stanowią przejaw niedopuszczalnego w dziedzinie zamówień publicznych naruszenia uczciwej konkurencji. Porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu wskazuje, iż ceny oferty najkorzystniejszej i oferty

drugiej odbiegają znacznie od cen pozostałych ofert, w szczególności należy zauważyć, że różnica w stosunku do trzeciej w rankingu ceny oferty, tj. oferty Odwołującego wynosi:
- w przypadku oferty Strabag Sp. z o.o. ok. 25 %, zaś w stosunku do czwartej - ok. 29 %;
- w przypadku oferty Budimex S.A. ok. ok. 19 %, zaś w stosunku do czwartej - ok. 23 %
W ocenie odwołującego oferty Strabag Sp. z o.o. i Budimex S.A. są ofertami zawierającymi rażąco niską cenę. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealistyczna, niepozwalająca na zrealizowanie przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący należyte wykonanie. Cena rażąco niska to cena, która nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, przez co budzi wątpliwości, co do zgodności z zasadami konkurencji oraz co do możliwości należytego wykonania zamówienia. W tym kontekście wybranie przez zamawiającego oferty o około 25 % tańszej niż oferta odwołującego i ok. 40 % tańszej w stosunku do przedmiotu zamówienia, pozwala na postawienie jej zarzutu rażąco niskiej ceny. Również zaniechanie odrzucenia oferty firmy Budimex S.A., która jest o 34% niższa niż wartość przedmiotu zamówienia, pozwala na postawienie zarzutu rażąco niskiej ceny przedmiotowej ofercie.

Odwołujący podnosi, że ceny oferowane przez Strabag Sp. z o.o. i Budimex S.A. są cenami niewiarygodnymi, odbiegającymi od cen ofertowych innych wykonawców i stanowią podstawę do stwierdzenia, że realizacja przedmiotowego zamówienia, również w przypadku gdyby oferta Budimex S.A. została wybrana jako najkorzystniejsza, będzie odbywała się poniżej kosztów wytworzenia roboty budowlanej i jest ceną nierzetelnie skalkulowaną, co nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia. Stanowi to niezaprzeczalną podstawę do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez obu wykonawców jest ceną rażąco niską. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z analizy samych kosztów bezpośrednich przeprowadzonej przez odwołującego się wynika, że, ceny jakie zaoferowały 2 pierwsze firmy są rażąco niskie i nie wystarczające na wykonanie zakresu prac torowych, nawet przy założeniu zerowego zysku i braku konieczności ponoszenia jakichkolwiek kosztów. Oznacza to, iż wykonawcy ci zaoferowali zrealizowanie zamówienia poniżej cen jego wykonania (ze stratą). Działanie takie jest niezgodne z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i powinno skutkować odrzuceniem oferty na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Przy najbardziej korzystnych cenach na rynku, najlepszych umowach z dostawcami Strabag Sp. z o.o. oraz Budimex S.A. nie są w stanie wykonać tych robót, przy takim poziomie cen. Oznacza to, że kwestionowane oferty zawierają cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Powyższe dowodzi, że Strabag Sp. z o.o. oraz Budimex S.A. nie dają gwarancji należytego, rzetelnego

wykonania przedmiotowego zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, a zatem stanowi ewidentne zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający wystąpił do Strabag Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawca Strabag Sp. z o.o. wyjaśnił jedynie, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca wykazywał, iż posiada upusty na zakup materiałów budowlanych, posiada duże i nowoczesne zaplecze sprzętowe oraz duże zaplecze laboratoryjno-projektowe. Wskazał ponadto, iż trudno jest mu się odnieść do wyceny i wątpliwości zamawiającego. z uwagi na brak szczegółowych informacji, co w ocenie zamawiającego w zakresie oferty może budzić wątpliwości." Tym samym wykonawca sam przyznał w swoim piśmie, iż wyjaśnienia nie odnoszą się konkretnie do elementów ceny oferty. Same zaś wyjaśnienia są jedynie ogólnymi oświadczeniami wykonawcy, w szczególności nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, która uprawnia zamawiającego do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny jedynie w przypadku, gdy wykonawca w wyjaśnieniach wykaże obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, zamawiający nie miał podstaw do uznania, że wykonawca Strabag Sp. z o.o. złożył ofertę niezawierającą rażąco niskiej ceny.

W przypadku ceny oferty firmy Budimex SA, Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo, iż oferta tego wykonawcy była jedynie o 9 % wyższa od oferty Strabag Sp. z o.o., który został wezwany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz co istotniejsze w sposób rażący odbiega od wartości szacunkowej zamówienia . Tym samym zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Cena oferty Budimex S.A. również jest ceną rażąco niską, za którą niemożliwe jest właściwe wykonanie zamówienia.

Ponadto Odwołujący podnosi, iż dokonane przez niego wyliczenia dotyczące poszczególnych branż stanowiących elementy przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazują, że oferty złożone przez Strabag Sp. z o. i Budimex S.A. stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z przedmiotowym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ceny ofert Strabag Sp. z o.o. i Budimex S.A. nie tylko są znacznie niższe od wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez zamawiającego i ofert

konkurencji, ale również cena ta w całości jak i jej pojedyncze elementy wskazane w Tabeli Elementów Rozliczeniowych pozycji zostały określone poniżej rynkowych kosztów ich wykonania. Artykuł 15 ust. 1 pkt 1 ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, tj. takie zaniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę albo sprzedawcy straty (sprzedaż ze stratą). Dokonane powyżej wyliczenia wskazują jednoznacznie, iż oferty wykonawców Strabag Sp. z o.o. i Budimex S.A. zostały wycenione nie tylko bez uwzględnienia zysku i kosztów pobocznych, ale poniżej wartości materiałów niezbędnych do wykonania zadania w danej pozycji.

W dniu 25 maja 2012 roku wykonawca Budimex SA w Warszawie wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej z ofert

złożonych w niniejszym postępowaniu oferty złożonej przez STRABAG Sp. z o. o. w Pruszkowie.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez nieodrzucenie oferty Strabag Sp. z o.o. pomimo, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 90 ust. 3 Pzp poprzez nieodrzucenie oferty wykonawcy, chociaż wykonawca na zamawiającego nie złożył wyjaśnień wystarczających, tj. wyjaśnień wezwanie uzasadniających wysokość zaoferowanej ceny i potwierdzających tym samym, że cena ta nie jest ceną rażąco niską,
- art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, poprzez niewykluczenie wykonawcy, który posłużył się w celu sporządzenia oferty osobą wykonującą czynności związane z przygotowaniem postępowania (Sebastianem Biernackim),
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu i wybór oferty podlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący się wniósł o:
- nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i badania oferty, wykluczenie wykonawcy z postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia, zgodnie z informacją podaną przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, wynosi 173 709 016,39 zł (brutto 211 925 000,00 zł).

Wykonawca Strabag za wykonanie opisanego powyżej przedmiotu zamówienia zaoferował cenę netto 103 972 950,93 zł, a więc cenę o 69 736 065,46 zł niższą od tej, jaką

przyjął zamawiający. Odwołujący, który zajął drugą pozycję na liście rankingowej, za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferował natomiast cenę netto w wysokości 113 367 020,47 zł. Cena ofertowa netto wykonawcy sklasyfikowanego na trzeciej pozycji listy rankingowej wynosiła 139 369 142,33 zł, natomiast sklasyfikowanego na czwartej pozycji - 146 837 966,19 zł.

Znacząca dysproporcja pomiędzy ceną zaoferowaną przez Strabag a szacunkową wartością zamówienia, skłoniła zamawiającego do wdrożenia procedury w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, i wezwania Strabag do. złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość/ceny.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Strabag pismem z dnia 20.09.2011r. wyjaśnił, iż cyt.: „jako duży europejski koncern posiadamy (Strabag sp. z o.o.) duże upusty na zakup materiałów budowlanych. Głównie materiały jak np, masa mineralno - bitumiczna, beton wytwarzamy samodzielnie. Wszystko to pozwala nam zaoferować ceny tych produktów i materiałów, po konkurencyjnych na rynku budowlanym cenach. Posiadamy bardzo duże i nowoczesne zaplecze sprzętowo - transportowe pozwalające nam osiągnąć wydajności obniżające koszty wykonania robót i nie zmuszające nas do wynajmowania sprzętu budowlanego na rynku, co podraża realizację zadania. Pozyskanie materiału, sprzętu, a tym samym zaplecza kadrowego i technicznego w zakresie własnych struktur, wpłynęło dodatkowo na możliwość obniżenia elementów cenotwórczych cen tj. kosztów. Koncern Strabag sp. z o.o. posiada duże zapiecze laboratoryjne - projektowe, co z uwagi na kontrakt w systemie „zaprojektuj i wybuduj" pozwoliło nam zoptymalizować rozwiązania konstrukcyjne na tyle, aby dodatkowo oferta była konkurencyjna i zmniejszała koszty związane z koniecznością pozyskania rozwiązań ze źródeł zewnętrznych."

Złożone przez Strabag wyjaśnienia, w ocenie zamawiającego, potwierdziły, iż cena wykonawcy nie jest cena rażąco niską, co znalazło swój wyraz w wyborze oferty Strabag jako najkorzystniejszej.

Odwołujący się zaznaczył, że norma wyrażona w art. 90 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania ceny, jeśli w trakcie oceny ofert dojdzie on do przekonania, że ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia lub cen w innych ofertach.

Ustawodawca nie określił przesłanek, wedle których zamawiający powinien wdrożyć procedurę o wyjaśnienie ceny oferty. Jednakże nie oznacza to, iż dysponuje on w tym

zakresie pełną swobodą. Zainicjowanie przez zamawiającego procedury wyjaśnień jest możliwe „jedynie wówczas, gdy całokształt zaistniałych okoliczności: w tym znanych zamawiającemu cen rynkowych podobnych zamówień, ceny innych złożonych ofert oraz wartość oszacowania, wskazują, iż cena najkorzystniejszej oferty, odbiega na tyle od realiów

rynkowych, że nie jest wręcz możliwe i realne wykonanie całości przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę w sposób należyty oraz nieprzynoszący straty po stronie wykonawcy.

Skoro zamawiający w niniejszej sprawie wezwał wykonawcę do wyjaśnienia powodów zaproponowania ceny, zamawiający bez wątpienia dokonał całościowej analizy oferty wykonawcy. W świetle całokształtu okoliczności, w tym cen rynkowych, cen innych ofert, słusznie zamawiający powziął wątpliwości w stosunku do dokonanego przez wykonawcę szacunku, tj. czy cena ofertowa wykonawcy pozwala realnie wykonać całości przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę w sposób należyty oraz nieprzynoszący straty po stronie wykonawcy. Skutkiem wezwania zamawiającego wykonawca powinien na zasadzie art. 6 kodeksu cywilnego, wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę.

W ocenie odwołującego się treść złożonych przez Strabag wyjaśnień w żaden sposób nie uzasadnia zaoferowanej przez niego ceny. W znaczącej mierze odnosi się In abstracto do zaplecza i ogólnego potencjału technicznego wykonawcy i koncernu, do którego należy, nie ukazując w istocie, jaki ma to rzeczywisty, realny wpływ na cenę oferty. Co więcej, wyjaśnienia te są na tyle ogólnikowe i lakoniczne, że na ich podstawie zamawiający nie był w stanie ocenić, czy cena wykonawcy nie jest rażąco niska. Mając powyższe na względzie zamawiający zobowiązany był w trybie art. 90 ust. 3 Pzp uznać, że Strabag nie złożył wyjaśnień, a w konsekwencji zamawiający winien ofertę wykonawcy odrzucić. W wyjaśnieniach Strabag podkreśla, że w formule „zaprojektuj i wybuduj" mógł przy kalkulacji oferty przyjąć optymalne rozwiązania konstrukcyjne, umożliwiające zmniejszenie ceny. Twierdzenie to nabiera szczególnego znaczenia wobec faktu, iż zamówienie będzie realizować Spółka EKKOM Sp. z o.o. (co wynika z faktu złożenia przez tę spółkę dokumentów podmiotowych w trybie § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający...). Zgodnie z dołączonym do oferty wykonawcy zobowiązaniem z dnia 18.04.2012r. Spółka EKKOM sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zobowiązała się oddania do dyspozycji Spółki Strabag sp. z o.o., w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, 8 osób (projektantów) na okres ich udziału w wykonywaniu zamówienia (str. 78 oferty Wykonawcy). Wiceprezesem Spółki EKKOM jest Sebastian Biernacki, będący jednocześnie osobą wykonującą czynności związane z przygotowaniem postępowania, zgodnie z wpisem do protokołu postępowania (str. 2). Nie budzi wątpliwości, iż chodzi o tę samą osobę, bowiem Sebastian Biernacki jest także Prokurentem Spółki BUNG Polska Sp. z o.o. (obecna firma PDKOM Sp. z o.o.) wpisanej do protokołu, której to spółki jedynym wspólnikiem jest właśnie EKKOM Sp. z o.o.

Odwołujący się podniósł, że w tym przypadku zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Strabag posłużył się bowiem w celu sporządzenia oferty Sebastianem Biernackim, mającym wiedzę na temat planowanych kosztów prac projektowych i robót, co z kolei

pozwoliło wykonawcy na skalkulowanie oferty na poziomie dużo niższym niż konkurenci. Z ogólnikowych wyjaśnień Strabag wynika, że konkurenci kalkulowali oferty mając te same warunki, co Strabag. Strabag nie miał żadnych sprzyjających mu okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 2 Pzp. Jedyną więc okolicznością umożliwiającą Strabag na obniżenie ceny była znajomość realiów projektu, które to informacje Strabag pozyskał od Sebastiana Biernackiego, mającego własny interes (jako potencjalny podwykonawca i jako podmiot udostępniający potencjał kadrowy) w uzyskaniu zamówienia przez Strabag. Taki stan rzeczy nie może być utrzymany, jako naruszający zasadę uczciwej konkurencji wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania z dnia 4 czerwca 2012 roku wniósł o oddalenie obydwu odwołań.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania, ustalona została na kwotę 275.316.398,70 zł, co stanowi równowartość 68.493.481,62 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 91.772.132,90 zł, co stanowi równowartość 22.831.160,54 euro. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 211.925.000,00 zł brutto.

W postępowaniu złożono 4 oferty nie podlegające odrzuceniu:

1. BUDIMEX SA w Warszawie– cena: 139.441.435,10 zł brutto
2. Konsorcjum Firm: FCC Construccion SA w Barcelonie, Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS SA w Katowicach – cena: 180.610.698,41 zł brutto
3. STRABAG Sp. z o.o. z Pruszkowie – cena: 127.886.729,64 zł brutto
4. Konsorcjum Firm: ZUE SA w Krakowie, Mostostal Warszawa w Warszawie – cena: 171.424.045,07 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2012 roku zwrócił się do wykonawcy Strabag o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny ofertowej.

Pismem z dnia 14 maja 2012 roku wykonawca Strabag złożył wyjaśnienia w kwestii elementów jego oferty.

Wyjaśnił, że jako duży europejski koncern posiada duże upusty na zakup materiałów budowlanych. Głównie materiały jak np. masa mineralno - bitumiczna, beton wytwarza samodzielnie. Wszystko to pozwala mu zaoferować ceny tych produktów i materiałów, po konkurencyjnych na rynku budowlanym cenach. Posiada bardzo duże i nowoczesne zaplecze sprzętowo - transportowe pozwalające mu osiągnąć wydajności obniżające koszty wykonania robót i nie zmuszające go do wynajmowania sprzętu budowlanego na rynku, co podraża realizację zadania. Pozyskanie materiału, sprzętu, a tym samym zaplecza kadrowego i technicznego w zakresie własnych struktur, wpłynęło dodatkowo na możliwość obniżenia elementów cenotwórczych cen tj. kosztów. Koncern Strabag sp. z o.o. posiada duże zapiecze laboratoryjne - projektowe, co z uwagi na kontrakt w systemie „zaprojektuj i wybuduj" pozwoliło mu zoptymalizować rozwiązania konstrukcyjne na tyle, aby dodatkowo oferta była konkurencyjna i zmniejszała koszty związane z koniecznością pozyskania rozwiązań ze źródeł zewnętrznych.

Ponadto wskazał, że z uwagi na to, że kontrakt jest w systemie „zaprojektuj i wybuduj" trudno mu odnieść się do wyceny i wątpliwości zamawiającego, z uwagi na brak szczegółowych informacji, co w ocenie zamawiającego w zakresie oferty może budzić wątpliwości. Stwierdził, że w tym stanie rzeczy nie ma możliwości odniesienia się do konkretów.

Wyjaśnił też, że zaoferowana przez niego cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości i pozwala bez strat na finansowanie wykonania zamówienia z wynagrodzenia umownego, za które to zamówienie należy wykonać. Cena zaoferowana przez Strabag Sp. z o.o. jest realna, adekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia. Jest ceną rynkową możliwą do określenia na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

W dniu 25 maja 2012 roku wniesione zostały odwołania przez Konsorcjum firm: ZUE Spółka Akcyjna w Krakowie, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna w Warszawie oraz Budimex SA w Warszawie.

Pismem z dnia 28 maja 2012 roku zamawiający zwrócił się do wykonawcy Budimex SA o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. Wykonawca Budimex złożył wyjaśnienia w dniu 1 czerwca 2012 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania są zasadne.

Izba stwierdziła, że odwołujący się są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny do wykonawcy Strabag Sp. z o.o. oraz do wykonawcy Budimex SA, jednakże w przypadku drugiego ze wskazanych wykonawców zrobił to dopiero wówczas, gdy jego decyzja została zaskarżona w drodze wniesionych odwołań. Na rozprawie podnosił, iż do wykonawcy Strabag zwrócił się jedynie dlatego, iż była to oferta najtańsza, natomiast do wykonawcy Budimex - gdyż chciał zgromadzić materiał w celu przedstawienia go Krajowej Izbie Odwoławczej. Oświadczenia zamawiającego znajdują się z protokole rozprawy z dnia 5 czerwca 2012 roku.

Ze stanowiska zamawiającego wynika, iż w jego ocenie brak było podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w kwestii rażąco niskiej ceny wobec wskazanych wykonawców. Izba zbadała zatem przesłanki ewentualnego przeprowadzenia takiego postępowania i skonstatowała, iż w przypadku cen zaoferowanych przez wykonawców Strabag i Budimex istniały podstawy do żądania złożenia przez nich wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaoferowane ceny w sposób znaczny

odbiegają zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen pozostałych wykonawców.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia". Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających… *etc.* Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez Strabag Sp. z o.o. Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Wykonawca Strabag wskazał kilka okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, ale nie wykazał sposobu tego wpływu, nie podał realnych wartości obniżających cenę, ponadto stwierdził, że z uwagi na to, że kontrakt jest w

systemie „projektuj i buduj” nie ma możliwości odniesienia się do konkretów. Tymczasem dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę. Wykonawca podnosząc, że nie ma możliwości odniesienia się do konkretów niejako przyznał, że jego wyjaśnienia nie mogą zostać potraktowane jako wystarczające do uznania, że jego cena nie jest rażąco zaniżona. Stanowisko takie budzi uzasadnione wątpliwości, ponieważ wykonawca ten skalkulował cenę oferty i winien wiedzieć, na podstawie czego i w jaki sposób mógł obniżyć cenę oferty.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o

złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami.

Uznając, że wykonawca Strabag nie udowodnił, iż jego cena nie jest rażąco zaniżona Izba nakazała odrzucenie jego oferty.

Odnosząc się do oferty złożonej przez wykonawcy Budimex SA Izba uznała za konieczne nakazanie zamawiającemu wezwanie tegoż wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba uznała za wadliwe działanie zamawiającego polegające na żądaniu takich wyjaśnień od tegoż wykonawcy już po wyborze najkorzystniejszej oferty i po zawiadomieniu o tym wykonawców biorących udział w postępowaniu. Izba nie zgadza się w tym przypadku ze stanowiskiem zamawiającego, iż ustawa Pzp nie precyzuje, kiedy należy zwrócić się do wykonawcy o złożenie takich wyjaśnień. Co prawda, żaden z przepisów ustawy nie wskazuje *expressis verbis,* iż zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny przed wyborem najkorzystniejszej oferty, niemniej jednak wniosek taki jest oczywisty w świetle przepisów ustawy dotyczących czynności zamawiającego podejmowanych w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Żądanie złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny jest bowiem elementem badania i oceny ofert. Złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dowodzących, że jego cena nie jest rażąco zaniżona ma taki skutek, że oferta jest oceniana na podstawie kryteriów oceny ofert i może zostać uznana za najkorzystniejszą. Z kolei nie złożenie wyjaśnień lub nie wykazanie przez wykonawcę, że jego oferta nie jest rażąco niska skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 93 ust. 3 ustawy Pzp. Wszystkie te czynności muszą zostać dokonane przed wyborem najkorzystniejszej oferty, ponieważ wybór ten jest dokonywany wyłącznie spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Podsumowując powyższa Izba stwierdza, że zamawiający obowiązany był również żądać wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny od wykonawcy Budimex, ponieważ cena zaoferowana przez tego wykonawcę w sposób istotny odbiega od wartości zamówienia i ofert innych wykonawców. Czynności tej powinien dokonać przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Budimex w wyniku wezwania z dnia 28 maja 2012 roku nie zostały przez Izbę ocenione, ponieważ zostały złożone w wyniku wadliwego wezwania, które Izba nakazała unieważnić. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu dokonanie czynności ponownego wezwania wykonawcy Budimex do złożenia niezbędnych wyjaśnień.

Izba nie uwzględniła zarzutu odwołującego się Budimex SA naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy Strabag Sp. z o.o., który posłużył się

w celu sporządzenia oferty osobą wykonującą czynności związane z przygotowaniem postępowania, tj. Panem Sebastianem Biernackim. Odwołujący się podniósł, że zamówienie

będzie realizować Spółka EKKOM Sp. z o.o., która zobowiązała się do oddania do dyspozycji Strabag w trybie art. 26 ust. 2 b 8 osób (projektantów) na okres ich udziału w wykonywaniu zamówienia. Wiceprezesem EKKOM jest Sebastian Biernacki, będący jednocześnie osobą wykonującą czynności związane z przygotowaniem postępowania, zgodnie z wpisem do protokołu postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Zgodnie z protokołem postępowania Pan Sebastian Biernacki brał udział w ustalaniu wartości zamówienia. Z wyjaśnień zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie wynika, że Pan Sebastian Biernacki opracował program funkcjonalno-użytkowy, obejmujący opis zadania budowlanego.

Zdaniem Izby opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego przez Pana Biernackiego nie utrudnia uczciwej konkurencji. Program funkcjonalno-użytkowy jest dokumentem jawnym i dostępnym dla wszystkich wykonawców. Z faktu uczestniczenia Pana Biernackiego w opracowaniu programu nie wynika, że miał większą wiedzę niż inni uczestnicy postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

.....