

WYROK
z dnia 8 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1) Hydrobudowa Polska S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Remaxbud Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Piotrków Trybunalski, ul. Pasaż Karola Rudowskiego 10, 97-300 Piotrków Trybunalski,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

(1) Budimex S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Cadagua S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1063/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: wykonawców wspólnie ubiegających o zamówienie:
1) Hydrobudowa Polska S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Remaxbud Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1) Hydrobudowa Polska S.A.**

1

(pełnomocnik konsorcjum), (2) Remaxbud Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo
tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:
1) Hydrobudowa Polska S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Remaxbud Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Wysogotowo, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo na rzecz zamawiającego: **Miasto Piotrków Trybunalski, ul. Pasaż Karola Rudowskiego 10, 97-300 Piotrków Trybunalski** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Piotrków Trybunalski prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót

budowlanych i inżynierskich dla kontraktu „Modernizacja oczyszczalni ścieków” - Kontrakt nr I, w ramach projektu: Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Piotrkowie Trybunalskim. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2012 r. pod nr 2012/S 1-001251.

Zamawiający poinformował wykonawców w tym odwołującego – Konsorcjum w składzie: Hydrobudowa Polska S.A. Remaxbud Sp. z o. o. z siedzibą lidera w Wysogotowie (dalej „Konsorcjum HBP”) o dokonaniu czynności oceny ofert, odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 16 maja 2012 r. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Wskazał, że wykonawca poza ogólnikowymi rozważaniami odniósł się do wyceny 25 elementów kosztorysowych, natomiast nie odniósł się w żadnym stopniu do 42 elementów kosztorysowych, co do których zamawiający prosił o wyjaśnienia. W opinii zamawiającego wykonawca nie wywiązał się z obowiązku złożenia wyjaśnień odnoszących się do wszystkich wątpliwości wyrażonych w wezwaniu. Zamawiający uznał, że wykonawca w ogóle nie odniósł się do pozycji: stacja odwadniania (37.7, 37.10), renowacja powierzchni betonowych wewnętrznych (4.3, 8.3, 9.3), kanalizacja sanitarna i deszczowa (17.1., 17.2).

Konsorcjum HBP wniosło odwołanie wobec czynności:

1. wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum w składzie: Budimex S.A. Cadagua S.A. (dalej „Konsorcjum Budimex”),
2. oceny przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez odwołującego oraz odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
3. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w zakresie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp,
- 2) art. 90 ust 2 Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez odwołującego i uznanie, że odwołujący nie złożył wyjaśnień,
- 3) art. 90 ust. 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez uznanie, że odwołujący nie

3

złożył wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i bezpodstawnie odrzucenie oferty.

Odwołujący zażądał unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Budimex oraz nakazania zamawiającemu powtórzenia oceny ofert i wyboru oferty Konsorcjum HBP jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił w uzasadnieniu, iż zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2012 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, wskazując 67 pozycji kosztorysu ofertowego, które wzbudziły jego wątpliwości. W odpowiedzi na wezwanie, w wyznaczonym terminie, pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. odwołujący wyjaśnił istotne elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Zdaniem odwołującego, zamawiający niewłaściwie ocenił złożone wyjaśnienia, czym naruszył art. 90 ust. 2 i 3 Pzp i bezpodstawnie zastosował art. 90 ust. 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odrzucając ofertę. Odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 20 kwietnia 2012 r. udzielił spójnych i wyczerpujących wyjaśnień dotyczących tych elementów oferty, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazał, iż na cenę oferty wpłynęły następujące czynniki:

- dostęp do materiałów o relatywnie niskich cenach,
- uzyskanie bardzo korzystnych ofert podwykonawców,
- oparcie na rzetelnych odpowiadających faktycznym i rzeczywistym kosztom materiałów, surowców i robocizny (wywiedzionych z bogatego doświadczenia),
- właściwa organizacja pracy, know-how, znajomość rynku dostawców, wykonawców,
- indywidualne zaangażowanie każdego z uczestników konsorcjum (praca własna

- w zakresie specjalistycznych robót),
- wieloletnie doświadczenie wykonawcy w zakresie specjalistycznych prac objętych zamówieniem, korzystna kalkulacja ryzyk, optymalizacja procesu utrzymania ciągłości pracy oczyszczalni, współpraca z lokalnymi firmami,
- sprzedaż zdemontowanych elementów,
- samodzielne oszacowanie niektórych elementów prac na niższym poziomie aniżeli wykazywany w dokumentacji przetargowej.

Wyjaśnił, iż odniósł się wprost do 25 pozycji kosztorysowych lecz pismo zawiera również wyjaśnienia dotyczące wszystkich pozostałych 42 pozycji kosztorysowych. Zamawiający oceniając złożone przez wykonawcę wyjaśnienia pominął fragmenty pisma, które odnoszą się do wszystkich pozycji kosztorysu budzących wątpliwości. Elementy kosztorysowe, które w opinii zamawiającego nie zostały wyjaśnione, można podzielić na trzy grupy:

4

- (1) dotyczące robót konstrukcyjno-budowlanych (15 pozycji kosztorysu: 3.4, 4.3, 4.6, 5.4, 8.3, 9.3, 9.5, 12.2, 13.5, 26.2, 30.7 37.7, 44.2, 45.3, 50.5),
- (2) dotyczące dostaw urządzeń i armatury (13 pozycji kosztorysu 14.2, 25.11, 29.5, 33.9, 34.8, 35.11, 36.5, 37.10, 38.6, 42.7, 44.4, 47.8, 47.10),
- (3) dotyczące instalacji (14 pozycji kosztorysu: 12.7, 17.1, 17.2, 17.3, 17.4, 17.9, 17.12-17.14, 17.5, 17.16, 17.17, 39.6, 40.6).

Odwołujący wyjaśnił, iż odniósł się do elementów wpływających na cenę oferty w zakresie robót konstrukcyjno-budowlanych przez wskazanie następujących okoliczności: wieloletnie doświadczenie w branży związanej z budową i rozbudową oczyszczalni ścieków, korzystną kalkulację ryzyk, równoległą realizację innych oczyszczalni ścieków oraz posiadanie własnej bazy sprzętowej i zasobów ludzkich, a także stałe umowy na dostawę betonu i stali.

Druga grupa elementów kosztorysowych, tj. dotyczących dostaw urządzeń i armatury także została objęta wyjaśnieniami, w których wykonawca podnosił następujące czynniki wpływające na ich cenę: struktura organizacyjna wykonawcy Hydrobudowa Polska S.A., która posiada wyodrębniony dział Logistyki Materiałowej, stałe umowy na dostawę betonu i stali, negocjowanie stawek zaoferowanych przez dostawców.

Ponadto Konsorcjum HBP uzasadniło czynniki kalkulacji cen w obrębie instalacji, w szczególności poprzez wskazanie na strukturę organizacyjną i dział Logistyki Podwykonawstwa, negocjowanie cen zaoferowanych przez podwykonawców oraz posiadanie własnej bazy sprzętowej i zasobów ludzkich.

Odwołujący w wyjaśnieniach odniósł się wprost tylko do pozycji kosztorysowych dotyczących mniej złożonych robót (roboty ziemne, demontaże, rozbiórki, branża elektryczna), natomiast co do pozostałych pozycji podniósł argumentację wynikającą ze strategii ustalania cen, która w sposób zbiorczy uzasadniała czynniki kształtujące cenę wybranych elementów. Okoliczność ta nie może być interpretowana jako nieudzielenie wyjaśnień czy też jako udzielenie niepełnych wyjaśnień, które skutkuje uznaniem rażąco niskiej ceny oferty.

Odwołujący podniósł, że ustawodawca nie ustalił żadnych wymagań dotyczących treści wyjaśnień. Wykonawcy pozostawiona została dowolność w tym zakresie. Istotne jest jedynie, by były to wyjaśnienia odpowiednio umotywowane i przekonujące, że cena oferty nie jest rażąco niska. Obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie czy wskazane czynniki miały charakter obiektywny, czy odpowiadały rzeczywistości i w jakim zakresie wpłynęły na cenę oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2011 r., KIO 657/11, LEX nr 798088). W niniejszej sprawie zamawiający uznał wyjaśnienia za ogólnikowe, niepełne i nie dokonał ich analizy, ani porównania do cen występujących na rynku usług budowlanych, ani też do przedmiotu zamówienia. Uzasadnienie decyzji zamawiającego całkowicie pomija

5

kwestię rażąco niskiej ceny oferty i poprzestaje na stwierdzeniu braku wyjaśnień jako samodzielnej i wystarczającej przesłance odrzucenia oferty. Zdaniem odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp możliwe jest odrzucenie oferty, gdy wyjaśnienia nie zostały złożone lub gdy ocena tych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że wyjaśnienia lakoniczne, ogólnikowe są utożsamiane z brakiem złożenia wyjaśnień. Odwołujący podniósł jednak,

że w orzecznictwie podkreśla się konieczność ustalenia, iż w świetle udzielonych niepełnych wyjaśnień mamy do czynienia z rażąco niską ceną oferty (wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2012 r. (KIO 2809/11).

Odwolujący podniósł także, że zamawiający nie jest uprawniony do zwracania się o wyjaśnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, zatem brak literalnego wskazania poszczególnych pozycji kosztorysu nie powinien być traktowany jako brak wyjaśnień w ogóle. Wyjaśnienia złożone w niniejszej sprawie odnoszą się do wszystkich pozycji kosztorysu wskazanych przez zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp.

Odwolujący wyjaśnił, iż cena oferty odwołującego wynosi 110.556.422,10 zł. brutto (89.883.270 zł. netto). Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 133.381.077,00 zł. brutto (108.439.900,00 zł. netto). Zatem różnica pomiędzy ceną odwołującego, a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie inwestycji wynosi ok. 17 %. Cena odwołującego tylko nieznacznie odbiega od cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców. Druga w kolejności oferta złożona przez Konsorcjum Budimex - 113.974.245,24 zł. brutto stanowi kwotę wyższą tylko o 2 %. Trzecia oferta opiewa na kwotę 116.576.066,66 zł. brutto jest wyższa tylko o 5% od najniższej ceny.

Odwolujący podniósł, iż sam fakt, że cena zawarta w jego ofercie jest niższa od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego oraz od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, nie powoduje, że cena ta może być uznana za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odnoszenie ceny Konsorcjum HBP wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia nie jest wymierne dla ustaleń w zakresie rynkowego charakteru ceny, ponieważ wycena zamawiającego sporządzana jest na podstawie powszechnie stosowanych publikacji, które nie uwzględniają zwykłej gry rynkowej i zmieniających się warunków. Bardziej wymierne dla oceny i weryfikacji charakteru ceny ofertowej są konkurencyjne oferty.

Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO i ZA oraz poglądami doktryny, o rażąco niskiej cenie można mówić wyłącznie w kontekście całej, łącznej ceny ofertowej, a nie wyselekcjonowanych pozycji, które nie mają łącznie znaczącej wartości względem łącznej wartości przedmiotu zamówienia. Kalkulacja jednostkowych elementów oferty nie

6

może świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty, gdyż ustalenia w tym zakresie zawsze należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty oceniając tylko wybrane przez siebie elementy oferty, nawet jeżeli ich cena jest niższa od cen obecnych na rynku, ponieważ wykonawca jest uprawniony do własnej kalkulacji i może koszty związane z realizacją jednej pozycji kosztorysowej przenosić do innych pozycji według swego uznania. W niniejszej sprawie zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia ceny 67 pozycji kosztorysu na 430, a ich wartość wynosiła 12.845.360,45 zł. Jeszcze niższa jest wartość pozycji, które zamawiający uznał za niewyjaśnione (6,976.466,33 zł).

Zarzut naruszenia art.7 Pzp.

Zamawiający potraktował odmiennie wykonawców, którzy złożyli bardzo zbliżone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Budimex wprawdzie odnosiło się literalnie do wszystkich pozycji kosztorysu, o które pytał zamawiający, jednak wyjaśnienia stanowią wyłącznie powtórzenie stwierdzeń podobnych do użytych przez odwołującego. Niemalże każdy element kosztorysu został uzasadniony uzyskaniem korzystnych ofert na rynku dostawców i podwykonawców. Zamawiający uznał mimo to wyjaśnienia Konsorcjum Budimex za wystarczające. Jako oczywisty przykład nierównego traktowania wykonawców odwołujący podał, iż w wykazie cen w poz. 37.10 ST-05 Dostawa i montaż Stacji Odwadniającej oferty odwołującego zamawiający zanegował kwotę 1 722 573 zł, a zaakceptował niższą kwotę 843 871,62 zł w ofercie Konsorcjum Budimex.

Konsorcjum Budimex zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, iż odwołujący w złożonych wyjaśnieniach odniósł się do wyceny 25

elementów kosztorysowych natomiast nie odniósł się w żadnym stopniu do 42 elementów, co do których zamawiający prosił o wyjaśnienia. W tej sytuacji zamawiający przyjął, że odwołujący nie wywiązał się z obowiązku złożenia wyjaśnień odnoszących się do wszystkich wątpliwości wrażeń przez zamawiającego, a w związku z tym jego oferta winna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający wskazał dodatkowo, że kwestie do których odwołujący w ogóle się nie odniósł, to przykładowo wykazujące milionowe różnice pozycje dotyczące: stacji odwadniania (suma z pozycji 37.7 i 37.10), renowacji powierzchni betonowych wewnętrznych (pozycje 4.3, 8.3 i 9.3), kanalizacji sanitarnej i deszczowej (pozycje 17.1 i 17.2). Zamawiający wyjaśnił również, iż nie odrzucił

7

oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny lecz z powodu nie złożenia wyjaśnień. Podkreślił, iż w odwołaniu nie został podniesiony zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, a odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum Budimex skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie w ustawowym terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp oraz wykazał interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w wyniku dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych pięć ofert opiewających na ceny: 147,525.501,31 zł, 127.634.316,25. zł, 116.576.066,66. zł, 113.974.245,24 zł i 110.556.422,10 zł. Cena oferty odwołującego jest najniższa i wynosi 110.556.422,10 zł. Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 114.819.738,00 zł (wartość bez podatku VAT). Różnica pomiędzy ceną odwołującego, a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie inwestycji wynosi ok. 17 %. Cena odwołującego tylko w niewielkim stopniu odbiega od cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców. Druga w kolejności oferta złożona przez Konsorcjum Budimex -113.974.245,24 zł. brutto stanowi kwotę wyższą o ok. 2 %. Trzecia oferta opiewa na kwotę 116.576.066,66 zł. brutto jest wyższa o ok. 5% od najniższej ceny.

Zamawiający wezwał czterech wykonawców, którzy zaoferowali cenę niższą wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego do wyjaśnienia okoliczności uzasadniających poziom zaoferowanych cen. Pismem z dnia 12 kwietnia 2012 r. zamawiający wezwał m.in.

8

odwołującego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, wskazując 67 pozycji kosztorysu ofertowego, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Zamawiający wskazał w wezwaniu, iż wykonawca jest zobowiązany do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej (tak niskiej) ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego np.: oszczędne metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający wyznaczył datę 23 kwietnia 2012 r. jako nieprzekraczalny termin do złożenia wyjaśnień.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w piśmie z dnia 20 kwietnia 2012 r. odwołujący złożył wyjaśnienia. Odnosił się wprost do wyceny 25 elementów kosztorysowych, przedstawiając w przypadku tych pozycji uzasadnienie obniżenia cen wynikające

w szczególności z zaangażowania lokalnych firm w zakresie robót ziemnych, sprzedaży zdemontowanych elementów w zakresie robót demontaży technologicznych, w branży elektrycznej i AKPIA - wykonawca pozyskał kilka korzystnych ofert na realizację robót. W zakresie wyceny likwidacji poletek osadowych wykonawca przyjął mniejszą ilość osadu niż wskazana w dokumentacji postępowania na podstawie samodzielnie dokonanego oszacowania. Odwołujący zawarł ponadto we wstępnej części wyjaśnień informacje ogólne, charakteryzujące działalność wykonawcy, które nie zostały przypisane do konkretnych pozycji kosztorysowych wskazanych w wezwaniu. Odwołujący wskazał, iż cena oferty została ustalona na podstawie analizy własnej oraz ofert otrzymanych od dostawców materiałów budowlanych oraz podmiotów wykonujących roboty budowlane objęte zamówieniem, z którymi wykonawca utrzymuje stałe kontakty biznesowe. Podkreślił wieloletnie doświadczenie członków konsorcjum w branży budowlanej związanej z inwestycjami w zakresie oczyszczalni ścieków, posiadanie szerokiej bazy zaplecza technicznego, właściwą organizację pracy, know-how, znajomość rynku dostawców, wykonawców oraz indywidualne zaangażowanie członków konsorcjum w realizację zamówienia, co pozwala na znaczne oszczędności w zakresie kosztów realizacji zamówienia. Wykonawca wskazał też na możliwości uzyskania wysokich rabatów od stałych dostawców materiałów i urządzeń oraz podwykonawców robót, a także na znajomość sposobów oszczędnego wykonywania pewnych typów robót i utrzymania ciągłości pracy oczyszczalni wraz z uzyskaniem efektu technologicznego, posiadanie własnej bazy sprzętowej i zasobów ludzkich.

Biorąc pod uwagę ustalony w sprawie stan faktyczny, Izba zważyła:

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp wprowadza obowiązek zamawiającego dotyczący wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jeżeli zamawiający w sposób prawidłowy i uzasadniony wzywa wykonawcę do wyjaśnienia na podstawie tego przepisu, to wykonawca

9

jest zobowiązany wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Wykonawca może podważyć zasadność wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wnosząc odwołanie wobec tej czynności. W przypadku jednak, gdy nie zaskarżając czynności wezwania wykonawca je przyjmie do wykonania, to jest zobowiązany złożyć wszelkie wyjaśnienia, zgodnie z treścią wezwania zamawiającego, które przekonają zamawiającego, iż cena oferty nie jest rażąco niska. Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny ma zatem doniosłe znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wykonawca jest w związku z tym zobowiązany udowodnić, iż wystąpiły wyjątkowe, obiektywne okoliczności nie dostępne w sposób standardowy innym wykonawcom oraz że okoliczności te mają wpływ na cenę w taki sposób, iż ich wystąpienie pozwoliło wykonawcy zaoferować o wiele niższą niż szacowana przez zamawiającego wartość zamówienia i oferowana przez innych wykonawców cena. Ponadto, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji rażąco niskiej ceny. Ocena, czy dana cena ofertowa jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, została pozostawiona przez ustawodawcę zamawiającemu, który powinien mieć wiedzę pozwalającą zweryfikować zaoferowane przez wykonawców ceny oraz złożone na podstawie art. 90 Pzp wyjaśnienia. Zamawiający jest odpowiedzialny za prawidłową realizację zamówienia oraz efektywne i celowe wydatkowanie środków publicznych. Jego obowiązkiem jest dołożenie najwyższej staranności w celu wybrania wykonawcy, który będzie w stanie zrealizować dane zamówienie. Instytucja rażąco niskiej ceny służy w szczególności temu, żeby wyeliminować z postępowania niewiarygodnych i nierzetelnych wykonawców z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. Powyższe stanowisko potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 kwietnia 2011 r. sygn. akt 586/11 stwierdziła, iż rażąco niską ceną będzie taka cena, która nie gwarantuje,

przy znanych wartościach składowych, jej elementach kalkulacyjnych realizacji zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony, która nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane należycie i w sposób założony przez zamawiającego, zaś przedsięwzięcie nie tylko zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym ale przyniesie także zysk wykonawcy.

W wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1515/10 Krajowa Izba Odwoławcza

10

wskazała, iż ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie wywiązał się z obowiązku złożenia pełnych wyjaśnień odnoszących się do wszystkich wątpliwości wyrażonych w wezwaniu zamawiającego. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał wprost uzasadnienie do poziomu cen pozycji kosztorysowych dotyczących robót ziemnych, demontażu, rozbiórek, branży elektrycznej, obejmujących jedynie 25 pozycji kosztorysowych. Odwołujący nie odniósł się natomiast bezpośrednio do 42 elementów kosztorysowych, wśród których znajdują się pozycje o dużej wartości jak np.: stacja odwadniania (37.7, 37.10), renowacja powierzchni betonowych wewnętrznych (4.3, 8.3, 9.3), kanalizacja sanitarna i deszczowa (17.1., 17.2). Jak wskazywał sam odwołujący wykonawca składając wyjaśnienia musi przekonać zamawiającego co do rzetelności kalkulacji zaoferowanej ceny. Nie można uznać zatem, że ogólna charakterystyka wykonawcy pod względem posiadanego doświadczenia, organizacyjnym i gospodarczym może zastąpić wyjaśnienia w zakresie ceny w poszczególnych konkretnych pozycjach kosztorysowych, w szczególności że stanowi dowód, iż ceny w poszczególnych pozycjach zostały skalkulowane w sposób rzetelny i ich niski poziom nie ma wpływu na prawidłową realizację zamówienia za zaoferowaną cenę. Zamawiający, oceniając ogólne wyjaśnienia, nie miał możliwości przypisania ich do konkretnych pozycji kosztorysowych. Odwołujący nie pogrupował pozycji kosztorysowych według charakteru robót, tak jak uczynił to następnie w odwołaniu. Z treści wyjaśnień nie wynika, że podane przez odwołującego ogólnie informacje odnoszą się w określonym zakresie do cen robót konstrukcyjno-budowlanych lub elementów w zakresie dostaw urządzeń i armatury, a w innym zakresie np. do instalacji. Udzielenie wyjaśnień jedynie w części zakresu określonego w wezwaniu oznacza, że wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego nie zostały w części w ogóle złożone. Podkreślić należy, że znaczenie w tym kontekście ma również istotność elementów, które nie zostały wyjaśnione, co powinien zamawiający wziąć pod uwagę przy ocenie wyjaśnień.

Przepisy nie wskazują żadnych szczegółowych wymagań dotyczących treści wyjaśnień składanych przez wykonawcę, a tym samym nie ograniczają wykonawcy co do wyboru formy, stopnia szczegółowości lub rodzaju środków za pomocą których wykonawca wyjaśni wysokość ceny oferty. Wykonawcy muszą mieć bowiem możliwość przedstawienia okoliczności, które wynikają z indywidualnej (niepowtarzalnej) sytuacji danego wykonawcy. Najważniejszą kwestią jest bowiem osiągnięcie celu w postaci obalenia domniemania, powstałego na skutek wezwania, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Jak zauważył sam odwołujący wyjaśnienia powinny być przekonujące i odpowiednio umotywowane, tak aby

11

pozwalają zamawiającemu na dokonanie oceny czy wskazane przez wykonawcę czynniki mają charakter obiektywny i odpowiadają rzeczywistości oraz w jakim zakresie wpływają na cenę oferty.

Zauważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał analizy wyjaśnień w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wynikiem tej analizy jest stwierdzenie przez zamawiającego, że wyjaśnienia nie odpowiadają na wszystkie wątpliwości wskazane przez zamawiającego w wezwaniu. Ponadto zamawiający wziął pod uwagę, co jednoznacznie wynika z treści informacji o odrzuceniu oferty, że część pozycji, które nie zostały wyjaśnione wprost przez wykonawcę mają znaczną wartość, a tym samym rzetelność ich kalkulacji ma istotne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, gdy wyjaśnienia nie zostały złożone lub gdy ocena tych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W orzecznictwie uznaje się, że wyjaśnienia lakoniczne, ogólnikowe są uznawane na równi z brakiem złożenia wyjaśnień. W ten sam sposób powinny być ocenione wyjaśnienia złożone jedynie części. Jednocześnie zarzut podniesiony w odwołaniu, że zamawiający nie jest uprawniony do żądania wyjaśnienia kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty należało uznać za spóźniony wobec czynności wezwania do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia cen 67 pozycji kosztorysu na 430 pozycji ogółem zawartych w kosztorysie, a ich wartość jak wskazywał odwołujący wynosiła 12.845.360,45 zł. Wartość pozycji, które zamawiający uznał za niewyjaśnione wynosi 6,976.466,33 zł. W ocenie Izby jest to wartość znaczna w stosunku do ceny oferty, która może mieć istotne znaczenie z punktu widzenia rzetelności kalkulacji kosztów realizacji zamówienia i w tym zakresie zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego.

W przypadku, o którym mowa w art. 90 ust. 3 Pzp, podstawą odrzucenia oferty jest przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który ma zastosowanie w związku z art. 90 ust. 3, tj. w związku z ustaleniem przez zamawiającego, iż wyjaśnienia co do ceny oferty nie zostały złożone lub zawierają treść potwierdzającą, iż cena oferty powinna być uznana za rażąco niską. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że o rażąco niskiej cenie, stosownie do brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp można mówić wyłącznie w odniesieniu do ceny za cały przedmiot zamówienia, co jednak nie oznacza, że pełna analiza ceny oferty musi obejmować poszczególne elementy oferty składające się na przedmiot zamówienia w kontekście wpływu wysokości cen składowych na wysokość ceny oferty, a w konsekwencji na realną możliwość realizacji zamówienia za określoną kwotę.

Izba stwierdziła, że czynność oceny złożonych przez wykonawców wyjaśnień wykonana przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. art. 7 ust. 1 Pzp.

12

Nie sposób uznać, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego i Konsorcjum Budimex są bardzo zbliżone, co twierdził odwołujący. Konsorcjum Budimex odnosiło się do wszystkich pozycji kosztorysu wskazanych w wezwaniu. Wyjaśnienia w pewnych pozycjach mają podobną lub nawet identyczną treść, jednak pozwalają na ocenę przez zamawiającego wyjaśnień w odniesieniu do konkretnych robót w porównaniu do realiów rynkowych. Brak natomiast odniesienia się przez wykonawcę do większości pozycji wskazanych w wezwaniu uniemożliwia taką analizę w stosunku do oferty odwołującego. Podkreślić należy, że zamawiający nie może według własnego uznania z bardzo ogólnych wyjaśnień wnioskować co do konkretnych cen w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego odwołującego. W tym zakresie konieczne jest oświadczenie wykonawcy. Porównując złożone przez obu wykonawców wyjaśnienia na przykładzie podany przez odwołującego: cena pozycji 37.10 ST-05 Dostawa i montaż Stacji Odwadniającej została wyjaśniona przez Konsorcjum Budimex i wyjaśnienie to zamawiający mógł ocenić jako wiarygodne, natomiast brak wyjaśnienia ze strony odwołującego przypisanego do tej konkretnej pozycji (pomimo, że kwota w tej pozycji jest wyższa niż w ofercie Konsorcjum Budimex) powoduje, iż zamawiający nie może dokonać w ogóle oceny w analogicznym zakresie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

13