Sygn. akt: KIO 916/12

WYROK
z dnia 24 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2012 r. przez wykonawcę **BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: "POL-DRÓG DOLNY ŚLĄSK" S.A, Firma Gotowski Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe Sp. z o.o., ul. Cieśle 44, 56-400 Oleśnica** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysiące złotych zero groszy) uiszczoną przez **BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 916/12

Uzasadnienie

Zamawiający - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest budowa drogi wojewódzkiej Żerniki Wrocławskie - Siechnice (od ronda w ciągu drogi wojewódzkiej nr 395 do drogi krajowej nr 94).Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.11.2011 roku, pod numerem:2011-166703.
W dniu 4 maja 2012 roku odwołujący - BUDIMEX Budownictwo Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu oferty złożonej przez konsorcjum, którego liderem jest firma: POL- DRÓG DOLNY ŚLĄSK S.A.,
2. zaniechaniu ustalenia, czy oferta konsorcjum POL - DRÓG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, o czym Zamawiający przesłał informację odwołującemu w dniu 25 kwietnia 2012 roku.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego wezwania konsorcjum POL- DRÓG do złożenia wyjaśnień, uzasadniających

wysokość zaoferowanej ceny i potwierdzających tym samym, że cena ta nie jest ceną rażąco niską, co jednocześnie narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum POL - DRÓG jako najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu wezwania konsorcjum POL-DRÓG do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia jest budowa drogi wojewódzkiej Żerniki Wrocławskie - Siechnice (od ronda w ciągu drogi wojewódzkiej nr 395 do drogi krajowej nr 94). W ramach zadania przewidziano między innymi wykonanie następujących robót budowlanych:

- jezdnię południową o długości 5002 m,
- jezdnię północną (na odcinku początkowym i końcowym) o długości 765 m,
- przebudowę ul. Kolejowej w Iwinach o długości 476 m,
- przebudowę ul. Zacharzyckiej (droga powiatowa) o długości 210 m,
- ciągi pieszo-rowerowe o długości 5002 m,
- chodniki o długości 515 m,

- ekrany akustyczne o długości 363 m,
- ekrany środowiskowe o długości 285 m,
- obiekty inżynierskie nad liniami PKP w ilości 2 szt.,
- jeden obiekt nad ciekami wodnymi,
- zbiorniki odparowujące w ilości 4 szt.,
- usunięcie kolizji z istniejącą infrastrukturą.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została określona przez zamawiającego na kwotę 73.544.524,59 zł, co po doliczeniu wartości podatku VAT daje kwotę 90.459.765,24 zł. Konsorcjum POL - DRÓG zaoferowało się wykonać tak opisany przedmiot zamówienia za kwotę 62.853.083,14 zł brutto, a więc za niespełna 70% kwoty zakładanej przez Zamawiającego. Jednocześnie różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez konsorcjum POL - DRÓG a ceną oferty zakwalifikowanej na drugiej pozycji listy rankingowej to ponad 4,5 mln złotych brutto, przy czym warto zaznaczyć, iż różnica pomiędzy drugą a kolejną ofertą to zaledwie 150 tys. złotych. Mimo tych znacznych różnic pomiędzy ceną oferty najkorzystniejszej a wartością zamówienia i cenami pozostałych ofert, Zamawiający zaniechał żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu zbadania, czy oferta konsorcjum POL - DRÓG nie zawiera ceny rażąco niskiej.
Już samo zaoferowanie przez Konsorcjum POL - DRÓG ceny ofertowej tak znacznie odbiegającej od szacunkowej wartości zamówienia rodziło po stronie Zamawiającego, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, obowiązek wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp (tak KIO w wyroku z dnia 13.03.2012r., sygn. akt KIO 406/12, KIO w wyroku z dnia 24.02.2012r., sygn. akt KIO 274/12).
Nadto, odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie wątpliwości zamawiającego co do realności ceny zaoferowanej przez konsorcjum POL- DRÓG powinna była wzbudzić cena jednostkowa za wykonanie prac polegających na: „formowanie nasypów z gruntu dowiezionego o wysokości powyżej 3 m" -133.745 m3. Cena jednostkowa za wykonanie tej pozycji to 0,95zł zł/m3. Natomiast cena jednostkowa za wykonanie prac polegających na „formowaniu nasypów z gruntu dowiezionego o wysokości do 3 m" to już 19.54 zł/m3.
W ocenie odwołującego, oczywistym jest, że prac polegających na formowaniu nasypów z gruntu dowiezionego o wysokości powyżej 3 m nie da się wykonać za zaoferowaną przez konsorcjum POL - DRÓG cenę. Powyższą okoliczność potwierdza przedstawiona w załączeniu kalkulacja Odwołującego. W kalkulacji przedstawiono: poz. nr 1 - formowanie materiału nasypowego spycharką, poz. nr 2 - zagęszczenie nasypu, poz. nr 3 - załadowanie materiału oraz przewiezienie na 1km, poz. nr 4 - przewóz materiału na dalsze 3km Kalkulacja zakłada wydobycie materiału /bez kosztu materiału/ oraz jego dowóz z odległości 4km i wbudowanie w miejscu formowania nasypu. Kalkulacja ta nie zawiera kosztów ogólnych, zysku oraz materiału, które to zawsze uwzględniane są w tego typu kalkulacjach.

Wynikający z kalkulacji odwołującego koszt wykonania spornych prac obejmuje więc same koszty bezpośrednie wykonania 1 m3 nasypu i wynosi 15.14 zł/m3. Z przedstawionej analizy wynika więc, że nie ma możliwości wykonania nasypu /nawet z założeniem zerowych kosztów pośrednich i bez zysku oraz z darmowym materiałem/ w podanej przez Konsorcjum POL - DRÓG cenie 0,95zł/m3.
Dodatkowo powyższą okoliczność potwierdza wykonana przez odwołującego analiza kosztów zużycia samego paliwa do sprzętu wykorzystanego przy wykonaniu nasypu, którą odwołujący załączył do odwołania. W ramach kalkulacji kosztów paliwa założono:
- załadowanie materiału,
- transport na budowę,
- formowanie nasypu,
- zagęszczenie nasypu.
Z tej kalkulacji wynika, że koszt samego paliwa wynosi 6, 11 zł/m3.
Uprzedzając ewentualne zarzuty, odwołujący podniósł, że mimo, iż opisana powyżej pozycja, to jedna z wielu pozycji przedmiaru robót a pojęcie „rażąco niskiej ceny" odnoszone jest do ceny globalnej (ceny ofertowej), to jednak, w ślad za wyrokiem KIO z dnia 08.07.2011r., sygn. akt KIO 1372/11, „nie można wykluczyć, iż na gruncie konkretnego stanu faktycznego, w szczególności gdy realizacja zamówienia oparta będzie wyłącznie na cenach jednostkowych zasadnym będzie zweryfikowanie, czy dana cena jednostkowa nie jest rażąco niska". W ocenie odwołującego właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Z analizy dokumentacji technicznej składającej się na SIWZ oraz z analizy kosztorysów ofertowych poszczególnych wykonawców wynika bowiem, iż obok wykonania nawierzchni bitumicznych, drugim pod względem wielkości i wartości zakresem robót jest właśnie wykonanie robót ziemnych. Ową prawidłowość widać także w kosztorysie ofertowym konsorcjum POL - DRÓG, a mianowicie podbudowy i nawierzchnie z mas bitumicznych to 36,28% kosztu wykonania przez Konsorcjum robót drogowych, natomiast roboty ziemne stanowią 23,88% tego kosztu. W ramach robót ziemnych (branża drogowa), zamawiający nakazał wycenić łącznie osiem pozycji, przy czym największy zakres (a co za tym idzie największy koszt) to wykonanie pozycji wskazanych powyżej - „formowanie nasypów z gruntu dowiezionego o wysokości powyżej 3 m" i „formowanie nasypów z gruntu dowiezionego o wysokości do 3 m". W konsekwencji, niedoszacowanie przez konsorcjum POL - DRÓG jednej z najistotniejszych pozycji przedmiaru robót, jest okolicznością, która winna wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do realności całej ceny zaoferowanej przez konsorcjum. Odwołujący podkreślił, iż w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy, co wynika z zapisów § 1 ust. 2 i nast. wzoru umowy, niemniej poszczególne ceny ofertowe mają charakter cen stałych. Nie można więc przyjąć, jak miałoby to miejsce przy cenie ryczałtowej, że pewne koszty bezpośrednie wykonania

prac wskazanych w spornej pozycji zostały uwzględnione w kosztach innych pozycji. Przeciwnie, charakter wynagrodzenia nakłada na wykonawców obowiązek rzetelnego kalkulowania kosztów wykonania poszczególnych prac wskazanych w przedmiarze robót. W razie bowiem zwiększenia się ilości prac w stosunku do ilości zakładanych w przedmiarze robót, co w praktyce nie jest wcale rzadkością, zaniżenie ceny jednostkowej może doprowadzić do takiej sytuacji, że wykonawca nie tylko nie osiągnie zysku na danym kontrakcie, ale i może ponieść straty.
Pismem z dnia 9 maja 2012 roku, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 10 maja, wykonawca - konsorcjum, którego liderem jest POL - DRÓG Dolny Śląsk, wniósł, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 7 maja 2012 roku, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący podniósł, opierając się na opinii UZP, że za ofertę z ceną rażąco niską można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. Tryb wyjaśniania przez zamawiającego ceny rażąco niskiej związany jest z istnieniem wątpliwości w tym zakresie, jeżeli tych wątpliwości brak to zamawiający nie ma obowiązku uruchomienia tej procedury. Na poparcie swojego stanowiska przystępujący powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz wyrok sądu

Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 3/07. Podniósł, że odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, nie jest wystarczające. Samo wskazanie różnic zaoferowanych cen nie dowodzi, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Oceny przesłanek zaoferowania rażąco niskiej ceny należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Ponadto wskazał, że odwołujący nie przedstawił, w myśl art. 6 k.c. dowodu który by w sposób przekonywujący potwierdził fakt, że zaoferowana cena jest rażąco niska.
Odnosząc się do wskazanych przez odwołującego pozycji kosztorysowych dla prac ziemnych, przystępujący wskazał, że sam odwołujący w kalkulacjach załączonych do odwołania opiera się na KNR, tymczasem zamawiający za podstawę wyceny nakazał przyjąć STWiRB i dokumentację techniczną. Generalnie nakłady rzeczowe KNR są zawyżone i nie odzwierciedlają aktualnych technologii wykonawstwa robót. Wyjaśnił, że kalkulację własną ceny przedmiotu zamówienia sporządził biorąc pod uwagę wielkość całego zadania i czasookres jego trwania. Biorąc pod uwagę fakt, że wysokie nasypy (poz. 32 kosztorysu ofertowego) będą wykonywane w terminie późniejszym, część kosztów ich wykonania

umieścił przystępujący w robotach, które będą wykonywane najwcześniej (w przystąpieniu podał odpowiednie pozycje kosztorysu).
Zamawiający, porównując oferty złożone w postępowaniu, słusznie uznał, że różnica między ofertą najtańszą a drugą w kolejności nie jest znacząca, biorąc pod uwagę zakres i przedmiot zamówienia. Różnica w granicach 6% nie udowadnia wystąpienia ceny rażąco niskiej, nie uzasadnia także wezwania do złożenia wyjaśnień.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa drogi wojewódzkiej Żerniki Wrocławskie - Siechnice (od ronda w ciągu drogi wojewódzkiej nr 395 do drogi krajowej nr 94).
Zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 73.544.524,59 zł. Na realizację zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 90 459 765, 24 zł. W postępowaniu wpłynęło 17 ofert, których ceny kształtują się następująco, wg rankingu w jedynym kryterium cena oferty:

1. Konsorcjum: POL-DRÓG DOLNY ŚLĄSK S.A., Firma Gotowski Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe Sp. z o.o. - 62 853 083, 14 zł.
2. Budimex Budownictwo Sp. z o.o. - 67 370 332, 29 zł
3. Erovia Polska S.A. - 67 527 557,08 zł
4. Radko Sp. z o.o. - 69 596 704 zł
5. Mota - Engil Central Europe S.A. - 69 853 003, 25 zł,
6. Max Bogl Polska Sp. z o.o. - 70 754 374, 00 zł
7. Rubau Polska sp. z o.o. - 72 563 850,00 zł
8. Skanska S.A. - 72 945 459,00 zł
9. Karmar S.A. - 73 440 687,64 zł
10. Berger Bau Polska Sp. z o.o., Berger Bau GmbH - 73 469 972 zł
11. Helit+Worner Budowlana Sp. z o.o. - 73 600 819, 69 zł.
12. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., Himmel i Papersch Opole Sp. z o.o. - 75 347 310, 04 zł.
13. Ziajka Zbigniew Przedsiębiorstwo Drogowe, Przedsiębiorstwo Budowlane Filar Sp. z o.o. - 77 544 618, 89 zł
14. Polimex – Mostostal S.A. - 79 793 617, 74 zł
15. Mostostal Warszawa S.A, Accions Infrastructuras S.A. - 82 999 018,55 zł
16. Erbud S.A., M - Silnice A.S. - 83 122 977,99 zł
17. Mirbud S.A. - 91 403 594,30 zł

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący, legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, to jest zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu wezwania do udzielenia wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokość ceny, Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uznanie.
Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie brak ustawowych przesłanek, w jakich sytuacjach zamawiający winien wszcząć procedurę wyjaśnień, określoną w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwa, zamawiający zobowiązany jest wdrożyć procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jedynie wówczas, gdy całokształt zaistniałych okoliczności, w tym przede wszystkim: ceny rynkowe podobnych zamówień, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu oraz wartość szacunkowa, uzasadniają podejrzenie, iż cena oferty, odbiega od realiów rynkowych i nie jest możliwe i realne wykonanie za zaoferowaną cenę całości przedmiotu zamówienia. W związku z brakiem ustawowych przesłanek wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, kwestię tę należy oceniać indywidualnie w każdym przypadku, mając na uwadze charakter i zakres przedmiotu zamówienia.
Wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzedza wstępne badanie, w trakcie którego zamawiający winien stwierdzić czy zaoferowana cena budzi podejrzenia co do jej realności i adekwatności do przedmiotu zamówienia.
W rozpatrywanym postępowaniu wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 73.544.524,59 zł, co po doliczeniu wartości podatku VAT daje kwotę 90.459.765,24 zł. Konsorcjum POL - DRÓG zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 62.853.083,14 zł brutto. Słusznie zatem podnosi odwołujący, że cena oferty odwołującego odbiega w znaczący sposób od ustalonej wartości szacunkowej zamówienia oraz kwoty przeznaczonej na jego realizację. Jednakże analiza cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu wskazuje na tę samą zależność, ceny wszystkich ofert (poza ofertą Mirbud S.A.) w sposób istotny różnią się od wartości szacunkowej zamówienia.

Okoliczność ta, zdaniem Izby, świadczy o tym, że wartość szacunkowa zamówienia została w sposób znaczący zawyżona w stosunku do aktualnych realiów rynkowych i nie może być ona punktem odniesienia przy decyzji zamawiającego o ewentualnym wszczęciu procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc cenę oferty najkorzystniejszej do cen pozostałych ofert zaproponowanych w postępowaniu, należy stwierdzić, że duża grupa wykonawców proponuje wykonanie zamówienia za cenę nie odbiegającą o więcej niż 10% od ceny oferty najkorzystniejszej. Różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez konsorcjum POL - DRÓG a ceną oferty zakwalifikowanej na drugiej pozycji listy rankingowej (oferty odwołującego) to ok. 4,5 mln złotych brutto, co stanowi jedynie 6%. Zatem zasadnym jest stanowisko zamawiającego, że analiza cen zaproponowanych w postępowaniu, które niewątpliwie są odzwierciedleniem aktualnie panujących realiów rynkowych, nie uzasadniała konieczności wszczęcia w stosunku do konsorcjum POL - DRÓG procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że rażąco niską cenę należy odnosić do całkowitej ceny oferty a nie do jej cen jednostkowych. Teza ta jest tym bardziej zasadna w sytuacji, gdy jak twierdzi przystępujący powszechną praktyką przy kalkulowaniu cen ofert jest tzw. „przenoszenie” kosztów prac, które mają być wykonane w terminie późniejszym do pozycji, które będę wykonane wcześniej. Zatem twierdzenie, że niektóre pozycje kosztorysowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia jeszcze tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie stwarza podstaw do zastosowania przepisu art.90 ust. 1 ustawy Pzp. Złożony jako dowód w sprawie raport gospodarczy Infoveriti dotyczący wykonawcy Pol- Dróg Dolny Śląsk, nie może uzasadniać podejrzeń zamawiającego co do zaoferowania ceny rażąco niskiej a informacje w nim zawarte, dotyczące sytuacji gospodarczej wyłącznie jednego z członków konsorcjum, nie mogą stanowić podstawy do wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazał przystępujący informacje

zamieszczone w złożonym przez odwołującego raporcie dotyczą kondycji finansowej wykonawcy (podmiotu), tymczasem kwestię rażąco niskiej ceny należy odnosić do treści oferty, przedmiotu zamówienia.

9

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 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:

……

10