

Sygn. akt: KIO/UZP 1889/10

WYROK

z dnia 16 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia: **Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Ryżowej 43d/3, 02-495 Warszawa (Lider) oraz Alpine Bau GmbH Alte Bundesstrasse 10 A-5071 Wais bei Salzburg, Austria (członek)**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie Ul. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn

protestu z dnia 12 sierpnia 2010 roku

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Pajo Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu przy ulicy Sobieskiego 88m, 62-032 Luboń (lider), DIIPP Autostrady Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Botanicznej 10, 60-586 Poznań (członek), IC Construccion, Ingenieria y Gestion de Obras S.A. Pampeluna (Nawara), Ctra Artica Nr 29, Hiszpania (członek), IC Construction Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Żydowskiej 9, 61-761 Poznań (członek)**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Ryżowej 43d/3, 02-495 Warszawa (Lider) oraz Alpine Bau GmbH Alte Bundesstrasse 10 A-5071 Wais bei Salzburg, Austria (członek)**

I nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia: **Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Ryżowej 43d/3, 02-495 Warszawa (Lider) oraz Alpine Bau GmbH Alte Bundesstrasse 10 A-5071 Wais bei Salzburg, Austria (członek),**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Ryżowej 43d/3, 02-495 Warszawa (Lider) oraz Alpine Bau GmbH Alte Bundesstrasse 10 A-5071 Wais bei Salzburg, Austria (członek)** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie Ul. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Ryżowej 43d/3, 02-495 Warszawa (Lider) oraz Alpine Bau GmbH Alte Bundesstrasse 10 A-5071 Wais bei Salzburg, Austria (członek)**

U z a s a d n i e

Zamawiający **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie ul. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą „*Rozbudowa drogi krajowej nr 16 etap IV na odcinku Biskupiec - Borki Wielkie od km 180+353,17 do km 188+513,69*”, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 grudnia 2009 roku pod numerem 2009/S 232-332314.

6 sierpnia 2010 roku Zamawiający powiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując, iż najkorzystniejsza okazała się Oferta nr 5 z ceną brutto: 149.861.258,35 zł złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pajo Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu przy ulicy Sobieskiego 88m, 62-032 Luboń (lider), DIIPP Autostrady Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Botanicznej 10, 60-586 Poznań (członek), IC Construccion, Ingenieria y Gestion de Obras S.A. Pampeluna (Nawara), Ctra Artica Nr 29, Hiszpania (członek), IC Construction Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Żydowskiej 9, 61-761 Poznań (członek). Zamawiający uzasadnił, iż po przeprowadzeniu oceny ofert najkorzystniejsza okazała się oferta złożona przez wskazanego wyżej Wykonawcę – zawierająca najniższą cenę spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający pismem z 22 lipca 2010 roku (znak: GDDKiA-O/OL-R2-R1-2811-15-23/09/10) wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, zaś Wykonawca ten w wyznaczonym terminie przekazał stosowne wyjaśnienia, które Zamawiający uznał za wiarygodne.

Zamawiający tym samym pismem powiadomił uczestników postępowania przetargowego, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, że odrzucono Ofertę nr 12 złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Ryżowej 43d/3, 02-495 Warszawa (Lider) oraz Alpine Bau GmbH Alte Bundesstrasse 10 A-5071 Wais bei Salzburg, Austria (członek). Zamawiający uzasadnił, iż oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W toku badania i oceny ofert Zamawiający powziął podejrzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę, wobec czego pismem z 22 lipca 2010 r. (znak: GDDKiA-O/OL-R2-R1-2811-15-23/09/10) wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca 26 lipca 2010 r. złożył swoje wyjaśnienia. Po ich analizie Zamawiający stwierdził, że przedstawione wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne i nie odnoszą się do obiektywnych czynników mających wpływ na wycenę. Wykonawca nie

przedstawił żadnych konkretnych argumentów potwierdzających, że zaoferowana cena jest ceną realną Wykonawca stwierdził jedynie, że jego oferta jest „*ofertą zawierającą wiarygodne i realne dane, oparte na rzetelnych, odpowiadających faktycznym i rzeczywistym kosztom materiałów, surowców oraz robocizny. (...) Przyjęta przez nas metoda kalkulacji, w powiązaniu z niskimi kosztami własnymi, m.in. ogólnego zarządu, jak również kosztami pracy oraz minimalna założona marża na przedmiotowym projekcie, daje w efekcie bardzo konkurencyjną ofertę (...)*”. Zamawiający stwierdził, że Wykonawca przez swoje wyjaśnienia nie obalił domniemania, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę, czego konsekwencją jest odrzucenie takiej oferty.

12 sierpnia 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hydrogeo-Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Ryżowej 43d/3, 02-495 Warszawa (Lider) oraz Alpine Bau GmbH Alte Bundesstrasse 10 A-5071 Wais bei Salzburg, Austria (członek) wnieśli protest wobec czynności Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w następującym zakresie: *art. 7 ust. 1 i 3 - poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, art. 89 ust. 1 pkt 4 - poprzez uznanie, że oferta Protestującego zawiera rażąco niską cenę, art. 90 ust.3 - poprzez uznanie wyjaśnień Hydrogeo-Polska S.A. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jako niewystarczających.*

Odwołujący wniósł o *unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty uznanie protestu, unieważnieni czynności odrzucenia oferty Protestującego oraz dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Protestującego.*

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, iż:

W ocenie Protestującego brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty. Protestujący nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazał Odwołujący, iż PZP nie definiuje pojęcia „*rażąco niska cena*”. Odwołał się Odwołujący w swojej argumentacji do Słownika Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik „*rażący*” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. W ocenie Odwołującego oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Zamawiający zwrócił się do Hydrogeo-Polska S.A. i otrzymał wyjaśnienia w terminie łącznie z analizą cen ofert innych uczestników wskazując, iż średnia ważona cen pierwszych pięciu wykonawców jest wyższa od ceny Protestującego o 9%, natomiast średnia cen oferowana w niniejszym postępowaniu przez dziesięciu wykonawców jest wyższa o 16%. Wskazał Odwołujący, iż druga z firm miała cenę wyższą tylko o 2,3% a jej nie postawiono zarzutu jak ofercie Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że w doktrynie przyjmuje się, iż z rażąco niską cenę można mieć do czynienia, gdy cena oferowana jest niższa niż 50% ceny szacunkowej (oferta Hydrogeo-Polska S.A. to 68,49% ceny szacunkowej). Odwołujący wskazała, że na złożone wyjaśnienia składają się niepodzielnie zarówno opis przyczyn, jak i dane liczbowe wynikające z analizy ofert. Ustawodawca nadając wyjaśnieniom udzielonym przez wykonawcę znaczną doniosłość prawną nie ustalił jednocześnie żadnych wymagań dotyczących treści tych wyjaśnień. Zatem wykonawcy pozostawiona została dowolność w tym zakresie. Istotne jest jedynie, by było to wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, przekonujące, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska a składanie dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny nie jest obowiązkiem wezwanego wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie uznając złożonych przez Hydrogeo-Polska S.A. wyjaśnień i dokonując odrzucenia oferty obowiązany jest do dowiedzenia, że (zgodnie klasyczną regułą rozkładu ciężaru dowodu wynikającego z art.6 kc w zw. z art.14 Pzp.), uzyskane wyjaśnienia nie obalają domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej; natomiast Zamawiający nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, iż cena oferty Protestującego jest nierealna w aktualnych warunkach rynkowych, niemożliwa z punktu widzenia logiki, doświadczenia i racjonalności decyzji ekonomicznych, nie uwzględnia w zaoferowanej cenie zwyczajowo branych pod uwagę czynników cenotwórczych i własnego zysku, kosztów wytworzenia. Zamawiający również nie podważył ani jednej pozycji z kosztorysu oferty Odwołującego i nie wykazał aby chociaż jeden element nie był wartością rynkową, ceny jednostkowe były znane Zamawiającemu z oferty Odwołującego.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień wykonawcy, powinien kierować się czynnikami obiektywnymi, które mogą mieć wpływ na wysokość zaproponowanej przez wykonawcę ceny. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, wartość przedmiotu zamówienia, może być punktem odniesienia dla ustalenia, czy zaistniała możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej, jeśli została oszacowana z należytą starannością wymaganą przez art. 32 ust.1 Pzp. (Wyrok z dnia 24.06.201 Or. KIO 1157/10). Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 213.913.043,48 złotych, na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Protestujący zaoferował cenę 146.518.922,76, (68,49% wartości szacunkowej) natomiast najkorzystniejsza oferta, zdaniem Zamawiającego, opiewa na kwotę 149.861.258,35 zł. (niewiele ponad 3 min zł przy wartości szacunkowej ponad 200 min zł). Pozostałe ceny oferowane przez biorących udział w postępowaniu kształtowały się w granicach od 163.508.196,97 zł do 243.756.009,99. Odwołujący uzasadnił, że podnoszona przez Zamawiającego teza, odrzucenia ofert na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 w zw. z art.90 ust.3 Pzp nie znajduje tu zastosowania. Zasady

doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania nie prowadzą do podważenia rzetelności oferty Protestującego. Obserwowanym zjawiskiem na rynku robót budowlanych jest istotna różnica między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia a cenami ofert złożonych w postępowaniach oraz znaczące różnice między cenami złożonych ofert. Źródłem tego drugiego zjawiska są częstokroć, mające istotne znaczenie dla ceny oferty, koszty ogólnego zarządu poszczególnych firm oraz inne koszty w tym szczególności finansowe, narzuty, marże, zakładany poziom zysku itp. Natomiast adresatem dyspozycji art. 90 ust.2 jest Zamawiający a Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach odnosić się wprost do taksatywnego katalogu zawartego w przywołanym przepisie. Wykonawcom wolno wskazać dowolne czynniki wskazujące na rzetelną kalkulację ceny ofertowej. Kalkulacja Odwołującego daje się weryfikować i Zamawiający mógł jej dokonać, a nie poprzestać na stwierdzeniu, że wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne i nie odnoszą się do obiektywnych czynników.

W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego, ze stwierdzeń Zamawiającego nie należy wywodzić negatywnych skutków dla Hydrogeo-Polska S.A. Uzyskanie niższych cen realizacji zamówienia w stosunku do wartości szacunkowej nie może stanowić okoliczności przesądzającej, że zaoferowana cena stanowi rażąco niską cenę. Odwołujący wskazał, że nie nastąpiło naruszenie art. 89 ust.1 pkt4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy Pzp.

19 sierpnia 2010 roku do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pajo Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu przy ulicy Sobieskiego 88m, 62-032 Luboń (lider), DIIPP Autostrady Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Botanicznej 10, 60-586 Poznań (członek), IC Construccion, Ingenieria y Gestion de Obras S.A. Pampeluna (Nawara), Ctra Artica Nr 29, Hiszpania (członek), IC Construction Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Żydowskiej 9, 61-761 Poznań (członek) wnosząc o oddalenie protestu jako bezzasadnego w całości wskazali, iż posiadają interes prawny w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, bowiem oferta złożona przez przystępującego została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Natomiast uwzględnienie przez Zamawiającego protestu mogłoby skutkować ponowną oceną złożonych ofert i wyborem oferty innej niż oferta przystępującego.

23 sierpnia 2010 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu rozstrzygnięcie protestu wniesionego przez Odwołującego; Zamawiający oddalił protest w całości z następującym uzasadnieniem:

- w zakresie Zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz art. 90 ust. 3 poprzez uznanie wyjaśnień Hydrogeo w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jako niewystarczających Zamawiający wskazał, że wezwał Odwołującego pismem z 22 lipca 2010 roku do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, tym samym działał zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy wskazał w wezwaniu, że przy ocenie wyjaśnień Wykonawcy będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, oryginalność projektów Wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający powołał się na orzecznictwo wykazując, iż wystąpienie do Wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie zaproponowania ceny rażąco niskiej, a wyjaśnienia Wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. Jednocześnie Zamawiający podniósł, że Odwołujący powołując się na orzecznictwo świadomy był, że złożone wyjaśnienia muszą być odpowiednio umotywowane, przekonujące, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska. Odwołujący 26 lipca 2010 roku złożył wyjaśnienie a Zamawiający po ich analizie stwierdził, że przedstawione wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne i nie odnoszą się do obiektywnych czynników mających wpływ na wycenę. Wykonawca nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów potwierdzających, że zaoferowana cena jest ceną realną. Poprzestał jedynie na ogólnych stwierdzeniach (pasujących do każdego postępowania przetargowego) dotyczących np. niskich kosztów zarządu oraz minimalnej nałożonej marży. Zamawiający nie uznał za wskazania Odwołującego za czynniki obiektywne, charakterystyczne dla konkretnego postępowania przetargowego, uznając iż jest to ogólna strategia działania przedsiębiorców. Wykonawca, dowodząc Zamawiający, w swoich wyjaśnieniach zobowiązany jest wskazać konkretne czynniki (przykładowo wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) dzięki którym może zaoferować konkurencyjną (niską) cenę ofertową. Odwołujący wskazywał w proteście, że różnice między cenami złożonych ofert wynikają z tego, iż firmy przy sporządzaniu ofert różnie kształtują swoje koszty finansowe, narzuty, marże, zakładany poziom zysku. Zamawiający oczekiwał wyjaśnień odnoszących się np. do wskazanych wyżej czynników. Zamawiający uzasadnił, iż za całkowicie błędne należy uznać podniesione w proteście twierdzenie, że Zamawiający nie wykazał, aby chociaż jeden element kosztorysu nie był wartością rynkową - powołał się Zamawiający na orzeczenie Sądu Okręgowego (sygn. akt II Ca 425/04), iż przy ocenie zaistnienia rażąco niskiej ceny

Zamawiający bierze pod uwagę cenę całkowitą (cenę ofertową) i nie może analizować poszczególnych cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego;

- w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał, iż w postępowaniu nie zaistniały przesłanki naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Wykonawcy co do których Zamawiający powziął podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny (tj. oferty nr 5, 6, 12 i 13), zostali wezwani, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny. Wszyscy Wykonawcy, za wyjątkiem Odwołującego, złożyli rzeczowe i przekonujące wyjaśnienia. W ocenie Zamawiającego wskazuje to, że Zamawiający w jednakowy (równy) sposób postąpił wobec Wykonawców i nie naruszył zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji.

1 września 2010 roku Odwołujący złożył do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych odwołanie Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1, pkt. 4), art. 90 ust. 3, art. 91 ustawy, co jest uzasadnione podtrzymaniem dotychczasowych zarzutów złożonego protestu względem procesu badania i braku oceny oferty Odwołującego oraz wskazania wadliwego wyniku postępowania. Odwołujący podtrzymuje zarzut podniesiony w proteście dotyczący czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania przetargowego, mianowicie: badania ofert - poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z postępowania skutkiem rażąco niskiej ceny, oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego nie podlega punktacji (ocenie) ofert, a oferta podnoszona podlega ocenie, wskazania wyniku postępowania na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Odwołujący utrzymał argumentację zawartą w proteście dodając, iż Zamawiający nie podał żadnego faktycznego uzasadnienia danego oddalenia, co może jedynie świadczyć o braku argumentów merytorycznych oraz zamierzonym od samego początku, odrzuceniem oferty Odwołującego, która zajmuje 1 miejsce w cenie jako jedynym kryterium oceny ofert.

Odwołujący podnosi, iż faktem bezspornym jest, że Zamawiający wadliwie zastosował przepis

art. 90 ustawy i popełnił wadliwą czynność w chwili wzywania Odwołującej do wyjaśnienia ceny oferty, co Odwołujący oparł na orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający nie udowodnił, że cena jest rażąco niska, co więcej przyjął ofertę tylko o 2,3% droższą od Odwołującej i nie odrzucił jej za rażąco niską cenę, czym złamał podstawową zasadę równego traktowania art. 7 ustawy. Konsekwencją wadliwych czynności Zamawiającego jest wskazanie wadliwego wyniku postępowania, wybór oferty ok. 3.342.000,00 zł droższej od oferty Odwołującego. Odwołujący uzasadnia, iż narusza to przepisy ustawy Finansach Publicznych w zakresie marnotrawienia środków publicznych i pieniędzy podatników o

wskazaną kwotę w dobie kryzysu finansów publicznych Państwa; narusza zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawymi wymogami Zamawiającego oraz narusza zasadę obiektywizmu i bezstronności.

Odwołujący argumentował również, że z chwilą wejścia do Unii Europejskiej (UE) z dniem 01 maja 2004, władze Polski zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań prowadzących do przeciwdziałania udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu w konsekwencji naruszenia przepisów PZP, musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania, powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do oferty Odwołującego oraz równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

8 września 2010 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pajo Sp. z o.o. z siedzibą w Luboniu przy ulicy Sobieskiego 88m, 62-032 Luboń (lider), DIIPP Autostrady Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Botanicznej 10, 60-586 Poznań (członek), IC Construcccion, Ingenieria y Gestion de Obras S.A. Pampeluna (Nawara), Ctra Artica Nr 29, Hiszpania (członek), IC Construction Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Żydowskiej 9, 61-761 Poznań (członek) wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego w całości wskazali, iż posiadają interes prawny w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, bowiem oferta złożona przez przystępującego została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Natomiast uwzględnienie odwołania mogłoby skutkować ponowną oceną złożonych ofert i wyborem oferty innej niż oferta przystępującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, w dniu 27 listopada 2009 roku to jest przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania załączonej do akt sprawy i przedłożonej przez Zamawiającego w toku rozprawy do wglądu Izby w oryginale, w tym przede wszystkim z treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ oraz ofert złożonych w postępowaniu, w tym z oferty Odwołującego oraz z protokołu postępowania, jak też z pisma Zamawiającego z 22 lipca 2010 roku stanowiącego wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i pisma Odwołującego złożonego 26 lipca 2010 roku, zawierającego te wyjaśnienia oraz pismo przystępującego złożonego 27 lipca 2010 roku zawierającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również z oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej na piśmie oraz ustnie do protokołu oraz dowody przedłożone przez strony na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z dokumentacją postępowania przedstawioną przez Zamawiającego, szacunkowa wartość zamówienia została ustalona 21 sierpnia 2009 roku na kwotę 289 308 624,38 zł netto na podstawie wstępnego kosztorysu inwestorskiego (druk ZP-1).

Zamawiający podał, iż na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 213 913 043,48 zł brutto (druk ZP-1).

W postępowaniu zostało złożonych 13 ofert (po poprawkach w cenach):

Oferta nr 1 - Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. Ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki

zaoferowana cena: 236 060 288,54 zł brutto

Oferta nr 2 - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie Ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków

zaoferowana cena: 175 404 597,46 zł brutto

Oferta nr 3 – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- BUDIMEX S.A., Ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa – LIDER
- FERRON/IAL AGROMAN S.A., Campo de las Nciones, Rlbera del Loira 42, 28042 Madryt, Hiszpania

zaoferowana cena: 181 369 025,19 zł brutto

Oferta nr 4 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- MSF - MONIZ DA MAIA, SERyRA & FORTUNATO - EMPREITEIROS, S.A. z siedzibą w Lizbonie, Av. Columbano Bordaio Pinheiro Nr 52, Portugalia
- MSF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 15, 00-828 Warszawa
- Warmińsko-Mazurskie Przedsiębiorstwo Drogowe Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Gutkowo 49, 11-041 Olsztyn

zaoferowana cena: 218 794 429,55 zł brutto

Oferta nr 5 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- Pajo Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 88m, 62-032 Luboń – Lider
- DIIPP Autostrady Sp. z o.o., ul. Botaniczna 10, 60-586 Poznań,
- IC Construccin, Zngenieria y Gestion de Obras S.A, Pampeluna (Nawara), Ctra Artica Nr 29, Hiszpania
- IC Construction Polska Sp. z o.o., ul. Żydowska 9, 61-761 Poznań

zaoferowana cena: 149 861 258,35 zł brutto

Oferta nr 6 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice,
- Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółka Akcyjna, ul. Krańcowa 7, 21-100 Lubartów,
- Zakład Robót Mostowych „MOSTMAR” Marcin i Grzegorz Marcinków Spółka Jawna, Zarzecze, Łęgowa 1, 34-326 Pietrzykowice
- Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe Międzyrzecz Podlaski S.A. ul. Radzyńska 11, 21-560 Międzyrzecz Podlaski

zaoferowana cena: 163 508 196,97 zł brutto

Oferta nr 7 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- EUROVIA POLSKA S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce – Lider
- WARBUD S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa
- EUROVIA CS, a.s., Narodni 10, 113 19 Praga 1, Czechy
- EUROVIA Verkehrsbau Union GmbH, Frank - Zappa - StraSe 11, 12681 Berlin, Niemcy

zaoferowana cena: 199 986 204,66 zł brutto

Oferta nr 8 - SIAC Construction Ltd Dolcian House Monastery Road, Clondalkin Dublin 22, Irlandia

zaoferowana cena: 243 756 009,99 zł brutto

Oferta nr 9 – NDI SA ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot

zaoferowana cena: 192 448 288,96 zł brutto

Oferta nr 10 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- SANDO BUDOWNICTWO POLSKA Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa – Lider
- CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGEZ-SANDO S.A., Avda. Manoteras 46 1ª Planta, 28050 Madrid,

zaoferowana cena: 184 623 455,34 zł brutto

Oferta nr 11 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Budownictwa Spółka z o.o. ul. Cementowa 3, 10-429 Olsztyn – Lider

- POLBUD-POMORZE Sp. z o.o. z siedzibą w Łącko 18, 88-170 Pakość,
- INTOP Warszawa Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 108, 02-952 Warszawa,
- INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 145M, 39-400 Tarnobrzeg,
- Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Mostów i Robót Inżynieryjnych BUDROMOST Sp. z o.o., Górka 3d, 14-100 Ostróda

zaoferowana cena: 207 704 150,29 zł brutto

Oferta nr 12 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- HYDROGEO - POLSKA S.A., Ul. Ryżowa 43 Dm.3, 02-495 Warszawa
- ALPINE Gau GmbH, Alte Bundesstrasse 10, A-5071 Wais bei Salzburg, Austria

zaoferowana cena: 146 518 922,76 zł brutto

Oferta nr 13 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- POLDIM Spółka Akcyjna, ul. Kochanowskiego 37A, 33-100 Tarnów - Lider,
- AB Kauno tiltal, Ateitles pl.46, 52-105 Kowno, Litwa,
- Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o., ul. Produkcyjna 102, 15-680 Białystok,
- POLDIM - Mosty Sp. z o.o., ul. Miedziana 15, 40-321 Katowice

zaoferowana cena: 165 673 527,63 zł brutto

Zamawiający w wyniku powzięcia wątpliwości wezwał 4 wykonawców, których oferty były najtańsze i oscylowały w granicach 73 % wartości szacunkowej zamówienia (stanowiły odpowiednio: 68%, 70%, 76% i 77% wartości szacunkowej zamówienia) do złożenia wyjaśnień – wezwania do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny zostały przekazane wykonawcom, w tym Odwołującemu 22 lipca 2010 roku (kopia wezwania w aktach sprawy).

W oparciu o dokumentację postępowania ustalono, że w udzielonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 26 lipca 2010 roku wyjaśnieniach dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ustalonej ceny ofertowej wskazał on na następujące okoliczności:

- 1) Odwołujący wskazał, iż poszczególne ceny składowe wyszczególnionych robót, będące elementem składowym ceny ostatecznej, mają swoje odniesienie do innych prac i robót wykonywanych przez Odwołującego lub poszczególnych jego uczestników;
- 2) Odwołujący podał, iż konkurencyjna cena wynika z przyjętej metodologii kalkulacji, w powiązaniu z niskimi kosztami własnymi (m. in. ogólnego zarządu), kosztami pracy oraz minimalną założoną marżą na przedmiotowym zamówieniu;

- 3) Odwołujący wskazał, iż firmy tworzące konsorcjum w swoich zasobach posiadają materiały i surowce niezbędne do realizacji zamówienia a także stosują nowe techniki zakupowe oraz organizacyjne a także logistykę pracy a także posiadają dostęp do materiałów o relatywnie niskich cenach; Konsorcjum posiada zagwarantowany dostęp m. in. do kopalni pisaku i żwiru zlokalizowanej w bliskiej odległości od podlegającej przebudowie drogi;
- 4) Odwołujący argumentował, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny” – biorąc jako podstawę wykładnię językową w oparciu o Słownik Języka Polskiego PWN „rażący” to dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny; oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną a zaniżaną cenę należy odnieść do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości;
- 5) Odwołujący podniósł, że samo porównanie wartości przedmiotu oraz ceny zawartej w ofercie wykonawcy, która znacznie odbiega od wartości szacunkowej nie uprawnia Zamawiającego do odrzucenia oferty tego wykonawcy, tak więc uzyskanie zdecydowanie niższych cen realizacji zamówienia w stosunku do wartości szacunkowej nie może stanowić okoliczności przesądzającej, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną;
- 6) Odwołujący wskazał, iż nie jest uprawnione twierdzenie Zamawiającego, że cena zaoferowana przez Odwołującego odbiega od średniej cen oferowanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż średnia ważona cen pierwszych pięciu wykonawców jest wyższa od oferowanej ceny Odwołującego o 9%, średnia cen oferowanych przez dziesięciu wykonawców jest wyższa o 16 %, a dla porównania druga w kolejności oferta miała cenę wyższą od oferty Odwołującego o 2,3 %.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że wyjaśnienia, udzielone na wezwanie Zamawiającego - której to czynności Odwołujący nie kwestionował w trybie odrębnego postępowania z użyciem środków ochrony prawnej, są mało wiarygodne i lakoniczne. Analizując ich treść w żaden sposób nie można stwierdzić, że wskazane przez Odwołującego okoliczności stanowią obiektywne czynniki, szczególnie dla tego konkretnie wykonawcy, który się na nie powołuje. Stosownie natomiast do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający, dokonując oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, bierze pod uwagę różne czynniki – te przykładowo wskazane w przywołanym przepisie, jak i inne tam niewymienione – istotnym jest natomiast to, aby owe czynniki miały charakter obiektywny i były dostępne dla tego konkretnego wykonawcy.

Wskazanie przez Odwołującego na inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno w złożonym na rozprawie wykazie jak i powoływanie się na doniesienia prasowe w przedmiocie, że szacunkowe wartości zamówienia są zawyżane w stosunku do realnych wartości tego zamówienia jest okolicznością, która nie jest przesłanką mającą istotne znaczenie w rozpatrywanej sprawie.

Wskazana w wyjaśnieniach z dnia 26 lipca 2010 roku okoliczność, mianowicie, iż poszczególne ceny składowe wyszczególnionych robót, będące elementem składowym ceny ostatecznej, mają swoje odniesienie do innych prac i robót wykonywanych przez Odwołującego lub poszczególnych jego uczestników w ocenie składu orzekającego Izby – z racji na duży stopień ogólności wykazywanej okoliczności - nie może zostać uznany za obiektywny i wiarygodny czynnik pozwalający na uznanie, że zaproponowana w ofercie cena w sposób rażący nie odbiega od cen rynkowych i nie jest nierealna.

Za wiarygodne nie może być również uznane przez Izbę ogólne stwierdzenie Odwołującego, iż konkurencyjna cena wynika z przyjętej metodologii kalkulacji, w powiązaniu z niskimi kosztami własnymi (m. in. ogólnego zarządu), kosztami pracy oraz minimalną założoną marżą na przedmiotowym zamówieniu, posiadanych materiałach i surowcach niezbędnych do realizacji zamówienia oraz stosowania nowych technik zakupowych oraz organizacyjnych, logistykę pracy a także posiadania dostępności do materiałów o relatywnie niskich cenach - Konsorcjum posiada zagwarantowany dostęp m. in. do kopalni piasku i żwiru zlokalizowanej w bliskiej odległości od podlegającej przebudowie drogi.

Niezrozumiała również w tym zakresie jest sama chęć porównania przez Odwołującego złożonej przez siebie oferty z ofertami innych wykonawców. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, przy ocenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny Zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki dostępne dla tego konkretnego wykonawcy, którego cena ofertowa jest weryfikowana. Nie ma więc potrzeby w tym zakresie sięgania do innych ofert. Odwołujący bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Takich okoliczności w swoich wyjaśnieniach Odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Tym samym – w ocenie składu orzekającego Izby – zgodnie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący skutecznie nie obalił domniemania o rażąco niskiej cenie, postawionego przez Zamawiającego poprzez skierowanie do Odwołującego wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny ofertowej tego wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....