

Sygn. akt: KIO 2563/10

WYROK
z dnia 7 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Mateusz Michalec

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 26 listopada 2010 r. przez wykonawcę: **BUDIMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich ul. Szczecińska 31, 75-122 Koszalin.**

Przy udziale wykonawcy konsorcjum firm: **PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. (lider), Henryk Mazur MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych ul. Górna 2/1, 72-200 Nowogard**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania w kwocie 20 000,00 zł. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego: BUDIMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.**
- 3. Zasądza od odwołującego: BUDIMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa na rzecz Województwa Zachodniopomorskiego - Zachodniopomorskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich ul. Szczecińska 31, 75-122 Koszalin kwotę 3 600,00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.**

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 107 na odcinku Dziwnówek - Kamień Pomorski,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej Nr 2010/S 180-274372 z 16.09.2010r.), w dniu 26 listopada 2010 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w formie pisemnej złożone przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, z kopią przekazaną w tym samym terminie zamawiającemu.

Wniesienie odwołania nastąpiło wskutek powiadomienia odwołującego w dniu 17 listopada 2010 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. (lider) oraz Henryka Mazura prowadzącego działalność pod firmą MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych z siedzibą w Szczecinie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Województwu Zachodniopomorskiemu - Zachodniopomorskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Koszalinie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r, poz. 759 ze zm.) tj:

1) art. 26 ust 3 ustawy Pzp przez bezzasadne uznanie, iż oferta złożona przez konsorcjum firm: PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. oraz Henryk Mazur MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych (zwane dalej „konsorcjum”) jest ofertą zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku;

2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez bezzasadne uznanie, iż oferta złożona przez konsorcjum firm: PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. oraz Henryk Mazur MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych nie jest ofertą z rażąco niską ceną, a w rezultacie zaniechanie wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego;

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wskutek zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz do wyjaśnień wykonawcy, który złożył ofertę, zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3) wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie wiedzy i doświadczenia,

4) wezwania konsorcjum do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty.

Odwołujący podnosił, że złożył ofertę drugą pod względem oceny, zatem w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, po dokonaniu przez zamawiającego zaniechanych czynności, będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, czym uzasadniał naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, iż jednym z warunków udziału w postępowaniu określonym przez zamawiającego w pkt 11.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia było posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w postaci wykonania:

a) jednej lub dwóch robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o łącznej wartości brutto min. 35 mln zł,

b) jednej lub dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie kanalizacji deszczowej lub ściekowej o łącznej wartości brutto min. 3 mln zł.

Zdaniem odwołującego, tylko drugi warunek został przez wybrane konsorcjum spełniony, ponieważ partner firma: MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych w Szczecinie wykazała wykonanie odpowiednich robót oraz przedstawiła referencje.

Odwołujący zakwestionował natomiast spełnienie warunku pierwszego. Uzasadniając swoje stanowisko okolicznością, iż konsorcjum na stronie 88 oferty wykazało wykonanie 2 robót o łącznej wartości przekraczającej próg wyznaczony przez zamawiającego, jednak pierwsza z robót była „remontem nawierzchni polegającym na wzmocnieniu nawierzchni drogi,” nie zaś „przebudową drogi.” Odwołujący podnosił, iż nie są to roboty tożsame z przebudową. Powoływał się na treść przedstawionych referencji. Referencje pierwszej z robót - remontu zawierają jedynie kilka pozycji, zaś w stosunku do drugiej roboty, którą odwołujący przyznał jako przebudowę, wykazano bardzo szeroki zakres robót. Odwołujący przytoczył definicję art. 3 ust. 7 a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.), że przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego.

W przekonaniu odwołującego, wykazane w referencjach odnoszących się do pierwszej roboty - odwodnienie drogi czy frezowanie, nie mogą zostać uznane za przebudowę, gdyż nie zmieniają parametrów drogi. Stąd wywodził, że w zakresie doświadczenia warunek postawiony przez zamawiającego przez wybrane konsorcjum nie został spełniony.

Wskazał również, że wybrane konsorcjum, celem wykazania spełniania warunków, powołało się na doświadczenie podmiotu trzeciego (POL-DRÓG Człuchów Spółka z o.o.), który legitymuje się wykonaniem roboty o odpowiednim zakresie i wartości. Skoro konsorcjum

powołało się na potencjał podmiotu trzeciego, tym samym w ocenie odwołującego, potwierdziło, że roboty przez nie wykonane nie spełniają warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast firma POL-DRÓG Człuchów Spółka z o.o. nie zobowiązała się do wykonania zamówienia wraz z konsorcjum, a w szczególności nie została przedstawiona jako podwykonawca robot. Odwołujący powołał się na linię orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki sygn.: KIO 1588/10, 1596/10, KIO 1435/10), a także na opinię Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17.04.2010 r., iż takie posłużenie się potencjałem podmiotu trzeciego w postaci doświadczenia jest niedopuszczalne w świetle ustawy Pzp. Przy wykorzystaniu doświadczenia podmiotu trzeciego niezbędne jest wykonywanie przez ten podmiot przedmiotu zamówienia na zasadzie podwykonawstwa. Zgodnie z art. 647 § 1 ustawy - Kodeks cywilny - roboty budowlane są realizowane osobiście przez wykonawcę lub za pomocą podwykonawców. Nie jest możliwe udostępnienie zasobów przedsiębiorstwa w postaci doświadczenia bez osobistego uczestnictwa w realizacji zamówienia, w szczególności w postaci podwykonawstwa. Odwołujący argumentował, iż doświadczenie jest niezbywalnym elementem przedsiębiorstwa i nie sposób użyczyć go w prosty sposób, tak jak na przykład w przypadku udostępnienia maszyn budowlanych czy kadry pracowniczej. Wykonawca nie może powoływać się na doświadczenie podmiotów trzecich, tylko z tego powodu, że taki podmiot udziela mu upoważnienia do dysponowania jego doświadczeniem nabytym wyłącznie przez ten podmiot przy realizacji skonkretyzowanych inwestycji.

Z przytoczonych powyżej okoliczności odwołujący wywiódł, iż obowiązkiem zamawiającego było wezwanie konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazanego doświadczenia zawodowego. Przedstawione referencje, zdaniem odwołującego zaświadczenia, iż jedna z wykonanych robót nie była przebudową a jedynie remontem. Zaś powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego było nieprawidłowe.

Odwołujący zarzucił, iż brak wezwania do uzupełnienia dokumentu jest czynnością sprzeczną z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zamawiający w oparciu o powyższy przepis ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia dokumentu w sytuacji, gdy nie został on złożony wraz z ofertą.

Ponadto odwołujący podnosił, iż oferta wybranego konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, w związku z czym przypisał zamawiającemu naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania konsorcjum do wyjaśnień w tym zakresie. Przytoczył postanowienia pkt. 22.1 SIWZ ustalające jedynym kryterium oceny cenę oferty (100%). Nadmieniał, iż zamawiający podał szacunkową wartość zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu w wysokości 44 017 451,76 zł. brutto. W dniu otwarcia ofert 26 października 2010 r. zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia - 38 070 556,00 zł brutto. Konsorcjum,

którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wyceniło wykonanie przedmiotu zamówienia na kwotę 35 295 699,85 zł. brutto. Odwołujący, zajmujący drugą pozycję po ocenie ofert, złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 42 060 242,35 zł. brutto. Zajmujący trzecią pozycję wykonawca, konsorcjum STRABAG Sp. z o.o., złożył ofertę realizacji przedmiotu zamówienia za cenę 42 479 077,90 zł. brutto.

Przytoczone okoliczności przywiodły odwołującego do wniosków, iż cena zaproponowana przez wybrane konsorcjum jest rażąco niską, bowiem jak wynika z powyższego, cena oferty najkorzystniejszej jest o około 8 % niższa w stosunku do zadeklarowanej przez zamawiającego kwoty przeznaczonej na zamówienie (ceny brutto) oraz o około 25% niższa od szacunkowej wartości zamówienia przedstawionej w ogłoszeniu.

W ocenie odwołującego, cena oferty konsorcjum nie mieści się w przyjętej i dopuszczalnej granicy zróżnicowania cen ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców i jako taka stanowi przejaw niepożądanego również w dziedzinie zamówień publicznych naruszenia uczciwej konkurencji. Porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu wskazuje, iż cena oferty najkorzystniejszej odbiega znacznie od cen pozostałych ofert, a w szczególności odwołujący zauważył, że różnica w stosunku do drugiej w rankingu ceny oferty, tj. oferty odwołującego wynosi około 19%, zaś w stosunku do trzeciej około 20%. Ceny ofert konkurencyjnych w stosunku do oferty najkorzystniejszej plasują się natomiast na podobnym poziomie. W tym kontekście wybranie przez zamawiającego oferty o około 19 % tańszej niż oferta odwołującego i ok. 25 % tańszej w stosunku do szacowanej wartości przedmiotu zamówienia, stanowiło podstawę zarzutu rażąco niskiej ceny i zaniechania wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący przytoczył poglądy doktryny i orzecznictwa, iż rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealistyczna, niepozwalająca na zrealizowanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty, która nie pokrywa kosztów wykonania zamówienia, przez co budzi wątpliwości, co do zgodności z zasadami konkurencji oraz co do możliwości należytego spełnienia świadczenia. Odwołujący ponowił twierdzenia, że cena oferowana przez konsorcjum jest ceną niewiarygodną, odbiegającą od cen ofertowych innych wykonawców, na czym oparł swój pogląd, że realizacja przedmiotowego zamówienia będzie odbywała się poniżej kosztów wytworzenia roboty budowlanej i jest ceną nierzetelnie skalkulowaną, co nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Wskazywał dalej, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty, pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT. Odwołujący podnosił, że cena ofertowa zaproponowana przez konsorcjum jest ceną niższą od wyceny zamawiającego oraz jest ceną nieporównywalną w cenami innych wykonawców, co dowodzi, iż nie ma mowy w tym przypadku o dokonaniu błędnej wyceny

wartości zamówienia przez zamawiającego.

Dodatkowo odwołujący zarzucał nierzetelne sporządzenie kalkulacji ceny. Mianowicie wskazywał, iż w ofercie konsorcjum, w załączniku 1.5 „Przedmiar robót,” dokonano niewłaściwych obliczeń. Szereg pozycji: nr 74, 77, 80, 85, 89, 98,107,116,125,134, 87, 96, 123, 132, 150, 179, 182, 183, 1940, w cenach jednostkowych zawierają ceny niższe niż wykazane w załączniku nr 1.6. „Wykaz stawek i narzutów.” Konsorcjum zadeklarowało ceny za konkretne czynniki produkcji, a następnie przy wycenie pojedynczych robót zastosowało inne, niższe ceny. W przekonaniu odwołującego, niektóre z robót zostały wycenione w ogóle poniżej cen czynników produkcji, inne zaś, określono na takim poziomie, że na koszty pośrednie oraz zysk kalkulacyjny pozostały bardzo niskie sumy. Zaznaczał, iż koszty zakupu, koszty pośrednie oraz zysk kalkulacyjny były obowiązkowymi do określenia w „Wykazie stawek i narzutów pozycjami,” a konsorcjum wskazało stałe stawki dla tych pozycji. Zdaniem odwołującego, wynikiem takiego działania konsorcjum było zaniżenie cen niektórych robót, przez nieuwzględnienie kosztów pośrednich oraz kosztów kalkulacyjnych, a także deklaracja wykonania niektórych robót poniżej kosztów czynników produkcji.

Odwołujący dla uzasadnienia swoich twierdzeń, iż wybrane konsorcjum w sposób nierzetelny wykonało kosztorysy ofertowe w oparciu o przedmiary podał co następuje. W przedmiarze robót w załączniku nr 1.5.3. Branża sanitarna, konsorcjum w wielu miejscach w rubryce „ceny jednostkowe” wstawiło wartość „1.” Zdaniem odwołującego, nie ulega wątpliwości, że cena „1” nie uwzględnia kosztów robocizny, transportu, kosztów zakupu. Nie jest bowiem możliwe wykonanie takich robót jak „wykonanie wykopów w gruncie kat. II-III z transportem urobku w miejsce wybrane przez wykonawcę” czy „podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich z dodatkiem cementu o grubości 20 cm” za cenę jednostkową 1 zł. Podkreślił, iż jednostkowa cena „1” została wskazana aż w 87 pozycjach kosztorysu dla „Branży sanitarnej.”

Dalej odwołujący argumentował, iż wskazane rozbieżności mają kluczowe znaczenie, ponieważ na podstawie przedmiaru robót przedstawiono Zestawienie Wycenionych Przedmiarów Robót i wyliczono cenę zamówienia, co oznacza że konsorcjum błędnie wyliczyło cenę, jednocześnie ją zaniżając. Dodatkowo wskazywał, iż zgodnie z § 3 pkt 3 Wzoru umowy załączonego do SIWZ, „Wynagrodzenie o którym mowa w ust.1, stanowić będzie iloczyn ilości jednostek obmiarowych robót odebranych i cen jednostkowych wskazanych w wycenionym przedmiarze robót powiększonej o kwotę podatku od towarów i usług VAT. Wynika z tego, że wyceniony przez wykonawcę przedmiar robót jest podstawą wypłaty wynagrodzenia. Zaniżenie cen poszczególnych pozycji, jest więc bezpośrednio związane z faktem, iż oferta zawiera cenę rażąco niską.

Odwołujący podkreślał, iż powyżej przedstawione błędy w przedmiarze robót wybranego wykonawcy nie mają charakteru oczywistych omyłek, zatem nie mogły być poprawione. W celu

ich poprawienia zamawiający musiałby się zwrócić do konsorcjum o wskazanie prawidłowych cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach, co nie jest w świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszczalne, gdyż stanowiłoby to niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty.

Odwołujący utrzymywał, iż w zaistniałej sytuacji zamawiający winien wystąpić w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca zaś powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i winien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę (wyrok KIO z 26.01.2010, sygn. akt KIO/UZP 1701/10). W tym celu powinien złożyć wyczerpujące wyjaśnienia, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wskazywał, iż wykonawca powinien udowodnić realność zaoferowanej ceny (wyrok KIO z 16.03.2010, sygn. akt KIO/UZP 166/09). Odwołujący podtrzymał zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w zakresie oferty zawierającej rażąco niską cenę, pomimo, iż zachodziły wszelkie przesłanki wskazujące na konieczność wezwania do wyjaśnień.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 29 listopada 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem złożonym bezpośrednio w siedzibie Izby w dniu 2 listopada 2010 r, przystąpił po stronie zamawiającego wybrany wykonawca konsorcjum: PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. oraz Henryk Mazur - MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich, z kopią pisma przekazaną stronom postępowania, uznając zarzuty sformułowane przez odwołującego za bezzasadne. Wskazał, iż posiada interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, ponieważ ubiega się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, jako wykonawca który złożył najkorzystniejszą ofertę, a w przypadku uwzględnienia odwołania złożonego przez odwołującego utraci możliwość realizacji zamówienia i związanych z tym korzyści. Przystępujący powołał się na interes prawny w tym, aby odwołanie zostało odrzucone, ewentualnie rozstrzygnięte merytorycznie przez oddalenie zarzutów odwołującego jako bezzasadnych i utrzymanie w mocy czynności zamawiającego o uznaniu oferty konsorcjum przystępującego za najkorzystniejszą.

Przystępujący wnosił o:

- 1) oddalenie odwołania jako oczywiście nieuzasadnionego,
- 2) utrzymanie w mocy legalnej czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej i uznaniu za taką oferty przystępującego

W uzasadnieniu swego stanowiska, za całkowicie bezpodstawny uznał zarzut odwołującego jakoby nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania doświadczeniem w postaci wykonania jednej lub dwóch robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o łącznej wartości

minimum 35 milionów zł. Zaprzeczył twierdzeniom, ażeby wykonanie zamówienia „Wzmocnienie nawierzchni drogi krajowej nr 6 na odcinku Pniewo-Rymań od km 79+100 do km 86+750” było remontem a nie przebudową drogi. Zgodnie z § 10 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie droga powinna posiadać w szczególności: jezdnie, pobocza lub chodniki. Wyjaśnił, iż realizacja omawianego zamówienia obejmowała wykonanie takich elementów, które doprowadziły do wzmocnienia istniejącej konstrukcji jezdni w technologii zapewniającej poprawę stanu nawierzchni drogi z jednoczesnym dostosowaniem do prognozowanego obciążenia ruchem, a tym samym spowodowały podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych drogi. Zdaniem przystępującego, stwarzało to podstawy do uznania, iż przedmiotem powyższego zamówienia była przebudowa w rozumieniu art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane.

Za bezpodstawne poczytał również twierdzenie odwołującego, jakoby nie mógł powoływać się na doświadczenie udostępniane mu przez POL-DRÓG Człuchów Sp. z o.o. Przynotował orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wspierające tezę (wyrok sygn. akt 1435/10), iż „powołaniu się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego na podstawie przepisu art. 26 ust. 2b Pzp powinno towarzyszyć zapewnienie przez wykonawcę możliwości uczestnictwa takiego podmiotu w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy lub w innym charakterze umożliwiającym rzeczywiste skorzystanie z tego zasobu stanowiącego niematerialny składnik nierozzerwalnie związany z przedsiębiorstwem podmiotu trzeciego.” Z kolei w wyroku KIO 1588/10 oraz w wyroku KIO 1596/10 wyrażono zdanie, iż w przypadku robót budowlanych udowodnienie dysponowania wiedzą i doświadczeniem przez wykonawcę może nastąpić przede wszystkim poprzez przyjęcie przez podmiot trzeci zadań dla podwykonawcy. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2010 r. o sygn. KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1454/10 skład orzekający analizując powyższe zagadnienie, przyjął „iż dla dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie jest konieczne, aby podmiot udostępniający swoje doświadczenie na zasadach określonych tym przepisem, uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie nie wynika, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać całość, bądź określoną część zamówienia jako podwykonawca. Oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci wymienionych w przepisie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp zasobów, gdy dotyczy doświadczenia, łączy się z zasady z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Uczestnictwo to jednak może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje). Brak konieczności uczestniczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby w realizacji przedmiotu zamówienia, zdaniem przystępującego, potwierdza również treść § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty

mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), który stanowi, że: „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2,” z czego przystępujący wywiódł, iż wykładnia literalna powyższego przepisu wskazuje, iż ustawodawca nie zawsze wiąże konieczność udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia z udostępnieniem przez te podmioty swoich zasobów wykonawcy w ramach postępowania udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przystępujący powołał się również na wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2010 r. o sygn. akt KIO 1541/10 wskazujący, iż z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wynika, że podmiot trzeci w sytuacji udostępniania wykonawcy doświadczenia będzie miał obowiązek faktycznie osobiście wykonywać całość bądź jakąś część zamówienia na rzecz tego wykonawcy w charakterze podwykonawcy. „Tym samym, niezależnie od faktu, iż wykonawca zadeklarował, że wskazany podmiot trzeci będzie podwykonawcą w zakresie realizacji części zamówienia, Izba stwierdziła, że ewentualne podwykonawstwo nie jest warunkiem sine qua non spełnienia przesłanki dysponowania zasobami określonymi w art. 26 ust. 2b ustawy. Ustawodawca we wskazanym przepisie nie dokonał zróżnicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz na zasoby, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa.”

Z ostrożności, w celu wykazania wieloletniej współpracy z POL-DRÓG Człuchów Sp. z o.o., przystępujący załączył deklarację z 20 grudnia 2007 r. podpisaną m. in. przez powyższe spółki o współpracy podmiotów funkcjonujących w ramach Grupy Kapitałowej POL-DRÓG, w której strony tej deklaracji zobowiązały się współpracować m. in. w zakresie wymiany usług, powiązań produkcyjnych, handlowych, marketingowych, finansowych, organizacyjnych oraz prawnych.

Za bezzasadną uznał prezentowaną w odwołaniu tezę, jakoby podana przez przystępującego cena była rażąco niska. Zdaniem przystępującego, kalkulacja zawarta w jego ofercie jest rzetelna, ujęto w cenie wszystkie wymagania zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia a sam fakt, że cena zawarta w ofercie odbiega od cen podanych w ofertach pozostałych dwóch wykonawców nie oznacza, iż cena ta jest rażąco niska. Powołał się na ustaloną linię orzecniczą wyrażoną m. in. w wyroku KIO z dnia 11 kwietnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 273/08 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. o sygn. akt XIX Ga 3/07, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego

nieopłacalne. Rażąco niska cena - to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia, albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Linia orzecznicza (m. in. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 5 lutego 2007 r. o sygn. akt UZP/ZO 0-98/07, wyrok KIO z dnia 10 lipca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 709/09 oraz wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 1511/08) wskazujące, iż punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej winna być ustalona przez zamawiającego z należytą starannością cena za przedmiot zamówienia powiększona o podatek VAT. Podkreślał jednak, iż jak przyjęto w wyroku KIO z dnia 23 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1443/08, szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług jest punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem zawierania rażąco niskiej ceny, jedynie pod warunkiem ustalenia jej przez zamawiającego z należytą starannością.

Odnosząc się do dalszej części argumentacji odwołującego dotyczącej nierzetelnego skalkulowania cen jednostkowych, zauważył że zgodnie z pkt 18.4 SIWZ wykonawcy wraz z ofertami powinni złożyć wyceniony przedmiar robót oraz wykaz stawek. Jak przyznał odwołujący, wynagrodzenie podane w ofercie przystępującego zostało zgodnie z § 6 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego część SIWZ, wyliczone w oparciu o wyceniony przedmiar robót. Biorąc jednak pod uwagę dorobek orzeczniczy za całkowicie niezrozumiałe uznał powoływanie się przez odwołującego na rażąco niską cenę poszczególnych pozycji przedmiaru robót. Argumentację taką poczytał za stojącą w sprzeczności z jednolitym stanowiskiem judykatury wyrażonym m.in. w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 16 lipca 2007 r. o sygn. akt UZP/ZO/0-837/07, wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. o sygn. akt II Ca 2194/05 oraz w wyroku KIO z dnia 11 maja 2010 o sygn. akt KIO/UZP 661/10, że nie jest możliwe odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty.

Na koniec podkreślił, iż odwołujący nie udowodnił, iż oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę, w rozumieniu art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem kodeksowym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Pogląd ten znalazł odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. o sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz w wyroku KIO z dnia 17 października 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1068/08, w których potwierdzono, iż jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Podkreślał, idąc tym tokiem, iż zgodnie z tezą zawartą w wyroku KIO z dnia 13 marca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 249/09 „dla wykazania, iż cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające zanotowanie

różnic arytmetycznych - stosunku ceny do kwoty zaplanowanej przez zamawiającego na realizację zamówienia, do cen innych ofert złożonych w postępowaniu lub też do ceny zaoferowanej w zamówieniu sprzed dwóch lat."

W ocenie przystępującego, czynności dokonane przez zamawiającego odnośnie wybranej oferty są zgodne z ustawą Pzp.

Zamawiający – Województwo Zachodniopomorskie - Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie pismem z dnia 2 grudnia 2010 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania. Zamawiający nie zgodził się z oceną, iż konsorcjum przystępującego, które wybrał do realizacji zamówienia nie spełniło warunków udziału określonych w SIWZ. Stwierdził, iż konsorcjum wykazało wykonanie dwóch robót o łącznej wartości przekraczającej wyznaczony próg, gdyż w zakres zadania „wzmocnienie nawierzchni drogi krajowej nr 6 na odcinku Pniewo – Rymań od km 79+100 do km 86+750, co potwierdziły referencje zlecającego, wchodziły roboty mające charakter przebudowy. Wykonane elementy robót, w ocenie zamawiającego wskazywały, iż wykraczają one poza zakres prac o charakterze odtworzeniowo - remontowym i odpowiadają definicji art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego oraz art. 4 pkt 18 ustawy o drogach publicznych. Zdaniem zamawiającego, konsorcjum samodzielnie spełniło warunek doświadczenia zawodowego. Za równie prawidłowe uznał zamawiający, powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego - firmy POL-DRÓG Człuchów Sp. z o.o., który zobowiązał się udostępnić swoje doświadczenie, przedstawiając realizację remontu drogi krajowej nr 22 ze wzmocnieniem nawierzchni, na odcinku Buszkowo – Chrząstkowo. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniami odwołującego, iż w takim przypadku zachodzi konieczność uczestnictwa w charakterze podwykonawcy wskazanego podmiotu w realizacji zamówienia. Uznał, iż powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego było prawidłowe, a udostępnienie doświadczenia zostało wykazane.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem, iż cena oferty konsorcjum, które wybrał do realizacji zamówienia pozostaje rażąco niską. Argumentował, iż nie obowiązuje jednoznacznie określenie różnicy poziomu cen ofert, od której można przypisać charakter rażąco niskiej ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający powołał się na utrwaloną linię orzecznictwa, iż ceną rażąco niską będzie cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia jego przedmiotu, której zastosowanie w sposób obiektywny nie pozwala na utrzymanie rentowności danego wykonawcy (wypracowanie zysku). Podkreślał, iż punktem odniesienia dla oceny - czy cena jest rażąco niska jest przedmiot zamówienia i jego wartość, co jednak nie oznacza, zgodnie z tezą wyroku KIO/UZP 1441/07 z dnia 9 stycznia 2008 r, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia powiększoną o VAT, zawiera rażąco niską cenę. W

ocenie zamawiającego, zauważalnym zjawiskiem jest uczestniczenie w przetargach na roboty budowlane dużej ilości firm, powodujące nasiloną konkurencję, co przekłada się na oferowane ceny. Zamawiający przedłożył dowód w postaci zestawienia porównawczego oszacowania i cen udzielonych w 2010 r. zamówień na roboty budowlane. Argumentował, że z wymienionego zestawienia wynika, iż w każdym z postępowań cena oferty najkorzystniejszej była niższa od wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT, a cena oferty najkorzystniejszej była niższa od kolejnej od 2 do 36%. W świetle powyższego, zamawiający wywodził, iż w okolicznościach danego zamówienia miał prawo uznać, iż oferta złożona przez konsorcjum nie narusza uczciwej konkurencji. Zamawiający powołał się na postępowanie dotyczące „Budowy obejścia miasta Goleniów w ciągu drogi wojewódzkiej 113,” gdzie różnica między wartością szacunkową zamówienia a ceną oferty odwołującego wynosiła 75,7%. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie na wybór oferty BUDIMEX S.A. Sygn. akt KIO/UZP 1906/2009 nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp, a odwołujący utrzymywał, iż zanotowane różnice nie stanowią o złożeniu przez BUDIMEX oferty z rażąco niską ceną.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami, iż potwierdzeniem że oferta zawiera rażąco niską cenę jest nierzetelnie wykonana kalkulacja ceny kosztorysowej przystępującego. Zaznaczył, iż wykaz stawek i narzutów stanowi jedynie podstawę do dokonania wyceny robót dodatkowych, a każdy wykonawca był uprawniony aby ceny jednostkowe kalkulować w sposób przez siebie przyjęty. Zamawiający powoływał się na ugruntowany pogląd, iż ocena, czy oferta nie podaje rażąco niskiej ceny odnosi się do ceny przedmiotu zamówienia w całości. Zatem stwierdził, iż oceniając całokształt okoliczności towarzyszących temu postępowaniu, nie powziął wątpliwości co do realności ceny oferty konsorcjum w konfrontacji do relacji cen rynkowych. Z tego względu uznał, iż nie zachodzą podstawy do zwracania się do wybranego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę konsorcjum: PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. oraz Henryk Mazur - MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych do udziału w postępowaniu odwoławczym z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Wobec nie uwzględnienia całości zarzutów odwołania, nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty konsorcjum: PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. oraz Henryk Mazur - MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych, wykazu cen podobnych zamówień przedstawionego przez zamawiającego,

akt sprawy KIO/UZP 1906/2009, pisma zamawiającego z dnia 1 grudnia 2010 r. i udzielonej odpowiedzi przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie wyjaśniające charakter robót wykonywanych przez przystępującego na odcinku drogi Pniewo - Rymań, wyciągu z planu finansowego zamawiającego z dnia 26 października 2010 r. określającego wielkość nakładów inwestycyjnych na realizację zadania inwestycyjnego objętego postępowaniem.

Izba nie dopuściła dowodów z treści ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane prowadzonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad na okoliczność, iż ten zamawiający dokonywał rozróżnień między: budową, przebudową, wzmocnieniem, a remontem dróg, których dotyczyły przedmiotowe zamówienia, gdyż wnioskowane dowody nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie. Pojęcia remontu, przebudowy, budowy są przedmiotem definicji Prawa budowlanego, natomiast „wzmocnienie drogi” jeżeli zlecający nadał taką nazwę zamówienia powinno zostać zakwalifikowane jako remont lub przebudowa w zależności od konkretnie wykonanego zakresu robót i ich efektów.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i uczestnika postępowania, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 107 na odcinku Dziwnówek - Kamień Pomorski.” Zakres robót obejmuje między innymi:

- roboty przygotowawcze,
- roboty ziemne,
- podbudowy z kruszywa łamanego, betonu, betonu asfaltowego,
- warstwę wiążącą z betonu asfaltowego,
- warstwę ścieralną z betonu asfaltowego SMA,
- ciągi pieszo – rowerowe, chodniki,

W punkcie 9 rozdziału I SIWZ zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Zakres zamówienia planowany do powierzenia podwykonawcom musi być wskazany w treści oferty składanej przez wykonawcę.

W warunkach udziału w postępowaniu opisanych w punkcie 11.2.2. rozdziału I specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagane było posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w postaci wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ukończenia:

- a) jednej lub dwóch robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie drogi o

nawierzchni bitumicznej o łącznej wartości brutto min. 35 min zł,

b) jednej lub dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie kanalizacji deszczowej lub ściekowej o łącznej wartości brutto min. 3 min zł.

Wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany był udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani zostali do łącznego spełnienia tego warunku.

W opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu podanych w punkcie 11.2.3 podpunkt 2.2. SIWZ wymagane było złożenie informacji o doświadczeniu wykonawcy na formularzu pod nazwą „Doświadczenie wykonawcy” załącznik nr 1.4 do instrukcji wg rozdziału I SIWZ w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 11.2.2 SIWZ. Do informacji winny być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki i prawidłowo ukończone.

W przypadku polegania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, wykonawca zobowiązany był udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W punkcie 18 rozdziału I SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” podpunkt 18.5 zawarte zostało postanowienie, aby oferta oraz pozostałe dokumenty, dla których zamawiający określił wzory w formie załączników, zostały sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

W punkcie 21 rozdziału I SIWZ Informacje o ocenie ofert, podpunkt 21.4. do 21.6. zamawiający określił tryb uzupełniania dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W punkcie 21.8. rozdziału I SIWZ zamawiający zawarł upoważnienie do żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Załącznik nr 1.4 „Doświadczenie” - wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia, że „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaliśmy zgodnie z zadaniami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyliśmy następujące roboty budowlane.”

a) jednej lub dwóch robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o łącznej wartości brutto min. 35 min zł,

b) jednej lub dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie kanalizacji deszczowej lub ściekowej o łącznej wartości brutto min. 3 mln zł.

Wykonawca zobowiązany był podać nazwę zadania, rodzaj wykonanych robót (wartość brutto mln zł.), czas realizacji, zamawiającego oraz załączyć dokumenty wymagane postanowieniami pkt. 12 ppkt 2.2 instrukcji rozdziału I SIWZ.

Załącznik nr 1.6 obejmuje „Wykaz stawek i narzutów.” W zakresie:

- 1) stawek za jednostkę godzinową roboczogodziny;
- 2) materiałów;
- 3) stawek za pracę sprzętu i środków transportowych;
- 4) kosztów zakupu liczonych od materiałów;
- 5) kosztów pośrednich liczonych od robocizny i sprzętu;
- 6) zysku kalkulacyjnego liczony od robocizny, sprzętu, i kosztów pośrednich.

W formularzu oferty pkt 8, wykonawca był zobowiązany wskazać, że zamówienie zrealizuje sam lub przy udziale podwykonawców oraz zakres zadania, którego realizacja zostanie powierzona podwykonawcy.

W rozdziale III SIWZ projekcie umowy oraz warunkach umowy dla projektu § 3 ust. 3 zamawiający podał, iż wynagrodzenie przysługujące wykonawcy, stanowić będzie wynik sumy iloczynów ilości jednostek obmiarowych robót odebranych i cen jednostkowych wskazanych w wycenionym przedmiarze robót odebranych i cen jednostkowych wskazanych w wycenionym przedmiarze robót, powiększonej o kwotę podatku od towarów i usług VAT. Załącznik nr 2 do umowy § 1 ust. 1.29 wyceniony przedmiar robót oznacza przedmiar robót uzupełniony przez wykonawcę o oferowane ceny jednostkowe, który staje się integralną częścią umowy. W § 6 ust. 2 dokument ten wskazuje, że wynagrodzenie zostało wyliczone przez wykonawcę w oparciu o wyceniony przedmiar robót sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej. Ust. 3 podaje, że ilości określone w wycenionym przedmiarze robót są szacunkowe. Podstawą wynagrodzenia wykonawcy będą ilości wykonanych robót na podstawie obmiarów potwierdzonych przez inspektora nadzoru i zatwierdzonych przez inżyniera projektu. W § 8 ust. 2 zamawiający przewidział, że rozliczenie końcowe za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi na podstawie faktury VAT wystawionej przez wykonawcę w oparciu o protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy na kwotę ustaloną w dołączonym do faktury zestawieniu wartości wykonanych robót (TER), sporządzonym przez wykonawcę narastająco. W § 8 pkt 2 zamawiający postanowił, iż w przypadku zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych, inżynier projektu sporządza protokół konieczności zawierający opis robót, przyczynę ich wystąpienia oraz sprawdza wycenę kosztów opracowaną przez wykonawcę robót w oparciu o ceny jednostkowe z wycenionego przedmiaru robót, a w przypadku ich braku opracowaną w oparciu o nakłady R,M,S z powszechnie obowiązujących katalogów oraz stawki i narzuty nie wyższe od średnich wartości cen określonych w powszechnie

stosowanych cennikach.

W punkcie 12.1 rozdziału I SIWZ zamawiający podał, iż przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, stosować będzie wyłącznie kryterium najniższej ceny.

W ofercie wybranego konsorcjum PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. oraz Henryk Mazur - MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych został złożony wykaz wykonanych robót według ustalonego wzoru:

I. PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. w zakresie a) jednej lub dwóch robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o łącznej wartości brutto min. 35 mln zł. obejmujący:

- 1) wzmocnienie nawierzchni drogi krajowej nr 6 na odcinku Pniewo-Rymań w skład którego wchodził remont nawierzchni o wartości brutto 19 633 193,00 zł, wykonany w 2008 r; wykonawca złożył również referencje wystawione przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, określające szczegółowy zakres robót oraz potwierdzające, że roboty ujęte w wykazie zostały wykonane należyście.
- 2) przebudowę drogi wojewódzkiej Nr 102 Międzyzdroje - Kołobrzeg I etap o wartości 16 452 575,81 zł. brutto, wykonaną w 2007 r, zostały dołączone referencje wystawione przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Koszalinie określające zakres robót wartość 16 452 575,81 zł. brutto oraz potwierdzające ich należyte wykonanie.

II. Henryk Mazur - MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych w zakresie b) jednej lub dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie kanalizacji deszczowej lub ściekowej o łącznej wartości brutto min. 3 mln zł. obejmujący:

- 1) budowę kanalizacji sanitarnej w ul. Kredytowej - Wkrzańskiej w Szczecinie, o wartości brutto 3 099 366,58 zł, wykonanej w latach 2007-2008;
- 2) budowę, modernizację i przebudowę systemu kanalizacyjnego i wodociągowego lewobrzeżnego Szczecina o wartości 29 774 187,16 zł. brutto, wykonanej w latach 2008 – 2009.

Do wykazu zostały dołączone referencje wystawione przez zlecającego, określające zakres robót oraz potwierdzające ich należyte wykonanie.

Wybrane konsorcjum zadeklarowało, iż będzie korzystał w zakresie doświadczenia zawodowego z potencjału podmiotu trzeciego – firmy POL-DRÓG Sp. z o.o. z Człuchowa i przedstawiło zobowiązanie tego podmiotu z dnia 24 października 2010 r. do udostępnienia doświadczenia przy realizacji przedmiotowego zamówienia, przedstawiające swoje doświadczenie zawodowe w zakresie wykonania robót związanych z budową i przebudową dróg, obejmujące remont ze wzmocnieniem nawierzchni drogi krajowej nr 22 odcinek Buszkowo-Chrząstowo wraz z referencjami wydanymi przez GDDKiA Oddział w Gdańsku. W formularzu

oferty wybranego konsorcjum wymieniony podmiot nie został wymieniony jako podwykonawca. Konsorcjum zadeklarowało, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców w zakresie przebudowy sieci energetycznej, budowy i przebudowy oświetlenia, telekomunikacji.

Wypełniony przedmiar robót - kosztorys ofertowy, konsorcjum przystępującego ujmuje wszystkie pozycje wyceny objęte przedmiotowym obmiarem. Konsorcjum przedstawiło „Wykaz stawek i narzutów” obejmujący:

- 1) stawki za jednostkę roboczogodziny;
- 2) ceny materiałów;
- 3) stawki pracy sprzętu i środków transportowych;
- 4) narzut kosztów zakupu liczony od materiałów;
- 5) koszty pośrednie liczone od robocizny i sprzętu;
- 6) zysk kalkulacyjny.

Z załącznika ZP-12 do protokołu postępowania wynika, iż sklasyfikowane zostały oferty 3 wykonawców:

- 1) PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. oraz Henryk Mazur - MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych z ceną brutto 35 295 699,85 zł.
- 2) odwołującego BUDIMEX S.A. z ceną brutto 42 060 242,35 zł.
- 3) konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. B. Baranowski z ceną brutto 42 479 077,90 zł.

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w protokole postępowania druk ZP- 1, zamawiający podał wyliczoną przez siebie wartość szacunkową zamówienia bez podatku VAT i bez uwzględnienia zamówień uzupełniających na 36 079 878,49 zł. netto, ustaloną w sierpniu 2010 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Brutto stanowi to kwotę 44 017 451,76 zł. Na otwarciu ofert zamawiający podał, iż kwota jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 38 070 556,00 zł. brutto.

Pismem z dnia 17 listopada 2010 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty konsorcjum: PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. oraz Henryk Mazur - MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych

Pismem z dnia 1 grudnia 2010 r. zamawiający wystąpił do generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad o udzielenie informacji o zakresie prac wykonanych w ramach roboty budowlanej „wzmocnienie nawierzchni drogi krajowej nr 6 na odcinku Pniewo – Rymań, w szczególności podanie czy roboty miały charakter z zakresu przebudowy tzn. czy nastąpiło podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych istniejącej drogi, czy też zakres ma charakter robót przywracających stan pierwotny. W odpowiedzi GDDKiA O/Szczecin potwierdziła, iż w wyniku przeprowadzonych robót uzyskano efekt w postaci podwyższenia parametrów technicznych i eksploatacyjnych drogi a także dokonano niezbędnych korekt geometrycznych w obrębie istniejących skrzyżowań.

W piśmie z dnia 26 października 2010 r, stanowiącym wyciąg z planu finansowego, zamawiający określił wielkość zaplanowanych wydatków w uchwale budżetowej Województwa Zachodniopomorskiego na realizację przedmiotowego zamówienia, gdzie po odliczeniu nakładów na dokumentację i wykup gruntów, pozostała kwota 38 070 556,00 zł. jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Nie zachodziły podstawy do kwestionowania interesu odwołującego do skarżenia czynności i zaniechań zamawiającego w odniesieniu do oferty wybranego konsorcjum skoro odwołujący wykazywał, iż pozostają one niezgodne z zasadami i przepisami ustawy Pzp. Stanowi to wystarczającą przesłankę legitymizującą możliwość wniesienia środków ochrony prawnej przez wykonawcę, szczególnie gdy oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego, iż konsorcjum przystępującego nie spełniło ustalonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, a zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentu, Izba nie znalazła uzasadnionych podstaw takich twierdzeń.

Zamawiający ustalił warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu w zgodności z przepisami § 1 ust. 1 punkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817). Odwołujący nie kwestionował, iż konsorcjum spełniło warunek legitymowania się jedną lub dwoma robotami budowlanymi, polegającymi na budowie lub przebudowie kanalizacji deszczowej lub ściekowej o łącznej wartości brutto min. 3 mln zł. Sporną kwestię stanowiło spełnienie wymagania doświadczenia w zakresie realizacji - jednej lub dwóch robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o łącznej wartości brutto min. 35 mln zł.

Jak Izba ustaliła wyżej, przystępujący ujął w wykazie doświadczenia zawodowego:

- 1) wzmocnienie nawierzchni drogi krajowej nr 6 na odcinku Pniewo-Rymań w skład którego wchodził remont nawierzchni o wartości brutto 19 633 193,00 zł wykonany w 2008 r, przystępujący złożył również referencje wystawione przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, uszczegółowiające zakres robót oraz potwierdzające, że roboty ujęte w wykazie zostały wykonane należycie.
- 2) niepodważaną przez odwołującego, przebudowę drogi wojewódzkiej Nr 102 Międzyzdroje - Kołobrzeg I etap o wartości 16 452 575,81 zł. brutto wykonaną w 2007 r, zostały również dołączone referencje wystawione przez Zachodniopomorski Zarząd Dróg

Wojewódzkich w Koszalinie, określające zakres robót i wartość 16 452 575,81 zł. brutto.

Wprawdzie w odniesieniu do kwestionowanej roboty referencyjnej – drogi krajowej nr 6 na odcinku Pniewo-Rymań, przystępujący użył określenia, iż rodzaj wykonanych robót stanowił remont nawierzchni polegający na wzmocnieniu nawierzchni drogi, jednak Izba uwzględniła, że w skład tej roboty budowlanej wchodziło: wykonanie wymiany konstrukcji nawierzchni jezdni poprzez rozbiórkę istniejących warstw, ułożenie podbudowy z mieszanki mineralno-emulsyjno-cementowej, warstwy wyrównawczej z mieszanki mineralno-bitumicznej, warstwy wiążącej z mieszanki mineralno-bitumicznej oraz warstwy ścieralnej SMA, przebudowa poboczy tj. wymiana układu konstrukcyjnego poprzez rozbiórkę elementów dróg między innymi podbudowy tłuczniowej, gruntocementu, wykonanie wykopu, nasypu, koryta wraz z profilowaniem, podbudowy z kruszywa łamanego, podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem, podbudowy z betonu asfaltowego, warstwy wiążącej z betonu asfaltowego oraz warstwy ścieralnej z SMA. Jednym z elementów zadania była również przebudowa drogi krajowej nr 6 na skrzyżowaniu do m. Siemidarżno, która polegała na korekcie niwelety drogi, budowie wysepek segregujących ruch pojazdów oraz przebudowa skrzyżowania drogi krajowej Nr 6 z drogą wojewódzką Nr 105 przy obiekcie mostowym w m. Rzesznikowo, która ujmowała wykonanie nowej niwelety drogi. Zadanie obejmowało również budowę odwodnienia korpusu drogowego. W celu poprawy bezpieczeństwa ruchu pieszego zostały wybudowane nowe chodniki, oraz przebudowane zostały istniejące ciągi piesze, zatoki autobusowe. Dla poprawy bezpieczeństwa pojazdów przebudowana została także stała organizacja ruchu, która polegała na budowie wysepek segregujących ruch, azyli dla pieszych na przejściach oraz została postawiona tablica meteorologiczna informująca kierowców pojazdów o warunkach na drodze. Powyższe prace doprowadziły do wzmocnienia istniejącej konstrukcji jezdni w technologii zapewniającej poprawę stanu nawierzchni drogi z jednoczesnym dostosowaniem do prognozowanego obciążenia ruchem, a tym samym spowodowały podwyższenie parametrów technicznych i eksploatacyjnych drogi.

Jak wynika z przytoczonego wyżej opisu robót, nie stanowiły one jedynie odtworzenia stanu pierwotnego w rozumieniu definicji art. 3 punkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156 ze zm.) i art. 4 pkt 18 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115 ze zm.) ale wprowadzały nowe elementy, którymi wymieniona droga pierwotnie się nie charakteryzowała. Należało zatem uznać, iż przedmiotem powyższego zamówienia była przebudowa w rozumieniu art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane i art. 4 pkt 18 ustawy o drogach publicznych.

Zadaniem referencji jest poświadczenie, iż roboty ujęte w wykazie zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Bez wątpliwości referencje wystawione przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, określające szczegółowy zakres robót oraz potwierdzające, że roboty ujęte w wykazie zostały wykonane należycie odnoszą się wymienionej roboty. Nawet jeżeli nie podają pełnego opisu

zakresu robót, to przesądzające w tej kwestii jest oświadczenie własne wykonawcy, zaliczające wymienioną robotę, jako odpowiadającej wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia i proporcjonalną do przedmiotu zamówienia.

Ponadto z samych referencji wynika, iż wzmocnienie nawierzchni odnosiło się do warstw konstrukcyjnych przez dołożenie nowych warstw:

- wykonanie koryta drogi,
- wykonanie podbudowy z gruntu stabilizowanego mechanicznie,
- wykonanie podbudowy z kruszywa łamanego,
- wykonanie podbudowy z mieszanki MCE,
- wykonanie podbudowy z betonu asfaltowego,
- wykonanie warstwy wiążącej i warstwy ścieralnej SMA.

Wymienione elementy robót odpowiadają opisowi robót przewidzianych do wykonania w ramach niniejszego zamówienia. Mimo użycia potocznego określenia „remont” prowadzone roboty miały jednoznacznie charakter przebudowy drogi: z wymianą warstw konstrukcyjnych, przebudową skrzyżowań i założeniem nowych chodników i innymi elementami zmieniającymi parametry techniczno - użytkowe. Okoliczności te zostały potwierdzone wprost przez GDDKiA Odział w Szczecinie w piśmie z 1 grudnia 2010 r. stwierdzającym, że w wyniku przeprowadzonych robót uzyskano efekt w postaci podwyższenia parametrów technicznych i eksploatacyjnych drogi, a także dokonano niezbędnych korekt geometrycznych w obrębie istniejących skrzyżowań.

Zdaniem Izby, przeprowadzone dowody są spójne i świadczą, że w zakresie doświadczenia zawodowego konsorcjum przystępującego w składzie: PRD POL-DRÓG Nowogard S.A. oraz Henryk Mazur - MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich spełniło wyznaczone warunki dwóch robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie drogi o nawierzchni bitumicznej o łącznej wartości brutto min. 35 mln zł.

Bezprzedmiotowa zatem stała się ocena dokumentów w zakresie potencjału podmiotu trzeciego – firmy POL-DRÓG Sp. z o.o. z Człuchowa i zobowiązania tego podmiotu z dnia 24 października 2010 r. do udostępnienia doświadczenia przy realizacji przedmiotowego zamówienia, przedstawiającego referencje w zakresie wykonania robót związanych z budową i przebudową dróg, obejmujące remont ze wzmocnieniem nawierzchni drogi krajowej nr 22 odcinek Buszkowo-Chrzastowo wydane przez GDDKiA Odział w Gdańsku. Wbrew wywodom odwołującego, dokumenty te nie stanowią dowodu na okoliczność, iż konsorcjum samodzielnie nie spełniło warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca jest bowiem uprawniony, aby przedstawić w swojej ofercie szerszy wykaz doświadczenia zawodowego niż wymagany w SIWZ. Przy ustaleniu spełnienia minimalnych wymogów zamawiającego, inne dokumenty nie mogą stanowić podstawy do oceny oferty. Ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, oznacza to między innymi, iż zamawiający winien ustalone w SIWZ warunki, jakim mają

odpowiadać oferty, egzekwować w sposób, jaki zostały przewidziane. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, w takim kształcie jakich wymagał. Działania przeciwnie prowadziłyby do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, równego traktowania wykonawców i wyboru oferty zgodnie z przepisami tej ustawy.

W odniesieniu do zarzutów rażąco niskiej ceny oferty oraz nierzetelnego jej skalkulowania, na podstawie wskazanych w odwołaniu cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym przystępującego, Izba stwierdziła, że przytoczony wyżej materiał dowodowy zaświadcza, iż zamawiający ustalił kosztorysowy charakter wynagrodzenia w oparciu o obmiar powykonawczy. Na etapie złożenia oferty, zamawiający nie wymagał przedstawienia kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą szczegółową, lecz kosztorysu opracowanego metodą uproszczoną.

Przedmiar przekazany wykonawcom zawiera zestawienie przewidywanych do wykonania robót (zestawienie elementów rozliczeniowych) z odesłaniem do opisu szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych odnośnie zakresu prac objętych poszczególnymi pozycjami. Podaje nazwy jednostek obliczeniowych i ich ilość. Natomiast zadaniem wykonawcy było podanie cen jednostkowych poszczególnych pozycji przedmiaru, ich wartości z podsumowaniem jako ceny netto oferty. Zgodnie z definicją § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczenia planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389), ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o cenie jednostkowej – należy przez to rozumieć sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, wyliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych. Kosztorys ofertowy – w ślad za definicją podaną w § 2 ust. 1 wymienionego rozporządzenia opracowany metodą kalkulacji uproszczonej polega na obliczeniu ceny kosztorysowej robót objętych przedmiarem jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych i ich cen jednostkowych – mieszczących w sobie podane wyżej czynniki cenotwórcze.

Zamawiający wymagał podania cen jednostkowych, obejmujących zagregowany koszt robocizny, materiałów, wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzutów kosztów pośrednich (ogólnych) i zysku - w ramach kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną. Zatem do oceny zgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ mogą być przyjmowane wyłącznie wymienione ceny jednostkowe. Kwestia kalkulacji cen jednostkowych pozostaje bowiem w dyspozycji wykonawcy składającego ofertę. Skoro kosztorys ofertowy wybranego konsorcjum obejmuje wycenę wszystkich pozycji objętych przedmiarem robót, czemu

odwołujący nie zaprzeczył, w ocenie Izby, brak jest usprawiedliwionych podstaw czynienia zarzutów, iż cena oferty została skalkulowana nierzetelnie, a wskazane w odwołaniu pozycje kosztorysu ofertowego konsorcjum nie obejmują wszystkich składowych czynników cenotwórczych (wg podstaw wyceny) oraz żądania odrzucenia oferty z tej przyczyny, jako niezgodnej z treścią SIWZ, pośrednio rzutującej na zaniżenie ceny oferty, prowadzące do zaferowania wykonania przedmiotu zamówienia za rażąco niską cenę. Koszty materiałów oraz narzuty w żaden sposób nie podlegały wyodrębnieniu w ramach cen jednostkowych, zatem zarzuty, iż wycena kwestionowanych pozycji nie obejmuje wszystkich czynników cenotwórczych, pozostają jedynie w sferze domniemań odwołującego. Odwołujący nie rozróżniał, iż na jednostkę obmiarową, zgodnie z normami nakładów rzeczowych robocizny czy pracy sprzętu może przypadać mniej niż roboczogodzina czy motogodzina, a więc określenie stawki jednostkowej w wysokości np. jednego złotego na jednostkę obmiarową wcale nie dowodzi, iż nie zostały nią objęte wszystkie czynniki cenotwórcze. Ponadto wykaz stawek i narzutów stanowić miał jedynie podstawę do dokonania wyceny robót dodatkowych czy uzupełniających.

W sytuacji gdy zakres, czy sposób wykonania oferowanego świadczenia odbiega od żądanego przez zamawiającego w SIWZ, stanowi to podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Nie upoważniało natomiast zamawiającego, jak wywodził odwołujący, do odrzucenia wybranej oferty, ze względu na rażąco niskie ceny jednostkowe kwestionowanych pozycji kosztorysu konsorcjum, ani do wzywania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący nie dowiódł w rozumieniu art. 6 K.c. w związku z art. 14 Pzp, że przystępujący nie zaferował pełnego zakresu zamówienia pomijając którekolwiek elementy wyceny. Za daleko idące i niedowiedzione Izba uznała zarzuty odwołującego, iż z uwagi na niskie wyceny pozycji: robót branży sanitarnej - nie został objęty wycenami cały zakres robót przewidziany dokumentacją projektową. Hipotetyczne założenia odwołującego, iż za wskazane ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysu nie można wykonać prawidłowo robót, lub że nie obejmują one wszystkich czynników cenotwórczych w tym narzutów np. z tytułu zysku, nie mogły stanowić podstawy rozstrzygnięcia zgodnego z żądaniami odwołującego.

Izba podzieliła poglądy zamawiającego i przystępującego, iż nie obowiązuje jednoznacznie określenie różnicy poziomu cen ofert, czy różnicy pomiędzy wartością szacunkową a ceną oferty, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej, uzasadniającej wszczynanie procedury wzywania wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mającej wpływ na wysokość ceny. Rozwarstwienie cen ofert w postępowaniu każdorazowo jest pochodną ogólnej sytuacji rynkowej, jak i istniejącej konkurencji między wykonawcami w danej branży, rzutującej na ile wykonawcy są skłonni obniżyć marżę zysku, aby uzyskać zamówienie. Okolicznością stwarzającą dla zamawiającego uzasadnione podstawy do przypuszczeń, iż za oferowaną cenę nie można prawidłowo wykonać zamówienia z osiągnięciem zysku, obligującą

do wszczęcia procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest przede wszystkim porównanie do relacji cen rynkowych podobnych zamówień w aktualnym czasie. Zamawiający posiadał rozeznanie w sytuacji rynkowej i cenach podobnych zamówień na podstawie realnie zawartych umów na realizację porównywalnych odcinków dróg, na co przedłożył dowody w postaci zestawień danych wartości szacunkowych kosztorysów inwestorskich i uzyskanych cen ofert. Pozwalało to zamawiającemu na rozwianie ewentualnych wątpliwości w przedmiotowym postępowaniu, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekraczała cenę najkorzystniejszej oferty.

Biorąc pod uwagę szacunkową wartość zamówienia, którą zamawiający obowiązany był obliczyć z należytą starannością w oparciu o dane rynkowe, jak stanowi art. 32 ust. 1 w związku z art. 33 ust. 1 ustawy Pzp, w kwocie podanej bez uwzględnienia zamówień uzupełniających 36 079 878,49 zł. netto, ustaloną w sierpniu 2010 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego - brutto stanowiło to kwotę 44 017 451,76 zł. oraz przy uwzględnieniu kwoty jaką zamawiający podał na otwarciu ofert, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia 38 070 556,00 zł. brutto, Izba stwierdziła, że cena oferty przystępującego nie odbiega od kwoty jaką zamawiający zamierzał wydatkować na przedmiotowe zamówienie, w zasadniczy sposób. Cena brutto zaproponowana przez konsorcjum 35 295 699,85 zł. w zestawieniu z ceną oferty odwołującego brutto 42 060 242,35 zł. również nie wykazuje zasadniczych rozbieżności. Tej wielkości - jak zanotowane w niniejszym postępowaniu, różnice cenowe wymienionych wyżej ofert, stanowią przejaw mechanizmu rynkowej konkurencji. Potwierdzają stanowisko zamawiającego, że projektant opracowując kosztorys inwestorski jako część dokumentacji projektowej, opierał się na powszechnie stosowanych cennikach, bazujących na uśrednionych cenach materiałów i produkcji budowlano – montażowej z niewiadomego przedziału czasowego w ubiegłych okresach, co wskazuje na okoliczność, iż wartość szacunkowa zamówienia odbiegała od aktualnych realiów rynkowych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, iż w 2010 r. udzielał zamówień na porównywalny przedmiot, w sytuacji większych rozbieżności między wartością szacunkową a cenami wybranych ofert, dowodzi to pośrednio przeszacowania wartości zamówień w kosztorysach inwestorskich. Kwota jaką zamawiający podał na otwarciu ofert, była maksymalną jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, a więc cena oferty mogła być mniejsza, a nie większa od tej kwoty, czego wykonawcy, którzy uczestniczyli w tym postępowaniu byli świadomi od momentu otwarcia ofert, a wymieniona czynność zamawiającego nie została zakwestionowana odwołaniem. Gdyby zamawiający nie uzyskał zmiany uchwały budżetowej i nie mógł przeznaczyć kwoty większej na realizację zamówienia niż podał na otwarciu ofert, np. wynikającej z wyboru oferty odwołującego, z ceną przewyższającą wymienioną kwotę, mogłaby zachodzić podstawa do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, kwestionowana oferta nie budzi wątpliwości co do symptomów rażąco niskiej

ceny, które obligowałyby zamawiającego do wzywania wykonawcy do wyjaśniania elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający jest uprawniony aby samodzielnie ustalać podstawy do zastosowania procedury wyjaśniania cen ofert. Właściwymi narzędziami, które mogą być wykorzystane w tym celu jest posiadane rozeznanie aktualnego poziomu cen rynkowych, ceny podobnych udzielonych zamówień, średni poziom cen składanych ofert.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przepis ten nie nakłada jednak żadnych warunków, kiedy postępowanie takie może być zasadnie zainicjowane. Pozostaje to w sferze decyzji zamawiającego, opartej na dokumentacji postępowania oraz znajomości relacji cen rynkowych (pogląd taki został wyrażony w wyroku Izby o sygn. akt KIO/UZP 963/09). Z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika bowiem, by zamawiający miał obowiązek wdrożyć postępowanie wyjaśniające w przedmiocie rażąco niskiej ceny w każdej sytuacji, lecz jedynie wtedy, gdy może podejrzewać, że oferta taką cenę zawiera. Stosowanie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie jest zatem obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku, gdy tylko domagają się tego wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowane na dalszych pozycjach, co potwierdza stanowisko Izby np. w wyroku sygn. akt KIO/UZP 671/08.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości np. wyrok sygn. akt 76/81 „Transporoute”, wyrok sygn. akt 103/88 „Constanzo,” wyrok sygn. akt C-285/89 „Impresa Dona Alfonso,” wskazują, że nie można oceniać ofert wyłącznie według kryterium arytmetycznego rozbieżności między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem podatku VAT a ceną rozpatrywanej oferty, czy też ceną najkorzystniejszej oferty, a cenami zaproponowanymi przez innych wykonawców w danym postępowaniu, gdyż liczy się całokształt okoliczności konkretnego postępowania.

W konsekwencji, więc nie można przyjmować, że samo porównanie ceny wybranej oferty do cen ofert pozostałych wykonawców i zanotowane różnice, stanowią przesłankę do wykazania podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę, niepozwalającą na zrealizowanie w sposób należyty zamówienia z wypracowaniem zysku przez wykonawcę.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskutek pominięcia procedury wyjaśnienia podania rażąco niskiej ceny oferty wybranego wykonawcy nie znajduje uzasadnienia.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż ustalenia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zawsze należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia, co nie jest równoznaczne z szacunkową wartością zamówienia. Podnoszone przez odwołującego zarzuty w odniesieniu do oferty wybranego konsorcjum sprowadzają się także do wykazania, iż poszczególne elementy przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji: w załączniku 1.5 „Przedmiar robót,” (pozycje nr 74,

77, 80, 85, 89, 98,107,116,125,134, 87, 96, 123, 132, 150, 179, 182, 183, 1940) w cenach jednostkowych zawierają ceny niższe niż wykazane w załączniku nr 1.6. „Wykaz stawek i narzutów.” Natomiast przedmiotowy wykaz zgodnie z SIWZ wymagany był dla potrzeb sporządzenia wyceny ewentualnych robót dodatkowych i zamiennych, nie ograniczał wykonawcy przy kalkulacji cen jednostkowych.

Izba nie uznała za trafne stanowiska odwołującego, że w przedmiarze robót w załączniku nr 1.5.3. Branża sanitarna, w 87 pozycjach w rubryce „ceny jednostkowe” konsorcjum wstawiło wartość „1,” a cena „1” nie uwzględnia kosztów robocizny, transportu, kosztów zakupu, gdyż nie jest możliwe wykonanie takich robót jak „wykonanie wykopów w gruncie kat. II-III z transportem urobku w miejsce wybrane przez wykonawcę” czy „podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich z dodatkiem cementu o grubości 20 cm” za cenę jednostkową 1 zł, i że elementy te wycenione zostały poniżej kosztów realizacji.

Tego rodzaju argumentacja odwołującego nie mogła zostać uwzględniona. Zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania stawek jednostkowych. Każdy z wykonawców, w zależności od własnego potencjału i możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, dokonywał kalkulacji stawek jednostkowych dla poszczególnych pozycji wchodzących w skład zamówienia. Nawet gdyby któreś z tych cen jednostkowych nie pokrywały kosztów świadczenia danej części robót, to stawiane zarzuty nie dotyczą zaniżenia wszystkich cen jednostkowych, (składających się na cenę oferty za przedmiot zamówienia), które łącznie jako cena oferty, mogą być kalkulowane na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku za całość zamówienia. Liczy się wyłącznie cena całkowita oferty, przyjmowana do porównania ofert. Stanowisko takie wynika z ugruntowanego i przeważającego poglądu doktryny oraz orzecznictwa.

Należy podkreślić, iż kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - gdyby hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Kalkulacja własna ceny jest prawem, a jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym "z elementów ceny" (wyrok z 27 lipca 2009 r. KIO/UZP 878/09). Stosownie do poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,” wyroku z dnia 24 marca 2005 r. Sygn. akt II Ca 425/04 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty - przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.”

Mając na uwadze powyższe niedopuszczalnym jest - tak jak żądał tego odwołujący, stosując wybiórcze porównywanie wybranych pozycji kosztorysu ofertowego, aby cena wybranego wykonawcy została uprawdopodobniona jako rażąco niska. Ustalenie rażąco niskiej ceny ma się bowiem odbywać w stosunku do „przedmiotu zamówienia,” a nie wyłącznie jego części, o czym stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów świadczących, iż ceny oferowane za porównywalny przedmiot zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu, kształtują się na poziomie znacząco wyższym, zatem nie dowieść zgłaszanych zarzutów w rozumieniu art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Kolejnym z zarzutów był zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby, sam fakt subiektywnego odczucia odwołującego o uchybieniach w postępowaniu i zaniechaniach zamawiającego, a w szczególności chęć wyeliminowania korzystniejszej ofert, przy pomocy nie do końca weryfikowalnego zarzutu rażąco niskiej ceny, nie jest podstawą do zarzucenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i naruszenia art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby trafność stawianych zarzutów w tym zakresie, – że ceny podobnych zamówień rynkowo kształtują się na znacząco wyższym poziomie i nie ma możliwości należytego wykonania zamówienia za cenę wybranej oferty. Dokumentacja akt sprawy KIO/UZP 1906/2009 zaświadcza, iż odwołujący otrzymał zamówienie w postępowaniu dotyczącym „Budowy obejścia miasta Goleniów w ciągu drogi wojewódzkiej 113,” gdzie różnica między wartością szacunkową zamówienia (brutto 42 162 338,33 zł. a ceną oferty Budimex – 19 758 290,92 zł.) wynosiła 75,7%. Wówczas to odmiennie odwołujący w obronie swojej oferty wywodził, iż zanotowana różnica między ceną jego oferty, a wartością szacunkową przedmiotu zamówienia nie jest dowodem na rażąco niską cenę.

Izba podzieliła poglądy zawarte w wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. Akt X Ga 140/08, wyroku Izby sygn. akt KIO/UZP 1906/2009, sygn. akt KIO/UZP 117/10, że brak wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, nie daje a priori podstaw do stawiania zarzutu rażąco niskiej ceny wybranej oferty.

Zamawiający miał zatem prawo i obowiązek przyjąć ofertę niepodlegającą odrzuceniu konsorcjum przystępującego - najkorzystniejszą według ustalonego kryterium oceny.

Izba ustaliła w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, że zarzuty

naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 oraz art. 90 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych są bezpodstawne. Nie potwierdziło się również zarzucane przeprowadzenie postępowania przez zamawiającego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie § 3 pkt 2b 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 2).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 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 **Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

