

**WYROK**

**z dnia 23 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 sierpnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2011 r.

przez **Piotra Kalembę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „FRANSŁAW” Piotr Kalemba, Zdrój 6, 62-065 Grodzisk Wielkopolski**

od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Lubuski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, 65-514 Zielona Góra, ul. Ptasia 2B**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zwrócenia się do Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Lubuski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „FRANSŁAW” Piotr Kalemba ze Zdroju**

tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od **Lubuskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „FRANSŁAW” Piotr Kalemba ze Zdroju** kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Lubuski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Zielonej Górze – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” „ppz”, lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Warniki-Witnica I – przebudowa i rozbudowa wału przeciwpowodziowego rzeki Warty w km wału 16+900-22+760 gm. Kostrzyn n/O, gm. Witnica woj. lubuskie* (nr sprawy: DG/ZI-432/3/2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S\_113-186359 z 15 czerwca 2011 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.lzmiuw.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 18.768.724,81 zł, co stanowi równowartość 4.888.961,92 euro.

2 sierpnia 2011 r. Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu Odwołującemu – Przedsiębiorstwu Wielobranżowemu „FRANŚLAW” Piotr Kalemba ze Zdroju – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” spółkę z o.o. z siedzibą w Świdnicy (dalej zwaną również w skrócie „EKO-WOD”).

10 sierpnia 2011 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) *od niezgodnej z ustawą czynności podjętej przez zamawiającego oraz zaniechania dokonania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany*, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 3 oraz art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Zwrócenia się do Wykonawcy „EKO-WOD” o wyjaśnienia celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający oszacował przedmiotowe zamówienie na ponad 23.000.000,00 zł – taką kwotę Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. W postępowaniu wpłynęły 2 oferty, Odwołującego oraz „EKO-WOD” sp. z o.o. wycenione odpowiednio na 20,0 oraz nieco ponad 15,4 milionów zł. Zamawiający winien powziąć uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości wyceny dokonanej przez Wykonawcę „EKO-WOD” sp. z o.o., albowiem cena ta stanowi zaledwie 67% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, a także jest o ponad 23% niższa od ceny oferty konkurencyjnej. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą i stanowiskiem doktryny na zamawiającym ciąży obowiązek wdrożenia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy pzp, jeżeli z całokształtu okoliczności wynika podejrzenie wystąpienia zjawiska rażąco niskiej ceny. Przemawia za tym wykładnia językowa brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy pzp, który stanowi, iż zamawiający „zwraca się do wykonawcy”. Zakładając racjonalność ustawodawcy, nie sposób uznać, iż jego intencją było pozostawienie w tym zakresie swobody zamawiającemu, a jedynie „zapomniał” prawidłowo sformułować swej woli w przedmiotowym przepisie. Jak ujął to Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 1 marca 2007 r. (sygn. akt III CZP 94/06, OSNC 2007/7-8/95): *„odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej* (por. też uzasadnienie uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r., III CZP 37/04, OSNC 2005, nr 3, poz. 42, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2004 r., V CK 21/04, OSNC 2005, nr 7-8, poz. 137 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2005 r., I KZP 18/05, OSNKW 2005, nr 9, poz. 74). Analogiczne stanowisko w tym zakresie przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO”) w wyroku z 20 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 498/10), w którym stwierdziła: *Obowiązkiem zamawiającego w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; następnie ocena złożonych wyjaśnień z uwzględnieniem obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na*

*podstawie odrębnych przepisów, a wreszcie - odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podobnie w orzeczeniu z 16 stycznia 2009 r., (sygn. akt KIO/UZP 1531/08), w którym Izba uznała iż: Ustawa nakłada obowiązek wyjaśniania elementów ceny oferty, w przypadku, kiedy powinna ona budzić wątpliwości Zamawiającego, bez względu na rodzaj prac, objętych zamówieniem. Izba stwierdza, że przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia elementów ceny oferty, mających wpływ na wysokość ceny, Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 Pzp, oraz w wyroku z 24 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1038/09), w którym stwierdzono: W sytuacji uzasadnionych wątpliwości, co do rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający jest zobligowany do zwrócenia się z prośbą o wyjaśnienia.*

Podstawą dla powzięcia wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny jest oszacowana przez zamawiającego wartość zamówienia bądź poziom cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Jak stwierdziła KIO w orzeczeniu z 13 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1511/08): *W orzecznictwie Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest przede wszystkim ustalona przez zamawiającego, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, czyli w sposób należyty, wartość zamówienia powiększona o podatek VAT. Drugim przyjętym w orzecznictwie i praktyce zamówień publicznych punktem odniesienia są ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu. W przedmiotowym stanie faktycznym wystąpienie okoliczności, które obligują Zamawiającego do wszczęcia procedury przewidzianej w dyspozycji art. 90 ust 1 ustawy pzp nie może budzić wątpliwości. Choć pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, zaoferowanie ceny na poziomie nieco powyżej połowy oszacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia i w sposób znaczący odbiegającej od cen pozostałych ofert nie pozostawia Zamawiającemu wyboru co do obowiązku wdrożenia postępowania nakazanego ustawą pzp. Przyjęcie takiego właśnie stanowiska uzasadnione jest wieloma orzeczeniami, zarówno zespołów arbitrów, jak i KIO, jak na przykład w wielokrotnie cytowanym wyroku z 23 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1443/08), w którym Izba uznała za zasadne badanie oferty pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny, gdy różnica między ceną oferty Odwołującego a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia wynosiła 27,8 %, a stosunku do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu wynosiła 18%. Podobnie w orzeczeniu z 11 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1506/09) Izba uznała, iż: Obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy cenowe oferty, pojawia się, co do zasady, gdy cena oferty odbiega o 10 % od średniej ceny*

*grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. Na aprobatę zasługuje również podnoszone w doktrynie stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia (vide: G. Wicik, P. Wiśniewski w *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. C.H. Beck. Warszawa 2007, str. 467).*

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu poziom zaoferowanej w ofercie „EKO-WOD” sp. z o.o. ceny kontraktowej musi prowadzić do wniosku, iż jest ona ceną, która rodzi po stronie wykonawcy bardzo istotne ryzyko niewykonania zamówienia, a po stronie Zamawiającego ryzyko niezyskania zamawianego dobra. Nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez Wykonawcę. Uznać należy, iż istnieje domniemanie, że cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych na rynku, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Kierując się więc nie tylko arytmetycznym porównaniem ceny oferty „EKO-WOD” sp. z o.o. w stosunku do oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia, czy poziomem cen konkurencyjnych, lecz również zasadami doświadczenia życiowego czy dogłębną analizą rynku, należy dojść do wniosku, iż istnieje graniczące z pewnością domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej. Ostatnie doniesienia medialne dotyczące realizacji, a właściwie całego szeregu problemów z realizacją obiektów infrastrukturalnych będących efektem bezkrytycznego przyjmowania za uzasadnione wycen na poziomie 50-60% wartości kosztorysów inwestorskich stanowią kwintesencję takiego stanowiska.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał jednocześnie, iż na obecnym etapie nie może wprost podnieść zarzutu zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą jako zawierającej rażąco niską cenę, albowiem zarzut taki podniesiony być może po przeprowadzeniu przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej. Zaniechanie Zamawiającego wyrażające się w bezzasadnym odstąpieniu od czynności badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny uniemożliwia de facto Odwołującemu skuteczne wniesienie środków zaskarżenia w tym zakresie i uzyskanie przedmiotowego zamówienia, powodując szkodę w jego interesie prawnym i gospodarczym.

10 sierpnia 2011 r. Zamawiający przekazał faksem Przedsiębiorstwu Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” spółce z o.o. z siedzibą w Świdnicy zawiadomienie o złożeniu

odwołania, załączając jego kopię, wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia odwołania. Wezwany wykonawca nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

23 sierpnia 2011 r. Zamawiający na posiedzeniu z udziałem Stron złożył odpowiedź na odwołanie, której kopia została przekazana Odwołującemu – wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał następujące argumenty przemawiające za takim stanowiskiem.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 pzp, Zamawiający wskazał, iż przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia kierował się przepisami ustawy zapewniając zachowanie uczciwej konkurencji. Jedynym kryterium wyboru była cena i Zamawiający wybrał ofertę o najniższej cenie. Cena oferty Odwołującego była o 4.538.757,84 zł wyższa od wybranej oferty. Zdaniem Zamawiającego cena wybranej oferty pozwala na należyte wykonanie zamówienia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 pzp, Zamawiający podniósł, iż ustawa pzp nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Zamawiający uznał, że zaproponowana przez EKO-WOD sp. z o.o. ze Świdnicy cena nie jest rażąco niska gdyż stanowi 67% wartości kosztorysu inwestorskiego. Za podobne ceny wykonywana jest znaczna część zamówień publicznych w kraju. Zamawiający nie miał zatem obowiązku podejmowania czynności wynikających z art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający załączył także tabele z danymi liczbowymi dotyczącymi przedmiotu zamówienia wraz z ich omówieniem.

Jako *Analizę ofert cenowych* Zamawiający przedstawił następujące ustalenia:

Wartość kosztorysu inwestorskiego netto: 18 768 724,81 zł. Oferta nr 1 „EKO-WOD” sp. z o.o. – wartość kosztorysu ofertowego netto: 12 570 117,23 zł, co stanowi 67% kosztorysu inwestorskiego. Oferta nr 2 FRANSŁAW Piotr Kalemba – wartość kosztorysu ofertowego netto: 16 260 164,25, co stanowi 87% kosztorysu inwestorskiego.

Porównanie parametrów kalkulacyjnych:

Lp.	Opracowanie	R-g	Kp	Z	Kz
1.	Kosztorys inwestorski	11,00	40%	10%	0%
2.	Oferta nr 1 EKO-WOD	8,00	35%	11%	9,0%

3.	Oferta nr 2 FRANŚLAW	14,00	50%	25%	0%
----	----------------------	-------	-----	-----	----

Porównanie tabeli elementów scalonych oferentów:

Lp.	Oferty	Robocizna	Materiały	Sprzęt	Kp	Kz	Z
1.	Oferta Nr 1 EKO-WOD	1 335 928,58	8 385 438,04	1 426 840,73	966 125,22	45 466,63	410 273,03
2.	Oferta Nr 2 FRANŚLAW	2 309 015,81	8 051 825,06	2 068 109,11	2 188 706,24	0,00	1 642 508,03

Zdaniem Zamawiającego tabela elementów scalonych pokazuje porównywalne wartości materiałów i pracy sprzętu w ofertach, a różnice powstają w robociznie oraz kosztach pośrednich i zysku ofert.

Informacja SEKOCENBUD o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego IRS z IV kwartału 2010r. dla robót inżynierskich (w tym wodno-melioracyjnych) netto w skali kraju

Wskaźniki i stawka robocizny	min.	max	średnia
Stawka robocizny	8,00	27,00	13,76
Wskaźnik narzutów kosztów pośrednich	44,00	85,00	64,70
Wskaźnik narzutów zysku	5,00	20,00	11,70
Wskaźnik narzutów kosztów	0,00	20,00	8,20

Kosztorys inwestorski opracowano w oparciu o średnie parametry kalkulacyjne wynikające z przeprowadzonych w 2010 r. procedur przetargowych w LZMiUW O/Gorzów na roboty melioracyjne inwestycyjne.

Jako *Analizę elementów kosztorysów ofertowych* Zamawiający przedstawił następujące informacje:

Różnica pomiędzy kosztorysem inwestorskim a ceną netto oferty „EKO-WOD” wynosi 6.198.607,58 zł. Różnica pomiędzy kosztorysem inwestorskim a ceną netto oferty „FRANŚLAW” wynosi 2.508.560,56 zł. Podstawowa różnica wynikała na pozycjach dotyczących formowanie nasypów z ziemi dostarczonej środkami transportu: poz.46 kosztorysu inwestorskiego „Odcinek obręb Dąbroszyn” oraz poz. 41 kosztorysu inwestorskiego „Odcinek w obrębie Kostrzyn n/Odrą”:



Lp.	Opracowanie	Cena jednostkowa formowania nasypów	poz. 46 kosztorysu inwestorskiego	poz. 41 kosztorysu inwestorskiego	Razem
1	Kosztorys inwestorski	87,66 zł/m <sup>3</sup>	8 233 816,14	1 499 862,60	9 733 678,74
2	Oferta Nr 1 EKO-WOD	48,63 zł/m <sup>3</sup>	4 567 767,27	832 059,30	5 399 826,57
3	Oferta Nr 2 FRANSŁAW	38,58 zł/m <sup>3</sup> 43,12 zł/m <sup>3</sup>	3 623 780,82	737 783,20	4 361 564,02

Obie oferty na formowanie nasypów z ziemi dostarczonej środkami transportu zostały skalkulowane na porównywalnym poziomie. Dowóz mas ziemnych dla powyższego zadania wskazano w Projekcie wykonawczym, umieszczonym na stronie Zamawiającego, ze złożeń położonych w najbliższej odległości od robót a należących do firmy „Kruszywo” Kostrzyn nad Odrą. Koszt zakupu gruntu z załadunkiem (bez transportu) został określony na 13,50zł/m<sup>3</sup>.

Jako *Analizę czynników cenotwórczych – materiały i sprzęt* Zamawiający przedstawił następujące dane:

Porównanie cen wybranych materiałów i sprzętu z oferty z cenami SEKOCENBUD IV kw. 2010 r.:

Lp.	Materiał/Sprzęt	jedn. miary	SEKOCEN-BUD [cena min]	SEKOCEN-BUD cena [średnia]	Oferta Nr 1 EKO-WOD	Oferta nr 2 FRANSŁAW
Materiały						
1.	grunt do wbudowania	m <sup>3</sup>	—	—	42,00	35,00
2.	piasek, piasek zwykły	m <sup>3</sup>	24,00	29,25	25,00	28,50
3.	piasek do betonów	m <sup>3</sup>	28,00	33,02	25,00	28,50
4.	Warstwa wierzchnia Hanse Grand Robust	t	—	—	215,00	310,00
5.	kruszywo łamane kliniec	t	68,50	73,77	75,00	65,00
6.	krawężnik drogowy betonowy 15x20	m	—	—	17,00	29,00
7.	krawężnik drogowy betonowy 15x30	m	19,40	22,00	17,00	16,00
8.	bentomata SP	m <sup>2</sup>	—	—	10,80	12,00
9.	biowłóknina	m <sup>2</sup>	—	—	1,95	2,23
10.	geowłóknina TS65	m <sup>2</sup>	—	—	3,80	3,60
Sprzęt						
1.	żuraw 5t	m-g	64.00	71.72	45.00	66.00
2.	koparka zbierakowa	m-g	—	—	85.00	72.00
3.	koparka gaśnicowa 0.25m'	m-g	62.00	65.40	60.00	72.00
4.	koparka 0.6m	m-g	70.00	87.41	85.00	77.00
5.	spycharka gaśnicowa 55kW	m-g	63.00	69.91	70.00	78.00

6.	spycharka gašienicowa 74kW	m-g	74.00	79.17	80.00	82.00
7.	spycharka gašienicowa UOkW	m-g	92.00	109.14	95.00	—
8.	walec statyczny samojezdny 10 t	m-g	58.00	76.08	55.00	74.00
9.	walec statyczny samojezdny 12 t	m-g	74.00	83.61	55.00	76.00
10.	walec statyczny samojezdny 15 t	m-g	74.00	83.61	55.00	78.00
11.	samochód samowyladowczy 5 t	m-g	53.00	60.94	40.00	78.00

Sprawdzenie ceny oferty nr 2 do stawki R-g oferty nr 1:

$$2.309.015,81:14 \times 8 = 1.319.437,61 + (S=2.068.109,11) = 3.387.546,72 \times (kp=35\%) \times (z=11\%) = 5.076.238,76 + (M \times Kz = 1,09 = 8.776.489,32) = 13.825.728,08 \text{ zł}$$

Jako *Analizę zamówień w LZMiUW porównywalnych zakresem do przedmiotu zamówienia* Zamawiający wskazał następujące informacje:

Oferty złożone w dniu 30.06.2011 r. na zadanie: Gorzów-Jasiniec – modernizacja prawostronnego przeciwpowodziowego wału rzeki Warty w km wału 39+700-46+000. Porównanie parametrów kalkulacyjnych:

L.p.	Opracowanie	R-g	Kp	Z	Kz
1.	Oferta Nr 1 RPM Lubliniec	8,00	25%	5%	0%
2.	Oferta Nr 2 konsorcjum PBG - Wojciech Ferenc	15,00	40%	15%	5%
3.	Oferta Nr 3 Mostostal Warszawa	9,00	45%	5%	0%
4.	Oferta Nr 4 Ekomeł-Holding	13,50	65%	10%	0%

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w środkach ochrony prawnej, odpowiedzi na odwołanie, a**

**także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert – ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko ofercie z najniższą ceną. Jednocześnie dokonany przez Zamawiającego wybór tej oferty bez wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby liczyć w przeciwnym razie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: kosztorysu inwestorskiego, ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. z załącznikami, ofert złożonych w postępowaniu, przywołanych w niniejszym uzasadnieniu pism i dokumentów, a także protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Bezsporne między Stronami były następujące podstawowe okoliczności faktyczne. Zamawiający ustalił wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia na kwotę 18.768.724,81 zł, natomiast bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 23.085.531,51 zł. Obie kwoty wynikają z kosztorysu inwestorskiego datowanego na 18 lutego 2011 r., sporządzonego dla Zamawiającego przez biuro kosztorysowe BOWA Bolesław Walicki z Zielonej Góry. W

postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Odwołującego z ceną 20.000.002,03 zł (16.260.164,25 zł netto) i spółki „EKO-WOD” z ceną 15.461.244,19 (12.570.117,23 zł netto). Zatem niesporna była również okoliczność, iż cena oferty wybranej przez Zamawiającego stanowi 67 % wyliczonej przez Zamawiającego ceny kosztorysowej robót, a także jest o ponad 23% niższa od ceny oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby zważył, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy zasadny jest zarzut zaniechania przez Zamawiającego podjęcia działań w celu ustalenia, czy oferta spółki z o.o. „EKO-WOD” z siedzibą w Świdnicy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie chodzi przy tym o podnoszoną przez Odwołującego wykładnię językową przepisu art. 90 ust. 1 pzp, niewiele wnoszącą dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Oczywiście jest bowiem, iż w celu ustalenia zajścia przesłanki rażąco niskiej ceny złożonej oferty zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, natomiast margines swobody zamawiającego wyraża się w tym, czy konkretnych okolicznościach mógł i powinien powziąć wątpliwości tym zakresie. W przepisie art. 90 ust. 1 pzp mowa jest wprost o ustalaniu, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dorobkiem orzecznictwa (przywołanego po części w odwołaniu) jest wypracowanie zobiektywizowanych kryteriów pozwalających stwierdzić, czy w danym przypadku zachodzi konieczność takiego ustalenia. Jako podstawowe kryterium jest uznawane porównanie ceny danej oferty z ustaloną przez zamawiającego wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku od towarów i usług. Innym istotnym kryterium wskazywane jest zestawienie ceny badanej oferty z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego Izby w sytuacji złożenia w przedmiotowym postępowaniu tylko dwóch ofert, użyteczność tego ostatniego kryterium jest jednak ograniczona. Sama oferta Odwołującego nie stanowi bowiem wystarczającej próbki cen jakie rynek wykonawców może zaoferować za wykonanie przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego. Tym większe znaczenie należy przypisać punktowi odniesienia, jakim jest ustalona przez Zamawiającego wartość kosztorysowa robót. W ocenie Izby brak jest przy tym podstaw do uznania, iż nie została ona ustalona w sposób wynikający z przepisu art. 33 pzp, a przede wszystkim, iż nie została ustalona z należyłą starannością, jak tego wymaga przepis art. 32 ust. 1 pzp. Przeciwnie, kosztorys inwestorski został starannie przygotowany przez specjalistyczne biuro kosztorysowe, z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia, m. in. przez odrębne ujęcie wyceny: odcinka wału w obrębie Dąbroszyna, odcinka wału w obrębie Kostrzyna nad Odrą, zatok turystycznych i parkingów w obrębie Dąbroszyna, a także dowozu gruntu z rezerw do miejsca wbudowania. W niniejszej

sprawie żadna ze Stron nie podnosiła również, iż od czasu jego opracowania nastąpiła taka zmiana sytuacji, iż przyjęte przy jego opracowaniu założenia są nieaktualne, w szczególności powodując zawyżenie wartości zamówienia ustalonej w lutym tego roku w stosunku do aktualnych realiów rynkowych.

Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu *tabele z danymi liczbowymi dotyczącymi przedmiotu zamówienia*, przedstawiające analizę złożonych ofert w kontekście kosztorysu inwestorskiego, z dodatkowym uwzględnieniem informacji SEKOCENBUD z IV kwartału 2010 r. Z porównania parametrów kalkulacyjnych (pierwsza tabela załącznika) przyjętych przez „EKO-WOD” z założonymi w kosztorysie inwestorskim („KI”), wynika, iż na niższym poziomie w ofercie są: koszt roboczogodziny („R-g” – 8,00 zł przy 11,00 w KI) oraz wskaźnik narzutu kosztów pośrednich („Kp” – 35% przy 40% w KI), natomiast wyższe w tej ofercie są: wskaźnik narzutu kosztów zakupu („Kz” – 9,0% przy 0% w KI) oraz wskaźnik narzutu zysku („Z” – 11% przy 10% w KI). Z informacji przedstawionych przez Zamawiającego w trzeciej tabeli wynika jednocześnie, iż według danych SEKOCENBUD dla robót inżynierskich (w tym wodno-melioracyjnych) w skali kraju, minimalna stawka roboczogodziny wyniosła co prawda 8,0 zł, jednak minimalny poziom wskaźnika narzutu kosztów pośrednich oscylował na poziomie 44%, przy czym ich średnie wartości wynosiły odpowiednio 13,76 zł i 64,70%. Zamawiający sam przy tym wskazał, iż przyjęte w kosztorysie inwestorskim parametry kalkulacyjne oparto na średnich wielkościach wynikających z przeprowadzonych w 2010 r. przez niego procedur przetargowych na inwestycyjne roboty melioracyjne, a zatem, zdaniem składu orzekającego Izby, należy uznać je za najbardziej adekwatne. W drugiej tabeli Zamawiający dokonał porównania wartości elementów scalonych (Robocizny, Materiałów, Sprzętu oraz Kp, Kz i Z) obu złożonych ofert. O ile można się zgodzić, iż rzeczywiście porównywalna jest wartość materiałów („EKO-WOD” 8.385.438,04 zł a Odwołujący 8.051.825,06 zł), to trudno uznać za porównywalną wycenę pracy sprzętu na kwotę 1.426.840,73 zł w ofercie „EKO-WOD”, z wyraźnie wyższą kwotą 2.068.109,11 zł w ofercie Odwołującego, nie mówiąc już o porównaniu wartości kosztów pośrednich, która jest w ofercie „EKO-WOD” ponad dwa razy niższa niż u Odwołującego (966.125,22 zł do 2.188.706,24 zł). Różnicy cen pomiędzy tymi ofertami nie tłumaczy również znacznie niższa kwota zysku przyjęta przez „EKO-WOD” na poziomie 410.275,03 zł, w stosunku do założonej przez Odwołującego kwoty 1.642.508,00 zł. Przede wszystkim istotne jest, że w tabeli tej Zamawiający w ogóle nie zestawiał tych wartości wykonawców z odpowiednimi wartościami kosztorysu inwestorskiego, co czyni ją bezużyteczną na potrzeby obrony jego stanowiska. Ponieważ również oferta Odwołującego jest wyraźnie niższa niż

wartość kosztorysu inwestorskiego, oczywistym jest, iż takie zestawienie ukazałoby odbieganie w każdym aspekcie oferty „EKO-WOD” od wartości skalkulowanych przez Zamawiającego. Z kolei zawarte w piątej tabeli przygotowanej przez Zamawiającego porównanie cen wybranych materiałów i sprzętu w ofertach z cenami SEKOCENBUD (minimalnymi i średnimi), ujawnia przyjęcie w ofercie „EKO-WOD”, w dwóch przypadkach dla materiałów (poz. 3 piasek dla betonów i poz. 7 krawężnik drogowy betonowy 15x30) oraz w aż 5 przypadkach dla sprzętu (poz. 1 żuraw 5 t, poz. 3 koparka gąsienicowa 0,25 m<sup>3</sup>, poz. 8 walec statyczny samojezdny 10 t, poz. 9 walec statyczny samojezdny 12 t, poz. 11 samochód samowyładowczy 5 t) – cen niższych, niż ceny minimalne SEKOCENBUD. Przy czym na przykład dla wywrotek do 5 ton jest to znacząca różnica (40 zł w stosunku do 53 zł), a mają one istotne znaczenie w przyjętej technologii wykonania robót, zakładającej ich duże wykorzystanie przy dostarczeniu ziemi do formowania wału. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie zawarł żadnego wytłumaczenia dlaczego taki wynik przeprowadzonej przez siebie analizy, nie wzbudził u niego żadnych wątpliwości co do realności cen kalkulacyjnych przyjętych w ofercie „EKO-WOD”. Z kolei pytany na rozprawie Zamawiający jedynie ogólnikowo wskazywał, iż w województwie lubuskim możliwe są niższe ceny, a wykonawcy dążą do obniżania wskaźnika kosztów pośrednich przez oferowanie wykonywania robót nowocześniejszym i mniej paliwożernym parkiem maszynowym. Izba zważyła, iż są to jedynie przypuszczenia Zamawiającego, nie poparte żadnymi dowodami, ani informacjami uzyskanymi od spółki „EKO-WOD”.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy miało jednak poprzestanie przez Zamawiającego na zidentyfikowaniu głównego źródła ustalonej na kwotę 6.198.607,58 zł netto różnicy pomiędzy kosztorysem inwestorskim a ofertą „EKO-WOD”. Zamawiający ustalił bowiem, iż tylko różnice w dwóch zasadniczych pozycjach dotyczących formowania nasypów z ziemi dostarczonej środkami transportu (poz. 46 kosztorysu dotyczącego odcinka wału w obrębie Dąbroszyna oraz poz. 41 kosztorysu dotyczącego odcinka wału w obrębie Kostrzyna nad Odrą), opiewają na kwotę 4.333.852,17 zł netto. Na płaszczyźnie cen jednostkowych formowania nasypów oznacza to, iż w ofercie „EKO-WOD” przyjęto wartość 48,63 zł/m<sup>3</sup>, przy założonej w kosztorysie inwestorskim wielkości 87,66 zł m<sup>3</sup>. Zamawiający zadowolił się ustaleniem, iż ponieważ w tych dwóch pozycjach oferta Odwołującego przewiduje jeszcze niższe wartości, to w tym aspekcie obie oferty zostały skalkulowane na podobnym, porównywalnym poziomie. Dodatkowo na dowód tej porównywalności złożonych ofert Zamawiający zaprezentował wynik działania, w którym podstawił stawkę roboczogodziny, wskaźnik narzutu kosztów pośrednich i wskaźnik narzutu zysku z oferty

„EKO-WOD” do oferty Odwołującego. Istotne, że zarówno uzyskana w ten sztuczny sposób kwota netto 13.825.728,08 zł, podobnie jak i „prawdziwa” kwota netto oferty „EKO-WOD” w wysokości 12.570.117,23 zł, znacząco odbiegają od kwoty netto 18.768.724 zł kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający nawet nie próbował wyjaśnić dlaczego tak znacząca różnica pomiędzy aktualnym kosztorysem inwestorskim a ofertą „EKO-WOD”, nie wzbudziła u niego żadnych wątpliwości i obaw, czy zawarta w tej ofercie cena nie ma znamion rażąco niskiej w stosunku do wycenionego z należytą starannością przedmiotu zamówienia. W tych okolicznościach stanowisko Zamawiającego, iż nie miał ku temu podstaw, gdyż cena tej oferty stanowi 67% wartości kosztorysu inwestorskiego, nie zasługuje na aprobatę. Z kolei nie ma żadnego znaczenia dla wynikających z przepisów ustawy pzp obowiązków Zamawiającego w toku badania ofert złożonych w prowadzonym przez niego postępowaniu, ogólnikowe i nieweryfikowalne jego stwierdzenie, że *za podobne ceny wykonywana jest znaczna część zamówień publicznych w kraju*. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił żadnych rzeczowych argumentów pozwalających na obiektywne uznanie ceny oferty „EKO-WOD”, bez wezwania tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na jej wysokość, za pozwalającą na należyte wykonanie zamówienia. W szczególności nie jest takim argumentem akceptowanie przez Zamawiającego w kolejnych prowadzonych przez siebie postępowaniach, pomimo wątpliwości, cen ofert jeszcze bardziej znacząco odbiegających od wartości szacunkowych inwestora. Natomiast stwierdzona na poziomie 33% różnica pomiędzy ceną wybranej oferty a wartością szacunkową zamówienia (brutto), przekracza znacząco próg różnicy 20%, co do zasady uznawany w krajowym i unijnym orzecznictwie, jako wyznacznik powstania po stronie zamawiających obowiązku wszczęcia procedury wyjaśniającej w tym zakresie. Zauważyć należy, iż jeżeli uznać za miarodajny punkt odniesienia ofertę Odwołującego, to różnica na poziomie 23% w stosunku do ceny tej oferty, także uzasadnia jej wszczęcie w świetle kryterium wypracowanego w tym zakresie przez to orzecznictwo (różnica na poziomie 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach). Nawet w stosunku do uśrednionej ceny z obu złożonych ofert (17.730.623,11 zł), cena oferty „EKO-WOD” spełnia to kryterium różnicy uzasadniającej powstanie wątpliwości.

Wobec tego skład orzekający Izby stwierdził, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający miał obowiązek wszczęcia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy pzp. Wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 pzp spółki „EKO-WOD” do udzielenia wyjaśnień jest uzasadnione prawdopodobieństwem, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający miał obowiązek zwrócić

się o stosowne wyjaśnienia wobec stwierdzenia, że zaoferowana cena znacząco odbiega od prawidłowo ustalonej wartości szacunkowej zamówienia (brutto), a także od ceny zaoferowanej przez Odwołującego, a nie znajduje to uzasadnienia w charakterze przedmiotu zamówienia i specyfice rynku. Pomimo braku przedstawienia przez Odwołującego *dogłębnej analizy rynku*, na którą powoływał się w odwołaniu, informacje przedstawione przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego nie wykazały, iż specjalistyczny przedmiot zamówienia, jak również wąski rynek wykonawców zainteresowanych jego wykonaniem, pozwalają bez żadnych wyjaśnień uznać za realną cenę zaoferowaną przez spółkę „EKO-WOD”.

Stwierdzenie zaistnienia obowiązku przeprowadzenia procedury wyjaśniającej z art. 90 pzp w żaden sposób nie może przesądzać jej rezultatu, gdyż w przeciwnym razie nie miałyby ona żadnego merytorycznego znaczenia, stanowiąc wymaganie czysto formalne. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż zaistniało *graniczące z pewnością domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej* przez „EKO-WOD” spółkę z o.o. z siedzibą w Świdnicy. Wykonawca ten ma bowiem możliwość wykazania w sposób wynikający z przepisu art. 90 ust. 2 pzp, iż zaoferowana cena jest w jego przypadku realna i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia. Z uwagi na powyższe, zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 pzp należy uznać za przedwczesny na tym etapie postępowania, a tym samym za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp, orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

**Przewodniczący:**