

WYROK

z dnia 12 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 12 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Z..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z..... Z..... Przedsiębiorstwo Drogowe, AG SYSTEM Sp. z o.o., 51-503 Wrocław, ul. Chałupnicza 21**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A., 50-421 Wrocław, ul. Na Grobli 14/16**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Z..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z..... Z..... Przedsiębiorstwo Drogowe, AG SYSTEM Sp. z o.o i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Z..... Z..... prowadzącego działalność gospodarczą pod

nazwą Z..... Z..... Przedsiębiorstwo Drogowe, AG SYSTEM Sp. z o.o tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. i Gmina Wrocław w imieniu których działa Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: „Wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie i rozbudowie sieci wodociągowej i kanalizacyjnej na osiedlu Osobowice”.

Konsorcjum firm: Z..... Z..... – (Lider konsorcjum) Z..... Z..... Przedsiębiorstwo Drogowe z siedzibą we Wrocławiu i AG SYSTEM Sp. z o.o. w Krakowie wniosło odwołanie od czynności Zamawiającego od wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz odrzuceniu oferty w ww. postępowaniu i wykluczeniu z postępowania.

I. Czynnościom Zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, bowiem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego konsorcjum z powodu niewyjaśnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Konsorcjum przedstawiło wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem. Niewystarczającym dla zastosowania „sankcji” odrzucenia oferty jest stwierdzenie Zamawiającego, iż cena wykonawcy odbiega od cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz od wartości szacunkowej zamówienia, bowiem okoliczności powyższe w konkretnym postępowaniu mogą okazać się nieistotne dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Dla zastosowania sankcji niezbędne jest stwierdzenie rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia takiego stanowiska, czego Zamawiający nie uczynił. Ponadto, żądanie od Odwołującego konsorcjum dostarczenia dowodów potwierdzających i wykazujących każdy z elementów cenotwórczych w przypadku ceny ryczałtowej nie było możliwe w wyznaczonym terminie (8-dniowym). Zamawiający, przekazując wezwanie, określa termin, w jakim oczekuje na udzielenie wyjaśnień. Ustawa pozostawia mu swobodę (ale nie dowolność) w określeniu tego terminu, powinien to być termin umożliwiający wykonawcy ustosunkowanie się do przedstawionego pytania. Sprzeczne z ustawą byłoby uznanie za rażąco niską ceny i odrzucenie oferty, bez możliwości wykazania, że jest ona rzetelna. Niewątpliwie termin 8-dniowy nie był terminem, który umożliwiałby udowodnienie wszystkich okoliczności w takim stopniu, który później (przy odrzuceniu oferty) określił Zamawiający z wykorzystaniem daleko posuniętej kazuistyki. Drogą faxową Wykonawca otrzymał wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w dn. 29.04.2013r..

Termin na wyjaśnienie ujmował 5 dni długiego weekendu majowego. Zamawiający w uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia domagał się wykazania okoliczności niemożliwych, dotyczących np. precyzyjnie określonej kwoty dotyczącej wynagrodzeń w zastosowanej organizacji pracy. Na tym etapie, na jakim Zamawiający żądał wyjaśnień Wykonawca nie był w stanie okoliczności takiej przedstawić z precyzją, jaką ujawnił Zamawiający dopiero w rozstrzygnięciu obecnie skarżonym. W dacie udzielania odpowiedzi przez Konsorcjum nie zapadła jeszcze ostateczna decyzja o tym, czy prace będą prowadzone w ruchu ciągłym, w równoważnym czasie pracy, czy w systemie trzymianowym (brygadowym).

Na tym etapie taka okoliczność- bez zapoznania się z zakresem np. udostępnionego frontu robót sprawnością procedur nadzorczych zatwierdzających zaoferowane materiały- nie była możliwa.

- naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego konsorcjum w sytuacji, gdy oferta Odwołującego została skalkulowana prawidłowo, a zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską, co zostało w dostateczny sposób wykazane w postępowaniu.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, tj.: siwz, a w szczególności:

- pkt XIII. Opis sposobu Obliczenia Ceny - na okoliczność ustalenia przez Zamawiającego ceny ryczałtowej za wykonanie robót budowlanych objętych zamówieniem publicznym oraz braku wymogu (zakazu) dołączania kosztorysu ofertowego do oferty;

- oferty Odwołującego w zakresie zaoferowanej ceny i jej poszczególnych zakresów (str. 1-2 formularza oferty) - na okoliczność jej treści, a w szczególności na okoliczność ceny zaproponowanej przez Odwołujące konsorcjum w poszczególnych zakresach: sieci wodociągowej, sieci kanalizacji sanitarnej, zakresu dot. Gminy Wrocław;

- ofert złożonych przez pozostałych wykonawców z podziałem na poszczególne zakresy, tj.: za zakres MPWiK S.A. za roboty budowlane dotyczące sieci wodociągowej, zakres MPWiK S.A. za roboty budowlane dotyczące sieci kanalizacji sanitarnej, zakres Gminy Wrocław;

-pisma Zamawiającego z kwietnia 2013 r. - na okoliczność wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz sposobu sformułowania tego wezwania (treść tego pisma nie pozostaje w żadnej korelacji z treścią uzasadnienia rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty.);

-pisma Odwołującego z 8 maja 2013 r. nr PD/31/05/TT/2013 - na okoliczność jego treści;

-zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 maja 2013 r.;

b) tabeli zawierającej zestawienie cen ofertowych złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z podziałem na ceny za poszczególne zakresy zamówienia tj.: za zakres MPWiK S.A. za roboty budowlane dotyczące sieci wodociągowej,

zakres MPWiK S.A. za roboty budowlane dotyczące sieci kanalizacji sanitarnej, zakres Gminy Wrocław - na okoliczność jej treści;

c) szczegółowego kosztorysu na roboty budowlane objęte przedmiotowym zamówieniem, z zakresu MPWiK S.A. za roboty budowlane dotyczące sieci kanalizacji sanitarnej - na okoliczność jego treści;

d) szczegółowych ofert materiałowych - na okoliczność ich treści tj. wartości pozycji materiałowych zastosowanych w ustaleniu ceny ofertowej;

III. Odwołujący wnosi o: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty zawierającej - zdaniem Zamawiającego- rażąco niską cenę złożoną przez odwołującego; nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. Zamawiający ustanowił cenę ryczałtową za wykonanie robót budowlanych objętych zamówieniem publicznym oraz nie wymagał (wręcz zakazał) dołączania kosztorysu ofertowego do oferty. (pkt XIII. Opis sposobu Obliczenia Ceny)

Odwołujące konsorcjum zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za ryczałtową cenę brutto: 14.505.390,00 zł, w tym w zakresie robót budowlanych dotyczących sieci wodociągowej w kwocie 5.304.990,00 zł brutto, w zakresie robót budowlanych dotyczących sieci kanalizacji sanitarnej w kwocie: 8.068.800,00 zł brutto, w zakresie Gminy Wrocław (obejmującym roboty drogowe) w kwocie: 1.131.600,00 zł brutto.

W postępowaniu oferty złożyli również wykonawcy: Przedsiębiorstwo Drogowe Drobud, Skanska S.A., Elektrotim S.A., Complexbud Sp.z o.o. W zakresie robót budowlanych dotyczących sieci wodociągowej wykonawca Skanska S.A. zaoferowała cenę brutto 5.194.557,00 zł (tj. cenę niższą od ceny zaoferowanej przez Odwołujące konsorcjum o 110.433,00 zł) i nie była wzywana przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp. W zakresie robót dot. Gminy Wrocław wykonawca Skanska S.A. zaoferowała cenę brutto 1.132.507,00 zł (tj. cenę wyższą od ceny zaproponowanej przez Odwołujące konsorcjum o 907,00 zł - słownie: dziewięćset siedem złotych) i nie była wzywana przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp. Ponadto, w zakresie robót do. Gminy Wrocław wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowe Drobud zaoferowała cenę 1.089.001,00 zł (tj. cenę niższą od ceny konsorcjum o 42.599,00 zł) i nie była wzywana do złożenia wyjaśnień.

Pismem z 24 kwietnia 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w terminie do dnia 8 maja 2013 r.

Konsorcjum przedstawił wyjaśnienia w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności dotyczących: kosztów materiałów, kosztu robocizny, kosztów sprzętu, kosztów zajęcia terenu oraz przewidywanego zysku oraz pozostałych czynników cenotwórczych, a także złożył oświadczenie, iż cena została skalkulowana prawidłowo i nie jest rażąco niska, przytaczając w tym zakresie przekonywujące argumenty. W ramach wyjaśnień przedstawił również zestawienia wartości podstawowych rodzajów robót, dokonując na tym tle precyzyjne wyceny w obrębie grup zadań. Udzielony przez Zamawiającego czas nie pozwolił na opracowanie pełnego, analitycznego kosztorysu.

Zawiadomieniem z dnia 17 maja 2013 r. nr NZ.240.3.2013 Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty nr 2 złożonej przez Skanska S.A. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego konsorcjum. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, iż odpowiedź udzielona przez Odwołujące konsorcjum na żądanie Zamawiającego w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp była niewystarczająca, bowiem konsorcjum nie przedstawiło obiektywnych wyjaśnień czynników cenotwórczych oraz konkretnych dowodów na ich poparcie. W ślad za powyższym Zamawiający ocenił, iż taką sytuację należy traktować jako nieudzielenie wyjaśnień w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 3 Pzp, co uzasadnia odrzucenie oferty. (Zamawiający powołał również szereg orzeczeń Krajowej Izby co do sposobu rozumienia wyrażenia prawnego „wyjaśnienie” z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp.). Orzeczenia te dotyczyły jednak odmiennych stanów faktycznych.

II. W ocenie Odwołującego Zamawiający niewłaściwie zastosował w niniejszej sprawie przepis art. 90 ust. 3 Pzp, odrzucając ofertę Z..... Z..... i AG SYSTEM Sp. z o.o. Zamawiający nie przedstawił w wezwaniu oczekiwanego stopnia sprecyzowania informacji jakich się domagał, pomimo, iż kryteria te niezwykle szczegółowo zaprezentował w zaskarżonym rozstrzygnięciu. Wykazanie żądanego stopnia uszczegółowienia było wymagane, aby spełnić oczekiwania Zamawiającego (oczekiwania te są daleko różne od tego, czego wymaga ustawodawca od Wykonawcy, któremu postawiono zarzut zgłoszenia rażąco niskiej ceny; Jak wskazuje W. Iwaniec [w:] artykuł Problemy prawne i praktyczne Zam.Pub.Dor.2012.5.17: „Zamawiający nie może zwracać się ogólnikowo o wyjaśnienia (dot. podejrzenia rażąco niskiej ceny - przyp. aut.) - wprost przeciwnie, powinien dokładnie określić stopień ich szczegółowości i dopiero po ich ocenie podejmować decyzję o ewentualnym odrzuceniu oferty.” Zamawiający nie przedstawił oceny wyjaśnień Odwołującego konsorcjum, która potwierdzałaby, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W żadnej części pisma Zamawiający nie stwierdził, iż wyjaśnienia Odwołującego konsorcjum prowadzi do wniosku, iż cena ofertowa jest cena rażąco niską. Przytoczona w rozstrzygnięciu argumentacja przyjmuje postać raczej ogólnych

tez, które Zamawiający wygłasza w tego typu sprawach, a nie odnosi się do właśnie tego, ocenianego stanu faktycznego.

W zakresie szczegółowości udzielenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 90 ust. 2 p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza nie zajmowała jednolitego stanowiska. W występującej linii orzeczniczej KIO przyjmuje się, iż wyjaśnienia w trybie przepisu art. 90 ust. 2 Pzp mogą mieć charakter ogólny. W wyroku z 17 listopada 2009 r., KIO/UZP 1400/09, Izba zajęła stanowisko: „Stwierdzić bowiem należy, że przepisy ustawy Pzp, jak i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, w tym przede wszystkim rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2008 r. Nr 188 poz. 1154), nie nakładają na Zamawiającego jakiegoś szczególnego obowiązku dokumentowania dokonywanej czynności wyjaśnień przeprowadzanych na podstawie art. 90 ust. 1- 3 ustawy Pzp. Z przepisów tych wynika jedynie konieczność skierowania w tym zakresie pisemnego wezwania do wykonawcy oraz udzielenia takich wyjaśnień przez wykonawcę, co w tym przypadku miało miejsce.” (Jak wskazuje z kolei D. Rogoń [w:] Komentarz do art.90 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Lex stan prawny na 2006.08.01 stwierdzenie, iż oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny może opierać się również na samych oświadczeniach wykonawcy). W ocenie Odwołującego konsorcjum, wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 8 maja 2013 r. nr PD/31/05/TT/2013 były wystarczająco konkretne, szczegółowe, obiektywne i wbrew twierdzeniu Zamawiającego mieściły się w pełni w przesłanej prawnej „wyjaśnieniu” w rozumieniu przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego konsorcjum, Z..... Z..... i AG SYSTEM Sp. z o.o. nie mieli obowiązku udowodnienia (tak jak w postępowaniu sądowym), a to przez przedstawienie szczegółowych dowodów i wszystkich elementów cenotwórczych, iż podana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską (na marginesie wskazać należy, iż udowodnienie takiej okoliczności w cywilnym postępowaniu sądowym wymagałoby wiedzy specjalnej biegłego, który sporządziłby opinię w tym przedmiocie. Na etapie wyjaśniania, że cena nie posiada znamion ceny rażąco niskiej oczekiwaniom Zamawiającego nie sprostaby nawet biegły sądowy w zakresie kosztorysowania wartości robót budowlanych , albowiem jednym z oczekiwanych przez Zamawiającego elementów było wskazanie oszczędności w ramach przyjętej organizacji pracy. Zamawiający dał wyraz swym oczekiwaniom w rozstrzygnięciu przetargu. Tymczasem nikt nie może być zobowiązany do wykonania obowiązków niemożliwych. Takie żądanie nie jest oparte na obowiązującym prawie. Natomiast siłą rzeczy subiektywność oceny występowania rażąco niskiej ceny przemawia za niestosowaniem podobnych środków na gruncie postępowania uregulowanego w Pzp). Zważyć należy, również, że udokumentowanie i udowodnienie wszystkich okoliczności wpływających na

cenę ofertową (ryczałtową) zgodnie z oceną Zamawiającego w wyznaczonym terminie 8 dni doprowadziłoby do zaangażowania nieproporcjonalnych środków osobowych, a w konsekwencji paraliżu pracy obu firm uczestniczących w konsorcjum, które równolegle wykonują i ubiegają się o inne zamówienia. Żądanie od Odwołującego konsorcjum dostarczenia dowodów (w takim zakresie jaki Zamawiający ujawnił dopiero w treści rozstrzygnięcia- bo przemilczał te oczekiwania w wezwaniu) potwierdzających i wykazujących każdą z okoliczności cenotwórczych w przypadku ceny ryczałtowej nie było możliwe w wyznaczonym terminie (8-dniowym). Jak wskazuje W. D..... [w:] Komentarz do art.90 ustawy Lex stan na 2012.05.01: „Zamawiający, przekazując wezwanie, określa termin, w jakim oczekuje na udzielenie wyjaśnień. Ustawa pozostawia mu swobodą w określeniu tego terminu, należy jednak przyjąć, iż powinien to być termin umożliwiający wykonawcy ustosunkowanie się do przedstawionego pytania. Sprzeczne z ustawą byłoby uznanie za rażąco niską ceny i odrzucenie oferty, bez możliwości wykazania, że jest ona rzetelna”; podobnie K. J..... [w:] Praktyczne wyjaśnienia oraz wzory umów i pism, Warszawa 2001, który wskazuje, iż: „ Wprowadzie ustawa nie przewiduje terminu, w którym wykonawca winien złożyć stosowne wyjaśnienia, jednakże zamawiający winien go zakreślić z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także realnej możliwości pozyskania dowodów i sporządzenia wyjaśnień.” Niewątpliwie termin 8-dniowy nie był terminem, który umożliwiałby udowodnienie wszystkich okoliczności w takim stopniu, który później (przy odrzuceniu oferty) określił Zamawiający. Na marginesie wskazać należy, że zakres ten może zdumiewać nawet doświadczone służby specjalizujące się w kosztorysowaniu np. taki charakter ma ocena kwoty zaoszczędzonej przy wprowadzeniu organizacji pracy, albo analiza ile zaoszczędzi się na kosztach zakwaterowania pracowników miejscowych..

Niezależnie od powyższego, stanowisko Zamawiającego, co do oceny składania wyjaśnień pozostaje w kolizji z zasadą „niezbędności” dokumentów, których może żądać zamawiający, wyrażoną w przepisie art. 25 Pzp oraz przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Jak wskazuje W. D..... [w:] Komentarz do art.90 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Lex stan na 2012.05.01: „(•••) w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Z ustawy nie wynika prawo zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, natomiast wykonawca, udzielając wyjaśnień, może takie dowody złożyć, a wówczas zamawiający

będzie zobowiązany, oceniając wyjaśnienia, wziąć pod uwagę ich poświadczenie stosownym dowodem.”

Wskazać należy ponadto, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia ustanawiała cenę ryczałtową oraz nie wymagała (wręcz zakazywała) przedkładania do oferty kosztorysu ofertowego. Tymczasem przyjęta przez Zamawiającego wykładnia pojęcia „wyjaśniania” prowadziłyby do zaprzeczenia ww. warunkowi oraz de facto nałożenia na Wykonawcę obowiązku sporządzenia szczegółowego kosztorysu ofertowego. , Ponadto, niezależnie od powyższej argumentacji skupiającej się na kwestiach proceduralnych postępowania wyjaśniającego prowadzonego w trybie przepisu art. 90 ust. 3, Odwołujące konsorcjum wskazuje, iż zaproponowana cena ryczałtowa była prawidłowo skalkulowana oraz materialnie (obiektywnie) nie była ceną rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Okoliczność, iż cena odbiegała od ofert konkurencji oraz kosztorysu własnego Zamawiającego jest jedynie okolicznością pomocniczą w postępowaniu wyjaśniającym i nie może automatycznie przesądzać o stwierdzeniu rażąco niskiej ceny. Ocena ta jest uzasadniona także tym, że pozostali wykonawcy w poszczególnych pozycjach podawali znacznie niższe od skarżącego Konsorcjum ceny. Jak wskazuje S. B..... ([w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, P. Janda, P. Pełczyński. S. Babiaryz. Z Czarnik, komentarz do art. 89 Pzp): „sam fakt stwierdzenia ceny najniższej nie jest podstawą do odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. nie tylko wtedy, gdy cena jest tylko jednym z kryteriów oceny ofert (np. jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najnowocześniejszych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, termin wykonania, zużycie energii, wydłużenie gwarancji powyżej określonego okresu itp.), ale też wtedy, gdy jest kryterium wyłącznym. ” (tak też: Prezes UZP w Komunikacie w sprawie stosowania kryterium ceny przy udzielaniu zamówień publicznych na roboty drogowe oraz odrzucenie oferty z najniższą ceną, www.uzp.gov.pl; tak też W. J..... w artykule „Rażąco niska cena w przetargach publicznych” [w:] M.Zam.Pub.2012.1.42: „Porównywanie ceny oferowanej przez wykonawcę do szacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia może być bardzo nieskuteczne, gdyż zamawiający bardzo rzadko jest w stanie realnie wycenić koszt zamówienia. ”). Zwłaszcza to ostatnie zdanie skonfrontowane z obserwowaną praktyką wykazuje wiele słuszności.

Brak definicji pojęcia „rażąco niska cena” oznacza konieczność rozpatrywania każdego przypadku z punktu widzenia racjonalności działania i każdego przypadku indywidualnie. Poza tym z wykładni językowej tego pojęcia wynika, że chodzi tu o przypadki „dające się łatwo stwierdzić, wyraźne, oczywiste, niewątpliwe, bezsporne” (Słownik języka polskiego, red. M. Szymczak, t. III, Warszawa 1981, s. 24; tak też: S. Babiaryz Komentarz... op.cit. tamże) w stosunku do cen rynkowych, a także wartości przedmiotu zamówienia (jak

wskazuje J. B..... w artykule „Odwołanie w przypadkach ściśle określonych” [w:] M.Zam.Pub.2009.11.38: „Dla uznania, że cena jest rażąco niska, konieczne jest wykazanie, iż przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. ”). Przede wszystkim należy podkreślić, iż zastosowanie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty było pod względem materialnym (obiektywnym) błędne.

Na potwierdzenie powyższego, oraz pomimo braku wymogu SIWZ w tym zakresie, Odwołujące konsorcjum przedstawia szczegółowy kosztorys robót objętych zamówieniem publicznym w zakresie robót budowlanych dotyczących sieci kanalizacji sanitarnej oraz tabelaryczne zestawienie cen ofertowych złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z podziałem na ceny za poszczególne zakresy zamówienia, tj.: zakres MPWiK S.A. za roboty budowlane dotyczące sieci wodociągowej, zakres MPWiK S.A. za roboty budowlane dotyczące sieci kanalizacji sanitarnej oraz zakres Gminy Wrocław. Analiza ofert złożonych przez pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności oferty wybranego wykonawcy, tj. firmy Skanska S.A. prowadzi do wniosku, iż w zakresie robót budowlanych dotyczących sieci wodociągowej oraz w zakresie robót dot. Gminy Wrocław nie można postawić Odwołującemu konsorcjum zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazać bowiem należy, iż w zakresie robót budowlanych dotyczących sieci wodociągowej wykonawca Skanska S.A. zaferowała cenę brutto 5.194.557,00 zł (tj. cenę niższą od ceny zaferowanej przez Odwołujące konsorcjum o 110.433,00 zł) i nie była wzywana przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp. W zakresie robót dot. Gminy Wrocław wykonawca Skanska S.A. zaferowała cenę brutto 1.132.507,0zł (tj. cenę wyższą od ceny zaproponowanej przez Odwołujące konsorcjum zaledwie o 907,0 zł - słownie: dziewięćset siedem złotych) i nie była wzywana do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp. Ponadto, w zakresie robót dot. Gminy Wrocław wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowe Drobud zaferowała cenę 1.089.001,0 zł (tj. cenę niższą od ceny zaproponowanej przez Odwołujące konsorcjum o 42.599,00 zł) i nie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp. Biorąc pod uwagę, iż ceny zaferowane w zakresie robót dotyczących sieci wodociągowej (MPWiK) oraz w zakresie robót dot. Gminy Wrocław były niemal identyczne lub niższe od cen zaferowanych przez Odwołujące konsorcjum (a następnie nie były kwestionowane przez Zamawiającego) to nie sposób przyjąć, iż mogłyby być ocenione, jako rażąco niskie (jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08, co do zasady porównanie kilku ofert wykonawców w tym samym postępowaniu i skonstatowanie, że są identyczne lub zbliżone wyklucza co do zasady

możliwość stwierdzenia rażąco niskiej ceny). Istotna różnica pomiędzy ceną zaproponowaną przez Odwołujące konsorcjum, a ceną zaoferowaną przez pozostałych wykonawców dotyczyła zakresu robót sieci kanalizacji sanitarnej. Na potwierdzenie, iż cena w powyższym zakresie została prawidłowo skalkulowana, Odwołujące konsorcjum przedstawiło szczegółowy kosztorys robót. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum przedstawienie kosztorysu robót na etapie wezwania w trybie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp nie stanowiło obowiązku wykonawcy, skoro postanowienia SIWZ (pkt XIII. Opis sposobu Obliczenia Ceny) wyraźnie wykluczały sporządzanie kosztorysów robót do skalkulowanej ceny ryczałtowej, a jednocześnie Zamawiający w wezwaniu nie sformułował wymogów, co do sposobu złożenia wyjaśnień oraz poziomu ich szczegółowości. Skoro Zamawiający nie sformułował w tym względzie żadnych wymogów, to nie można postawić Odwołującemu konsorcjum zarzutu, iż przy udzielaniu wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp kierowało się postanowieniami SIWZ zakazującymi sporządzania kosztorysu robót. Jednocześnie prawo Odwołującego konsorcjum do tego, by przedstawić kosztorys w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przepisu art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 3 zostało mocno ograniczone krótkim 8-dniowym terminem. Powyższy kosztorys robót potwierdza jednakże, iż cena za zakres robót MPWiK S.A. za roboty budowlane dotyczące sieci kanalizacji sanitarnej została skalkulowana prawidłowo, a wykonanie przedmiotu zamówienia było możliwe według cen materiałów, sprzętu i robocizny występujących na wolnym rynku i zyskowe.

Analiza ofert złożonych przez pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwzględnieniem poszczególnych zakresów robót, jak również przedłożony szczegółowy kosztorys robót w zakresie dot. sieci kanalizacji sanitarnej potwierdzają poprzednio złożone wyjaśnienia oraz oświadczenia konsorcjum, iż ryczałtowa cena za cały zakres robót objętych przedmiotowym zamówieniem publicznym nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że wykonawca wezwany nie wykazał, że cena nie jest rażąco niska. Odnosząc się do kosztorysu odwołującego załączonego do odwołania stwierdził, że szereg elementów robót w tym kosztorysie nie zostało wycenione lub wycena była zaniżona.

Złożył do akt zestawienie wyceny takich elementów w porównaniu z dokonaną przez niego wyceną. Różnica między wyceną własną, a wyceną odwołującego wynosi ponad 4mln zł. Stwierdził, że szczególnie wadliwie była dokonana wycena kosztów zajęcia pasa drogowego. Stawki te mają charakter urzędowy wynikający z ustawy o drogach. Odwołujący przyjął szerokość 1.5m zajęcia pasa, w rzeczywistości z uwagi na głębokość wykopów i bezpieczeństwo wymagane jest zajęcie szerszego pasa, a niekiedy wyłączenie z ruchu całej

drogi. Odnosząc się do wskazanego przez odwołującego innego przetargu stwierdził, że jest on prowadzony w innych uwarunkowaniach technicznych, a przede wszystkim postępowanie prowadzone jest w formule zaprojektuj i wybuduj.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że odwołujący nie wykazał właściwych sobie okoliczności pozwalających na skalkulowanie ceny na tak niskim poziomie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy. Izba oceniła, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną i gdyby nie została ona odrzucona, uzyskałby zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci kosztów sporządzenia oferty oraz utraty ewentualnego zysku, jaki zakładał z tytułu realizacji zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Merytorycznym zarzutem odwołania jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przepisem zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W rozpatrywanej sprawie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uznając, że wykonawca nie wyjaśnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W toku postępowania odwołujący nie kwestionował czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1, jakkolwiek w odwołaniu dodatkowo podnosił, że szczegółowe odniesienie się do żądania zamawiającego było utrudnione z uwagi na wyznaczony termin, który biegł w okresie tzw. weekendu majowego i jakkolwiek kalendarzowo wynosił 8 dni, to w wymiarze realnym stanowiło to 3 dni robocze.

Należy zauważyć, że wszczęcie procedury wyjaśnienia przez wykonawcę ceny oznacza powstanie domniemania, że zaoferowana cena jest rażąco niska, a ciężar dowodu i obalenie tego domniemania spoczywa na wykonawcy. W wezwaniu w tym zakresie zamawiający zażądał do wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny w szczególności dotyczących: kosztów materiałów, kosztów robocizny, kosztów sprzętu, kosztów zajęcia terenu oraz przewidywanego zysku oraz ewentualnych innych czynników wpływających na

wysokość ceny ofertowej, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy. W wyjaśnieniach odwołujący zadeklarował dokonanie kalkulacji ceny wg najlepszej wiedzy, doświadczenia i w oparciu o dokumentację przetargową. Stwierdził, że znajduje się w szczególnie dogodnej sytuacji z uwagi na usytuowanie swojej bazy, dysponowanie niezbędnym sprzętem własnym, doświadczenie w realizacji prac będących przedmiotem zamówienia, dostępem do materiałów o niskiej cenie, przewidywaną optymalizację organizacji robót. Przedstawił wartość robót przewidzianych do wykonania tj. kwotę 11.793.000 zł w podziale na główne elementy tj. budowę kanalizacji sanitarnej, sieci wodociągowej oraz roboty drogowe realizowane na rzecz gminy Wrocław i w każdym z tych elementów przedstawił czynniki cenotwórcze w podziale na materiały, sprzęt z kosztami ogólnymi, robociznę wraz z kosztami ogólnymi, zysk oraz pozostałe koszty (w tym m. in. koszty zajęcia terenu). Przedmiotem sporu jest ocena, czy zamawiający zasadnie odrzucił ofertę pomimo złożenia omówionych wyżej wyjaśnień.

W ocenie składu orzekającego treść złożonych wyjaśnień niezależnie od treści wezwania zamawiającego i wskazanego przez wykonawcę ograniczenia czasowego nie daje podstaw do przyjęcia, że odwołujący udzielił wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy. W szczególności przedstawienie głównych składników kalkulacyjnych i ogólnych czynników mających potwierdzać zasadność oferowanej ceny nie zawiera potwierdzenia szczególnych okoliczności, w tym przewidzianych w art. 90 ust. 2 ustawy, przypisanych wykonawcy i mających uzasadnić możliwość realizacji zamówienia po cenie znacząco odbiegającej od pozostałych czterech w tym postępowaniu. Należy zauważyć, że brak wystarczających wyjaśnień może być oceniony jako nie złożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3, a skutkiem takiej okoliczności jest niezależnie od ustalenia wprost wystąpienia ceny rażąco niskiej, odrzucenie oferty. Jak wyżej wskazano ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy niezależnie od tego, w stosunku do jakiego zakresu ceny i zamawiający domagał się wyjaśnień.

W toku postępowania odwoławczego odwołujący przedstawił dodatkowe dowody na okoliczność realności zaoferowanej ceny, w szczególności szczegółowy kosztorys. Jednocześnie zamawiający zakwestionował szereg pozycji tego kosztorysu podnosząc zaniżenie kosztów lub pominięcie elementów kosztotwórczych w szczególności w odniesieniu do wyceny kosztów zajęcia pasa drogowego wskazując, że odwołujący przyjął szerokość 1.5 m zajęcia pasa, gdy w rzeczywistości z uwagi na głębokość wykopów i bezpieczeństwo wymagane jest zajęcie szerszego pasa, a niekiedy wyłączenie z ruchu całej drogi. Odwołujący stwierdził natomiast, że koszty powyższe wynikają z uśrednienia wielkości na całej długości realizowanych robót. W ocenie składu orzekającego wyjaśnienia odwołującego w powyższym zakresie nie zasługują na uwzględnienie biorąc pod uwagę, że

wykonawca ten nie zanegował wyliczenia zamawiającego opiewającego na niedoszacowanie kosztów na kwotę ok. 4 mln zł.

Mając na uwadze powyższe ustalenia orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z rozporządzeniem 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: