

Sygn. akt: KIO 935/15

WYROK
z dnia 20 maja 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Anatex Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (pełnomocnik) i A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Anatex” A. C. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Anatex Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (pełnomocnik) i A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Anatex” A. C. i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Anatex Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (pełnomocnik) i A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Anatex” A. C. tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Anatex Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (pełnomocnik) i A. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Anatex” A. C. na rzecz Zamawiającego Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Olsztynie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Przebudowa i termomodernizacja wraz z rozbudową i budową nowych dachów oraz zmianą sposobu użytkowania zespołu budynków garażowych i warsztatowych w garnizonie Orzysz dla potrzeb Jednostki Wojskowej 3797 Giżycko - postępowanie nr 21/RB.*

Postępowanie o udzielenie zamówienia ogłoszone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04.03.2015 r. pod numerem **2015/S 044-075430**.

7 maja 2015 roku Odwołujący od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: ustawa lub pzp) czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- 1) czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę konsorcjum firm lider konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane B. D. ul. Sikorskiego 2c, 83-000 Pruszcz Gdański, partner konsorcjum: DEKPOL S.A. ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn jako najkorzystniejszej oferty,
- 2) czynności badania i oceny oferty złożonej przez konsorcjum firm lider konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane B. D. ul. Sikorskiego 2c, 83-000 Pruszcz Gdański, partner konsorcjum: DEKPOL S.A. ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn,
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm lider konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane B. D. ul. Sikorskiego 2c, 83-000 Pruszcz Gdański, partner konsorcjum: DEKPOL S.A. ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn,
- 4) od zaniechania czynności zwrócenia się do wykonawcy konsorcjum firm lider konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane B. D. ul. Sikorskiego 2c, 83-000 Pruszcz Gdański, partner konsorcjum: DEKPOL S.A. ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 5) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący w dniu 5 maja 2015 r. otrzymał za pośrednictwem Poczty Polskiej od Zamawiającego w formie papierowej zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności zwrócenia się do wykonawcy konsorcjum firm lider konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane B. D. ul. Sikorskiego 2c, 83-000 Pruszcz Gdański, partner konsorcjum: DEKPOL S.A. ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny a następnie odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum firm lider konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane B. D. ul. Sikorskiego 2c, 83-000 Pruszcz Gdański, partner konsorcjum: DEKPOL S.A. ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn, pomimo, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) Dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez Wykonawcę konsorcjum firm lider konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane B. D. ul. Sikorskiego 2c, 83-000 Pruszcz Gdański, partner konsorcjum: DEKPOL S.A ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn,
- 3) Dokonania czynności zwrócenia się do wykonawcy konsorcjum firm lider konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane B. D. ul. Sikorskiego 2c, 83-000 Pruszcz Gdański, partner konsorcjum: DEKPOL S.A ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 4) Dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum firm lider konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane B. D. ul. Sikorskiego 2c, 83-000 Pruszcz Gdański, partner konsorcjum: DEKPOL S.A. ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn,
- 5) Dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył w/w postępowaniu ofertę, której treść odpowiada treści

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy to w konsekwencji oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą.

Uwzględniając, że cena ofertowa Odwołującego jest drugą najniższą ofertą, a pozostałe kryteria oceny ofert są identyczne dla wszystkich Wykonawców brak podjęcia działania przez Zamawiającego w sposób oczywisty narusza jego interes pozbawiając możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Konsorcjum firm lider konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane B. D. ul. Sikorskiego 2c, 83-000 Pruszcz Gdański, partner konsorcjum: DEKPOL S.A. ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn (dalej: Konsorcjum) złożyło ofertę o wartości brutto 24 572 949,36 zł.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 31 687 195,28 zł. Oferta w/w konsorcjum jest niż o 7 114 245,92 zł od kwoty Zamawiającego, co stanowi 22,45 %. Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych a dokładniej z art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający jest zobowiązany do wezwania do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności gdy jest niższa o 30 % od wartości zamówienia. Co prawda nie został tu przekroczony wskazany próg, niemniej jednak Zamawiający przy takiej rozbieżności powinien mieć wątpliwości i winien wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, bowiem w przytoczonym artykule bardzo istotne jest określenie „w szczególności”. Określenie te obligatoryjnie zobowiązuje Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień w przypadku przekroczenia progu 30%, ale nie zwalnia go z obowiązku w przypadku niższego poziomu. Wobec powyższego nie może Zamawiający automatycznie uznać, że oferta nie jest rażąco niska. Szczególnie, że kolejna oferta i wszystkie pozostałe już tak znacząco nie odbiegają od kwoty Zamawiającego. Kolejna oferta jest niższa o 4 697 813,76 zł, czyli o 14,83 %, a jeszcze dalsza o 4 499 084,68 zł, czyli o 14,20%. Jak widać różnica to około 7,62 %. Oferta w/w konsorcjum znacząco odbiega od pozostałych złożonych ofert, więc powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, w zakresie rażąco niskiej ceny.

Najważniejszym elementem, który powinien zbadać Zamawiający jest element oferty przedstawiony w tabeli elementów scalonych jako zagospodarowanie terenu i roboty drogowe - zespół nr 1, który w ofercie Konsorcjum wynosi jedynie 2 125 401,71 zł netto. Średnia cena ze wszystkich złożonych ofert (w tym w/w konsorcjum) tego elementu wynosi 4 589 144,73 zł netto. Od razu można zauważyć tak olbrzymią rozbieżność, która wynosi około 53,67 %. Ten element oferty powinien zostać poddany szczegółowym wyjaśnieniom jako ten, który budzi wątpliwości. Przyjęta cena jest tak niska, że za tą kwotę Wykonawca nie będzie w stanie zakupić materiału na wykonanie nawierzchni, tj. betonu. Zamawiający jest uprawniony do badania poszczególnych elementów oferty. Podobne stanowisko w tym zakresie przedstawiła KIO w postępowaniu o sygn. akt: KIO 2368/13: *„Izba wyraża pogląd, że zamawiający jest uprawniony do badania ceny oferty oraz jej poszczególnych elementów, nawet w przypadku, gdy wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Słusznym prawem zamawiającego jest upewnienie się w toku badania oferty, że cena oferty wykonawcy została obliczona rzetelnie i pozwoli na wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z należytą starannością.”* Przy takim rozkładzie cen w tabeli elementów scalonych Zamawiający powinien mieć obawy czy Wykonawca wykona nawierzchnie betonowe. Niewątpliwie ten aspekt oferty powinien być zbadany. Ustawodawca nie tylko daje możliwość dla Zamawiającego, ale wręcz go zobowiązuje do podjęcia działań w zakresie wyjaśnienia wszystkich niejasności i wątpliwości. Zamawiający powinien mieć pewność, że złożona oferta została sporządzona rzetelnie i uwzględnia wszystkie niezbędne prace. Kolejnym bardzo istotnym elementem, który przemawia za rażąco niską ceną w rozumieniu globalnej ceny jest bardzo zbliżony poziom cenowy wszystkich złożonych ofert w każdym innym elemencie oferty, poza przytoczonymi robotami drogowymi. Wobec powyższego rażąco niska cena w tym elemencie oferty przekłada się na rażąco niską ceną w całym zadaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 maja 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający pismem z dnia 13 maja 2015 roku złożył *Odpowiedź na odwołanie* – wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego :

- dowód nr 1 – opracowanie własne, tabela (1 karta),
- dowód nr 2 - opracowanie własne, tabela (1 karta) oraz oferty zakupu betonu (4 karty)

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W rozpoznawanej sprawie za kluczowy należy uznać zarzut niewezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. Izba zaznacza, że zarzut niewezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w postępowaniu w trybie art. 90 ustawy jest innym zarzutem, niż zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*) do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których celem jest ustalenie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 ustawy. (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 *Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.*). Podkreślić bowiem należy, że każda czynność Zamawiającego związana z ewentualnym odrzuceniem oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, uwzględniając w tym zakresie zarówno przepisy prawa (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp), orzecznictwo KIO, sądów okręgowych, jak też TS UE (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88), powinna być poprzedzona przeprowadzeniem przez niego procedury weryfikacji ceny ofertowej przez złożenie wyjaśnień przez wykonawcę (porówna: wyrok KIO 58/15).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wzywał wykonawców do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy. Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy wskazał, że Zamawiający wzywa wykonawców do składania wyjaśnień w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami. Z tej części przepisu wynika jednoznacznie, że to cena oferty ma wydawać się rażąco niska i budzić wątpliwości Zamawiającego, aby wzywał on do złożenia wyjaśnień. Zaznaczyć należy, że każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji, należy pamiętać, że obecnie Zamawiającemu musi „wydawać się”, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi budzić wątpliwość Zamawiającego co do prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę. Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia Zamawiającego, jednakże uprawnienia z którego Zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienie

rozpoznawanego w danych realiach rynkowych, to nie może „wydawać się” Zamawiającemu pozornie co do istnienia bądź pozornie nie „wydawać się”. Pierwsza z przesłanek stanowiących podstawę zwrócenia się Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny oferty zaistnieć musi wspólnie z drugą przesłanką tj. zaoferowana cena musi budzić wątpliwości Zamawiającego tzn.: że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa jak również że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów.

W dalszej części przepisu art. 90 ust. 1 ustawy ustawodawca wskazał, że w szczególności cena oferty jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert to Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W rozpoznawanej sprawie, żadna z kwestionowanych ofert nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia jak również od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu ofert. Wartość brutto oferty konsorcjum (24 572 949, 36 zł) jest niższa w stosunku procentowym o 22,45% od wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT (31 687 195,28 zł) oraz o 11,48% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu.

Zaznaczyć należy, że Zamawiający ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego Zamawiający dokonując oceny, rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05,

wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1526/11, wyrok KIO z 10 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 2813/11).

Izba wskazuje, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy.* Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Izba zaznacza, że ustawodawca w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia unormował odmiennie od ogólnych reguł wyłącznie sytuację, w której wykonawca został wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień i zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Taką samą regułą ustawodawca zastosował w postępowaniu odwoławczym, gdzie zgodnie z art. 190 ust. 1 a pkt 1 ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Odmiennie natomiast, a więc według reguł ogólnych wyżej opisanych, kształtuje się sytuacja (z jaką mamy również do czynienia w rozpoznawanej sprawie odwoławczej), w której Zamawiający nie wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; w tej sytuacji przedmiotem sporu będzie to czy zaoferowana cena wydaje się rażąco niska i czy budzi wątpliwości

co do rzetelność, poprawności jej skalkulowania, a ciężar dowodu co do okoliczności wskazujących, że Zamawiający powinien dokonać czynności wezwania do wyjaśnień spoczywa na wykonawcy, który dokonania tej czynności się domaga (w rozpoznawanej sprawie na odwołującym).

Odwołujący powinien był wykazać spełnienie wcześniej opisanych przesłanek, dowieść, że cena zaoferowana przez konsorcjum powinna wydawać się rażąco niska Zamawiającemu i budzić jego wątpliwości. Odwołujący wskazując na tabelę (dowód nr 1) zawierającą zestawienie wszystkich złożonych w postępowaniu ofert wyjaśnił, że wskazana procentowa wartość w kolumnie „procentowy udział poszczególnych części” dla pozycji *zagospodarowanie terenów i roboty drogowe - zespół nr 1* w ofercie konsorcjum jest na poziomie ok 10% (w stosunku do kwoty oferty), natomiast w pozostałych ofertach oscyluje na poziomie ok 20%. Dodał, że w zakresie branży elektrycznej i teletechnicznej oferta konsorcjum jest wyższa o około 5 % natomiast w branży sanitarnej o około 2 %. Odwołujący wskazał, że dla pozycji *zagospodarowanie terenów i roboty drogowe - zespół nr 1* ceny pozostałych ofert oscylują na poziomie około 5 milionów złotych netto. Oferta konsorcjum w tej pozycji wynosi 2 125 401,71 zł netto. Zamawiający wskazał, odnosząc się do cen zaoferowanych dla branży sanitarnej oraz branży elektrycznej i teletechnicznej, że oferta Odwołującego jest tańsza o ponad 1 milion złotych netto w tych branżach od kwestionowanej przez Odwołującego oferty konsorcjum; wskazał również na kolejną ofertę (trzecią cenę oferty w postępowaniu) i wyjaśnił, że oferta ta jest tańsza o niespełna 2 miliony złotych netto. Wskazuje, że udział tych branż w całym przedsięwzięciu jest mniejszy niż w branży budowlanej, dlatego ta różnica jest tak znacząca.

Różnica w cenie pomiędzy ofertą konsorcjum a ofertą Odwołującego (cena oferty Odwołującego - 26 989 381, 52 zł brutto) wynosi 2 416 432,16 złotych brutto. W ocenie Izby, wskazanie przez Odwołującego na porównanie poszczególnych składowych cen ofert złożonych w postępowaniu, wskazuje na różny sposób i różne możliwości wyliczenia poszczególnych elementów wchodzących w skład ceny globalnej oferty. Odwołujący wskazując na te różnice w zasadzie wykazał jedynie, że każdy z wykonawców w inny odmienny sposób wyliczał wartości wykonania poszczególnych prac. Fakt tego, że wykonawcy w różny sposób wycenili poszczególne prace wskazuje w szczególności na to, że oferty te są konkurencyjne i przygotowywane przez każdego z wykonawców w warunkach dla niego optymalnych. Zamawiający wskazał na rozprawie, że udział branż: elektrycznej i teletechnicznej oraz sanitarnej w całej inwestycji jest mniejszy niż branży budowlanej,

dlatego różnice w kwotach poszczególnych branż w ofercie Odwołującego i konsorcjum są tak znaczące.

W ocenie Izby fakt tego, że różni wykonawcy w różny sposób skalkulowali poszczególne elementy ofert przy czym ceny globalne ofert nie odbiegają od siebie w sposób znaczący, jak również nie odbiegają w sposób znaczący od wartości zamówienia nie dowodzi tego, że Zamawiający miał powziąć wątpliwości co do tego, czy cena zaoferowana przez konsorcjum nie jest rażąco niska. Wskazany przez Odwołującego dowód nr 2 z tabelą zawierającą zestawienie materiałów warstw nawierzchni oraz zawartymi tam cenami jednostkowymi z poszczególnych ofert cenowych pozyskanych przez Odwołującego na potrzeby tego postępowania odwoławczego, o czym świadczą daty przedstawione na dokumentach ofertowych (14 i 13 maja 2015 roku) potwierdzają jedynie to, że takie oferty cenowe zostały złożone przez poszczególne podmioty Odwołującemu.

Wskazać należy, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że oferowana przez konsorcjum cena oferty tego zamówienia, czyli globalna oferowana w postępowaniu cena odbiega od pozostałych cen, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Zaznaczyć należy, że Zamawiający oświadczył na rozprawie, że oceny ofert dokonywali Inspektorzy nadzoru budowlanego posiadający doświadczenie i rozeznanie rynku i uznali, że za kwotę wskazaną przez konsorcjum możliwa jest realizacja tego elementu zamówienia przy założeniu istnienia czynników cenotwórczych; Zamawiający jest bowiem w stanie określić sam dostępność maszyn na rynku, które gwarantują możliwość realizacji zamówienia za wskazaną kwotę.

Zaznaczyć należy, że Odwołujący w zasadzie nie kwestionował realności globalnej ceny oferty konsorcjum wskazując jedynie, że Zamawiający nie może automatycznie uznać jej realności. Argumentacja jaką zwał Odwołujący w odwołaniu i uzasadniał na rozprawie skupiła się na jednej składowej z pełnym pominięciem pozostałych składowych ceny. Odwołanie zawiera dwa alternatywne względem siebie zarzuty i wynikające z nich żądania: po pierwsze – zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie wezwania konsorcjum do wyjaśnienia ceny oferty, po drugie – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum. Izba wskazuje, że tylko jedno z zarzutów może być zasadny, bowiem jeżeli nie było wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, co stanowi istotę zarzutu pierwszego, niemożliwe jest, aby mógł znaleźć jednocześnie potwierdzenie zarzut drugi, bowiem dla jego oceny konieczne jest wezwanie do wyjaśnień czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał nierealności możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę i tym samym, w ocenie Izby nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, w konsekwencji brak jest podstaw rozpoznania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, który w tym wypadku został zgłoszony przedwcześnie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: