

WYROK
z 19 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 19 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 lipca 2020 r. przez wykonawcę ETP S.A. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu, przy udziale wykonawcy Naviga-Stal Sp. z o.o. z siedzibą w Kielczowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - ETP S.A. z siedzibą w Katowicach i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - ETP S.A. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Odwołującego - ETP S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawcy Naviga-Stal Sp. z o.o. z siedzibą w Kielczowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę Naviga-Stal Sp. z o.o. z siedzibą w Kielczowie z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

.....

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie - Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Modernizacja przepławki dla ryb na stopniu wodnym Brzeg Dolny” w ramach projektu finansowanego ze środków UE pn.: „Stopień Brzeg Dolny – roboty modernizacyjne na stopniu, Etap II” nr POIS.03.02.00-00-0009/17”, numer: WR.ROZ 281.41.2020, zwane dalej Postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 czerwca 2020 r. pod numerem 547216-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

28 lipca 2020 r. wykonawca ETP S.A. z siedzibą w Katowicach (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Naviga-Stal Sp. z o.o. z siedzibą w Kielczowie (dalej: Przystępujący), której treść nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);

lub

2. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego w celu ustalenia, czy zaoferowana cena lub proponowany koszt nosiły znamiona rażąco niskich;
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezgodny z przepisami Pzp wybór oferty Przystępującego, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ,

lub

4. wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień celem ustalenia, czy zaoferowana cena lub proponowany koszt noszą znamiona rażąco niskich.

Odwołujący wniósł ponadto o:

5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym lub ich treści,
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z ewentualną fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający w dokumentacji technicznej prowadzonego postępowania, tj. Projekt wykonawczy – Tom IV pkt 6, pkt 8 oraz pkt 9 wskazuje, że do wykonania ww. elementów rurociągu oraz zasuwy należy użyć stali nierdzewnej. Dodatkowo w rysunkach stanowiących załączniki do Projektu Wykonawczego – Tom IV rysunek nr 2 opisano w, że „stal rurociągu 1.4301 lub lepsza” – co bezpośrednio wskazuje na konieczność użycia stali nierdzewnej 1.4301 lub lepszej.

Dowód: Projekt wykonawczy – Tom IV;

Projekt wykonawczy – Tom IV rysunek nr 2;

Potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego jest również treść Informacji Nr 1 z dnia 13 maja 2020 roku pkt 4: „Proszę o potwierdzenie czy komora rozprężania ma być ze stali nierdzewnej 1.4301”

Odpowiedź: Tak, komora rozprężna ma być wykonana ze stali nierdzewnej 1.4301.”

Ceny jednostkowe w ofercie Przystępującego pozwalały na wyciągnięcie wniosku, iż materiał wyceniony to zwykła stal, która jest 2,5-, a nawet 3-krotnie tańsza aniżeli stal nierdzewna wskazana w dokumentacji przez Zamawiającego.

Potwierdzeniem stanowiska Odwołującego są zebrane oferty przedstawiające zarówno sam materiał, jak i materiał wraz z montażem. Odwołujący zwrócił się do Nafto Sp. z o.o., która należy do grupy kapitałowej ETP S.A., o pozyskanie dodatkowych ofert na rury ze stali nierdzewnej. Nafto Sp. z o.o. prowadzi działalność w przemyśle energetycznym oraz we wszystkich segmentach przemysłu chemicznego, ze szczególnym uwzględnieniem rafinerii, zakładów petrochemicznych i gazowni, co powoduje, że posiadają najbardziej aktualne ceny i bardzo korzystne oferty z racji zakupu dużej ilości materiału w tym zakresie. Oferty przedstawione dla Nafto Sp. z o.o. również potwierdzają stanowisko Odwołującego,

że kwoty wskazane przez Przystępującego w swojej ofercie są na poziomie ceny za zwykłą stal.

Dowód: Oferty rynkowe;

Powyższe pokazuje, iż oferta Przystępującego, powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Jeżeli argumentacja Odwołującego w tym zakresie zostanie przez Izbę uznana za daleko idącą, zasadnym byłoby co najmniej uznanie, że istniały wątpliwości, iż zaoferowana przez Przystępującego cena lub proponowany koszt nosiły znamiona rażąco niskich, a tym samym, iż konieczne było uzyskanie od Przystępującego stosownych wyjaśnień w tym zakresie.

Zamawiający w SIWZ w pkt 14.1 oraz 14.2 wskazał, że:

„14.1 Cenę należy wyliczyć przez wypełnienie wartościami netto Przedmiaru Robót i wyliczenia w nim wartości ogółem netto oraz wartości ogółem brutto wg obowiązującej stawki podatku VAT (zgodnie z załączoną Tabelą Przedmiaru Robót). Cena jednostkowa każdej pozycji Wycenionego Przedmiaru Robót powinna uwzględniać wszystkie czynności wynikające z jej opisu oraz wymagania i badania, składające się na wykonanie, określone w Dokumentacji Technicznej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót.

14.2 Podana w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, a cena winna zawierać wynagrodzenie za kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia i uwzględnić to w ofercie”.

Tym samym kwota powinna obejmować materiał, dostawę, usługę, wykonanie warsztatowe, połączenie 100 mb rurociągu w odpowiedni sposób (spawanie, kołnierze, połączenia, etc.) oraz narzut, marżę, zysk w opłacalnej wysokości.

Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, powiększona o należny podatek VAT – zgodnie z kosztorysem inwestorskim – wynosiła 14 331 517,52 zł. Zaoferowana przez Przystępującego cena ofertowa wynosiła 15 109 267,57 zł, co pozornie wskazywało, iż jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. W zakresie pozycji 53.d.4.3 „Wykonanie rurociągu wody wabiącej” oraz 50.d.4.3 „Wykonanie i montaż zasuw płaskich i mechanizmów wyciągowych” wystąpiła jednak rażąco niska cena w porównaniu do średniej złożonych ofert. Przystępujący w kosztorysie wskazał w pozycji 53.d.4.3 „Wykonanie rurociągu wody wabiącej” kwotę 212 635 zł netto, a w pozycji 50.d.4.3 „Wykonanie i montaż zasuw płaskich i mechanizmów wyciągowych” kwotę 242 500,00 zł netto. Natomiast Odwołujący, w tym samych pozycjach wskazał odpowiednio kwoty 885 076,31 zł i 357 895,76 zł.

Zamawiający nie zdiagnozował ww. okoliczności i nie zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w powyższym zakresie, przy założeniu że oferta obejmuje stal nierdzewną wskazaną w dokumentacji przez Zamawiającego.

Dowód: tabelaryczne porównanie wartości cen jednostkowych oferty Przystępującego do cen jednostkowych wynikających ze złożonych ofert podlegających ocenie, tabelaryczne porównanie wartości cen jednostkowych oferty Przystępującego do cen jednostkowych wynikających z oferty złożonej przez Odwołującego;

W zakresie pozycji, co do których Zamawiający nie powziął wątpliwości odnośnie zaoferowanej przez Przystępującego ceny, Odwołujący nie znalazł na rynku oferty, która pozwalałaby na zrealizowanie tego zakresu za cenę oferowaną przez tego wykonawcę przy zastosowaniu stali nierdzewnej. Przytoczone powyżej okoliczności stanowią o przygotowaniu przez Przystępującego oferty cenowej w sposób uniemożliwiający wykonania prawidłowo robót i pokrycie wszystkich kosztów pośrednich, które należało przewidzieć. Przystępujący nie ma doświadczenia przy realizacji, jako generalny wykonawca, takich obiektów jak przepławka dla ryb z rurociągiem wody wabiącej. Błędy przy wycenie robót hydrotechnicznych były ewidentne i powodują, że wykonanie zadania w zamierzonej kwocie należy uznać za niemożliwe. Powyższe wskazuje, iż Zamawiający nie wykonał obowiązku spoczywającego na nim, tj. prowadzenia rzetelnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami postępowania przetargowego, traktując w równy sposób wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Zamawiający w kosztorysie inwestorskim wskazał w pozycji 53.d.4.3 „Wykonanie rurociągu wody wabiącej” kwotę 180 275,17 zł netto, a w pozycji 50.d.4.3 „Wykonanie i montaż zasuw płaskich i mechanizmów wyciągowych” kwotę 193 000,00 zł netto, co świadczy o tym, że pozycje te również przez samego Zamawiającego zostały błędnie oszacowane.

Dowód: tabelaryczne porównanie wartości cen jednostkowych oferty Przystępującego do cen jednostkowych wynikających z kosztorysu inwestorskiego;

Odwołujący dokonał szczegółowej analizy rynku i stwierdził, że nie było możliwe, aby uwzględniono w kosztorysie inwestorskim rury nierdzewne wody wabiącej przy cenie 7 291,21 zł netto za tonę, a także by Przystępujący uwzględnił w ofercie ww. materiał za cenę 8 600,00 zł netto za tonę. Tym samym Przystępujący powinien w pierwszej kolejności złożyć stosowne wyjaśnienia w powyższym zakresie, a następnie jego oferta powinna podlegać ewentualnemu odrzuceniu jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawierała rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

11 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź i oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

14 sierpnia 2020 r. Przystępujący oświadczył, że składa sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Przystępujący złożył również odpowiedź na odwołanie i wskazał, że w jego ocenie Odwołujący nie ma legitymacji do wniesienia odwołania w świetle art. 179 ust. 1 Pzp. Przystępujący uzasadnił swoje stanowisko podnosząc, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert złożonych w postępowaniu, a Odwołujący nie ma możliwości skorzystania ze środka ochrony prawnej przeciwko ewentualnemu zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty z drugiego miejsca rankingu.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Przystępujący wskazał m. in.:

Zarzut niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ Odwołujący oparł wyłącznie na domniemaniach, uzasadnienia dopatrując się w przyjętej przez Przystępującego cenie materiału. W ocenie Odwołującego wskazane ceny jednostkowe pozwalały na wyciągnięcie wniosku, iż materiał wyceniony to zwykła stal. Nie wiadomo przy tym o jakie konkretnie pozycje kosztorysu ofertowego chodziło, gdyż powołana jako dowód Informacja nr 1 dotyczyła wykonania komory rozprężnej, a oferty rynkowe złożone przez Odwołującego jako dowód dotyczyły wykonania montażu zasuw oraz rurociągu wody wabiącej.

Rodzaj materiału przewidziany do wykonania ww. pozycji nie budził wątpliwości Przystępującego i został on wyceniony zgodnie z projektem. Co więcej - powołana jako dowód Informacja nr 1 zawierała odpowiedź na pytanie zadane właśnie przez Przystępującego.

Jedynym dowodem na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest więc wycena trzech pozycji kosztorysowych Przystępującego odbiegająca od wyceny Odwołującego.

W postępowaniu złożone zostały cztery oferty:

1. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hydroprofit M. J. oraz Zakład Usługowo-Handlowy A. J. z ceną 15 478 601,49 zł,
2. Odwołującego z ceną 15 847 919,82 zł,
3. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HZBud Sp. z o.o. i HZBudinvest Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. K. z ceną 15 100 162,28 zł,
4. Przystępującego z ceną 15 109 267,57 zł.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert obliczona zgodnie z dyspozycją art. 90 ust 1a pkt 1 Pzp wynosiła 15 383 987,79 zł. Wartość szacunkowa zamówienia, (jak wskazał sam Odwołujący w treści odwołania) wynosiła 14 331 517,52 zł.

Cena oferty Przystępującego stanowiła więc 98,2% wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu oraz 105,43% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał na dwie (spośród 90 wycenionych) pozycje których wycena powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Są to pozycje "Wykonanie rurociągu wody wabiącej" (poz. 54.d.4.3 błędnie wskazana w odwołaniu jako 53.d.4.3) oraz "Wykonanie i montaż zasuw płaskich i mechanizmów wyciągowych" (poz. 51.d.4.3 błędnie wskazana w odwołaniu jako poz. 50.d.4.3)

Wycena tych pozycji w treści poszczególnych ofert (poza ofertą Odwołującego) wynosiła odpowiednio:

1. Konsorcjum Hydroprofit M. J. i Zakład Usługowo-Handlowy A. J. – 544 449,69 zł,
2. Konsorcjum HZBud Sp. z o.o. i HZBudinwest Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. K. – 438 237,50 zł,
3. Przystępujący – 455 178,00 zł.

Średnia arytmetyczna wyceny tych pozycji w pozostałych (poza ofertą Odwołującego) ofertach wynosiła 479 288,40 zł.

Wartość szacunkowa tych pozycji w kosztorysie inwestorskim (jak wskazał sam Odwołujący w treści odwołania) wynosiła 373 275,17 zł.

Wycena tych pozycji dokonana przez Przystępującego stanowiła więc 95% wartości średniej arytmetycznej wyceny w ofertach złożonych w postępowaniu (poza ofertą Odwołującego) oraz 122% wartości tych pozycji oszacowanej przez Zamawiającego.

Odwołujący natomiast oszacował wartość tych pozycji na kwotę 1 243 062,07 zł, co stanowiło odpowiednio 260% wartości średniej arytmetycznej wartości kwestionowanych pozycji w pozostałych ofertach oraz 333% wartości oszacowanej przez Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ,

jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „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”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, co do braku legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania. Izba wzięła pod uwagę fakt, iż postępowania prowadzone jest zgodnie z procedurą właściwą dla przedmiotu zamówienia nie przekraczającego kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Do postępowania ma zatem zastosowanie art. 180 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Katalog czynności wobec których przysługuje odwołanie w przypadku postępowań o wartości niższej niż kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp ma charakter zamknięty. Z tego względu Odwołujący nie mógł wnieść odwołania przeciwko ewentualnemu zaniechaniu odrzucenia oferty innej, niż wybrana jako najkorzystniejsza. Fakt ten nie przekreśla jednak uprawnienia Odwołującego do postawienia Zamawiającemu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Postępowanie odwoławcze rozstrzygnięte zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego dawałoby mu możliwość wniesienia kolejnego odwołania przeciwko następnej, uznanej za najkorzystniejszą przez Zamawiającego, ofercie.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert w postępowaniu opublikowaną przez Zamawiającego 26 czerwca 2020 r. oferty w postępowaniu złożyli następujący wykonawcy:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Hydroprofit M. J. z siedzibą w Międzyrzeczu oraz A. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy A. J. z siedzibą w Bobowicku – cena: 15 478 601,49 zł,
2. Odwołujący – cena: 15 847 919,82 zł,
3. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: HZBud Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze i HZBudinwest Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. K. z siedzibą w Zielonej Górze – cena: 15 100 162,28 zł,
4. Przystępujący – cena: 15 109 267,57 zł.

W tym samym dokumencie Zamawiający zawarł informację, że na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 14 331 960,00 zł brutto.

Zamawiający oszacował wartość całkowitą przedmiotu zamówienia na kwotę netto 11 651 640,26 zł (14 331 517,52 zł brutto).

W zakresie elementów oferty Przystępującego, których cenę kwestionował Odwołujący, Zamawiający w następujący sposób oszacował wartość pozycji kosztorysu inwestorskiego:

1. Poz. 51 d.4.3 Wykonanie i montaż zasuw płaskich i mechanizmów wyciągowych:
 - a) ilość – 1 komplet,
 - b) cena jednostkowa netto – 193 000 zł,
 - c) wartość netto – 193 000 zł.
2. Poz. 54 d.4.3 Wykonanie rurociągu wody wabiącej:
 - a) ilość – 24,73 t,
 - b) cena jednostkowa netto – 7 291,21 zł,
 - c) wartość netto – 180 275,17 zł.

W przedstawionej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania brak jest dokumentów wskazujących, by którykolwiek z wykonawców (z uwzględnieniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 2 Pzp) skorzystał ze środka ochrony prawnej określonego w art. 181 ust. 1 Pzp co do sposobu ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, w tym co do oszacowania wartości poszczególnych pozycji kosztorysu inwestorskiego. Wobec powyższego twierdzenie Odwołującego o błędnym oszacowaniu obu ww. pozycji kosztorysowych przez Zamawiającego było bezpodstawne, a ponadto nie zostało poparte jakimikolwiek dowodami.

Biorąc pod uwagę niewielkie różnice między cenami we wszystkich ofertach złożonych w postępowaniu Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości, co do realności ceny całkowitej oferty Przystępującego. Podkreślenia wymaga przy tym, że Zamawiający dokładnie analizował kosztorysy ofertowe stanowiące załączniki do ofert złożonych w postępowaniu. W efekcie 2 lipca 2020 r. Zamawiający skierował do wykonawców, w tym do Przystępującego, zawiadomienia o poprawie oczywistych omyłek rachunkowych. Trudno w tej sytuacji uznać, że Zamawiający oceniał oferty w sposób na tyle pobieżny, by nie wychwycić tych z pozycji kosztorysu ofertowego Przystępującego, których ceny znacząco odbiegały od odpowiednich wartości szacunkowych.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający zwraca się o udzielenie odpowiednich wyjaśnień jeżeli zaoferowana przez wykonawcę cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Przepis wskazuje zatem jednoznacznie, że w ww. przypadkach warunkiem koniecznym do wezwania wykonawcy do wyjaśnień jest powzięcie stosownych wątpliwości przez zamawiającego. Co za tym idzie wątpliwości wyłącznie Odwołującego – prawdziwe lub stanowiące element taktyki procesowej – nie mogą stanowić podstawy żądania podjęcia odpowiednich działań przez Zamawiającego.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły żadne okoliczności, które dawałyby podstawę do uznania, że Zamawiający takie wątpliwości powziął, ale zaniechał działań zmierzających do uzyskania wyjaśnień od Przystępującego. Odwołujący nie wykazał przy tym zaistnienia okoliczności popartych wiarygodnymi dowodami wskazujących, że Zamawiający nie ocenił oferty Przystępującego w wystarczająco staranny i rzetelny sposób, bądź nie wziął pod uwagę określonych, obiektywnych czynników.

Podstawą zarzutu dotyczącego złożenia przez Przystępującego oferty z rażąco niską ceną było twierdzenie Odwołującego wskazujące na błędne szacowanie ww. pozycji kosztorysu inwestorskiego oraz porównanie cen tych pozycji z kosztorysu ofertowego Przystępującego ze stosownymi cenami z własnego kosztorysu ofertowego. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut uznając, że oparty jest on na subiektywnym, niepopartym wiarygodnymi dowodami twierdzeniu Odwołującego.

Z tych samych przyczyn oddaleniu podlegał zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ. Odwołujący oparł zarzut na uznaniu, że – w jego ocenie – zbyt niska cena zaoferowana przez Przystępującego w pozycjach 51 d.4.3 i 54 d.4.3 kosztorysu ofertowego prowadzi do wniosku, że Przystępujący zaoferował wykonanie niektórych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia z materiału gorszego, niż żądany przez Zamawiającego.

O ile w pełni uprawnione i uzasadnione jest stosowanie dedukcji i wnioskowań logicznych jako jednego ze środków zmierzających do udowodnienia twierdzeń strony, to wskazać należy, że zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN dedukcja to metoda rozumowania polegająca na wyprowadzaniu logicznych wniosków z założeń uznanych za prawdziwe. Tym samym dla uznania, że oferta Przystępującego była niezgodna z SIWZ z przyczyn wskazanych w odwołaniu, konieczne byłoby najpierw stwierdzenie, że ceny w pozycjach 51 d.4.3 i 54 d.4.3 kosztorysu ofertowego Przystępującego były rażąco niskie. Ponadto Odwołujący musiałby wykazać, że zastosowanie przez Przystępującego nieodpowiedniego materiału jest jedyną, możliwą przyczyną rażąco niskich cen ww. pozycji kosztorysu. Ponieważ oba te warunki nie zostały spełnione Izba uznała przedmiotowy zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W ocenie Izby dowody załączone do odwołania oraz złożone na etapie posiedzenia niejawnego z udziałem stron odnosiły się przede wszystkim do warunków handlowych dostępnych dla Odwołującego. W obliczu faktu, że potwierdziła się okoliczność wskazana przez Przystępującego, iż średnia arytmetyczna cen pozycji 51 d.4.3 i 54 d.4.3 we wszystkich, poza Odwołującym, ofertach Izba uznała dowody złożone przez Odwołującego za nieprzydatne. Z tego względu wnioski dowodowe Odwołującego zostały oddalone na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp.

W konsekwencji zarzuty nr 1 i 2 zostały oddalone jako nieudowodnione.

Z powyższego względu oddaleniu podlegał również zarzut nr 3. Izba nie dopatryła się przejawów naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, ani dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z naruszeniem art. 7 ust. 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem

przepisów 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. z 2018 r. poz. 972).

.....