

Sygn. akt: KIO 858/15

WYROK
z dnia 24 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 6 maja 2015 r. i 22 czerwca 2015r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2015 r. przez **wykonawcę Elektro-Cal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zajązkowie 28A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasta Gdyni z siedzibą w Gdyni, Al. Marszałka Piłsudskiego 52/52**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Elektro-Cal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zajązkowie 28A** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Elektro-Cal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zajązkowie 28A** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej w ulicach Gradowej, Śnieżnej, Tęczowej i Wiczlińskiej w Gdyni-etap II zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Miasta Gdyni z siedzibą w Gdyni, Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54 ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 lutego 2015r. za numerem 2015-22003.

W dniu 22 kwietnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych EKO Spółka Jawna B. B., Z. W. z siedzibą w Gdyni, ul. Lelewela 9a/19, z ceną ryczałtową brutto 469.054,67 zł.

Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawcę Elektro-Cal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zajączkowie 28A – zwanego dalej odwołującym o odrzuceniu jego oferty z uwagi na niezłożenie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Jak wskazał, „Wykonawca ELEKTRO - CAL sp. z o.o., Zajączkowo 28A, 83 - 111 Miłobądz, złożył ogólnikowe i sprzeczne ze sobą wyjaśnienia w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W związku z powyższym, Wykonawca ten nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska. W świetle orzecznictwa KIO, wyjaśnienia niekompletne są traktowane jako brak wyjaśnień.

W dniu 27 kwietnia 2015r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2015r. udzielonego przez prezesa zarządu odwołującego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio w dniu 27 kwietnia 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 – dalej ustawy) przez uznanie, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska w sytuacji, gdy cena oferty wybranej jest niższa od oferty odwołującego, oraz przez nieprzeprowadzenie dowodów które powołał odwołujący w złożonych przez siebie wyjaśnieniach, co spowodowało, że nie mógł dowieść, że jego cena nie jest ceną rażąco niską.

Wniósł o przesłuchanie strony oraz o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy cena zawarta w jego ofercie stanowi cenę rażąco niską.

Zaś co do rozstrzygnięcia o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci odrzucenia oferty

odwołującego oraz ponowienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego,

- zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania związanych z wniesieniem odwołania - według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia (rozumiany jako „potencjalna możliwość uzyskania przez odwołującego zamówienia” - wyrok KIO z dnia 11 lipca 2011 r., KIO 1389/11, LEX nr 602808). Wynika to z porównania ofert wykonawców, którzy byli brani pod uwagę przez zamawiającego, oraz oferty odwołującego, przy założeniu, iż nie zostałyby ona odrzucona. Kryteria, którymi zamawiający miał się kierować przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposób oceny ofert określał Rozdział 19 SIWZ. Odwołujący przywołał treść tych postanowień i na ich podstawie stwierdził, że uzyskałby łącznie 9,06 pkt, w tym za cenę (518.081,34 zł) - 8,06, za termin wykonania - 0,7 (najwyższa ocena), za gwarancję (0,3 również jedna z najwyższych ocen), przy czym oferta Wykonawcy, który został wybrany uzyskałaby mniej punktów niż wskazano w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, bowiem z uwagi na okres wykonania dłuższy o 5 tygodni od okresu wykonania odwołującego liczba punktów z tego kryterium wyniesie 0. Zatem oferta wybranego wykonawcy uzyskałaby 9,0 pkt, a w konsekwencji oferta odwołującego zostałyby za najkorzystniejszą. Jednocześnie odwołujący podniósł, że w wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, skutkujących odrzuceniem jego oferty, a w efekcie nieudzieleniem mu zamówienia, może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, którymi jest przewidywany zysk na inwestycji. Jak wynika z kosztorysu ofertowego, poziom zysku określono na 10.310,68 zł.

W ocenie odwołującego, odrzucenie jego oferty naruszało przepisy art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy. W pierwszej kolejności, odwołujący zauważył, iż z pisma zamawiającego nie wynika, czy tryb sprawdzenia ceny zastosowano wobec wykonawcy, który został wybrany przez zamawiającego (EKO Sp. J.), mimo iż cena jego oferty była niższa o ok. 50 tys. od oferty odwołującego (odwołujący podkreślił, iż utrwalone orzecznictwo nakazuje oceniać cenę całościowo a nie ceny jednostkowe). Przy założeniu, iż zamawiający nie dopuścił się złamania elementarnej zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy (przestrzeganie uczciwej konkurencji oraz obowiązku równego traktowania wykonawców) i także dokonał sprawdzenia ceny z tej oferty, w wyniku którego stwierdził, iż oferta wybranego wykonawcy nie jest rażąco niska, to wniosek, iż oferta o ok. 50 tys. zł wyższa (tj. oferta odwołującego) jest rażąco niska jest nie do pogodzenia nie tylko z zasadami logiki lecz także z treścią art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy. O ile bowiem na etapie zgłaszania ofert oferta odwołującego mogła się jeszcze wydawać rażąco niska („rażąco” IV w szczególności biorąc pod uwagę określone

w art. 90 ust. 1 kryteria, to wobec ustalenia, iż oferta o ok. 50 tys. zł niższa nie jest rażąco niska, czyni to w ogóle zbędnym dokonywanie pod tym kątem ocen ofert zawierających wyższą cenę. Domniemanie, które wynika z art. 90 ust. 1 ustawy zostało bowiem obalone w inny sposób (zdaniem odwołującego - także inny), niż określony w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, przy czym nie można interpretować art. 90 ust. 2 i 3 ustawy, w ten sposób, iż stanowią one wyłączony tryb obalenia domniemania wynikającego z art. 90 ust. 1. Polski system prawa nie przewiduje tego typu ograniczeń i nie sposób twierdzić, iż art. 90 ust. 2 i 3 ustawy są w tym zakresie jakimś wyjątkiem. W tej sytuacji wymaganie od odwołującego, by także i on obalił domniemanie, które zostało już obalone, jest całkowicie zbędnym formalizmem. Prowadziłoby to też do całkowitej dowolności w stosowaniu instytucji, która już sama w sobie zakłada brak jednoznacznego określenia sytuacji, kiedy ją stosować („cena oferty wydaje się”) i przy pomocy jakich kryteriów dokonywać oceny („w szczególności”), a w związku z tym, już na wstępie winien nasuwać się wniosek, iż wymaga ona ostrożnego stosowania. W takiej sytuacji, celowe i zasadne jest jej racjonalizowanie - w przeciwnym wypadku, zdaniem odwołującego, możemy dojść do wniosków nie do pogodzenia z elementarną logiką, takich jak w niniejszej sprawie, tj. że 518.081,34 zł jest mniej niż 469.054,67 zł, i to uzasadnianym „na siłę”, w ten sposób, iż „wyjaśnienia są niekompletne” - bez wskazania na czym polega „kompletność” wyjaśnień oraz czego w nich zabrakło zamawiającemu lub „sprzeczne” - bez wskazania, co się z czym kłóci - co również, w ocenie odwołującego, stanowi naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy. Odwołujący podkreślił bowiem, iż pismem z dnia 10 kwietnia 2015 r. odwołujący w pełni ustosunkował się do wszystkich zagadnień przedstawionych w piśmie zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2015 r. W tej sytuacji, zarzucanie niekompletności czy też sprzeczności wyjaśnień, a tym samym twierdzenie o ich braku, narusza art. 90 ust. 3.

Zdaniem odwołującego, wobec wyboru przez zamawiającego oferty o niższej cenie ryczałtowej i to o kwotę około 50 tys. złotych - w ten sposób twierdzić, że składane przez odwołującego wyjaśnienia nie były pełne i wiarygodne. Tym bardziej, że zdaniem odwołującego, w tej konkretnej sytuacji ewentualnego podejrzenia rażąco niskiej ceny ofert składanych w postępowaniu, zamawiający mógł badać oferty pod tym kątem narastająco, poczynawszy od najniższej do najwyższej, odnośnie których może mieć wątpliwość. Ustalenie, iż któraś z kolejnych ofert nie jest już rażąco niska, kończy dalszą ocenę w stosunku do ofert wyższych - domniemanie z art. 90 ust. 1 zostało obalone także w stosunku do tych ofert. Powyższe uwagi nie tracą na znaczeniu, jeżeli zamawiający nie żądałby od wykonawcy wyjaśnień odnośnie jego oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Wręcz przeciwnie - oprócz wskazywanego wyżej oczywistego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy – byłby to bezpośredni dowód na całkowitą dowolność w stosowaniu instytucji rażąco niskiej ceny przez zamawiającego. W ocenie odwołującego, brak jest racjonalnego uzasadnienia do

stosowania instytucji rażąco niskiej ceny wrywkowo a takie postępowanie narusza także art. 90 ust. 1 ustawy, gdyż nie wiadomo, czy i z jakich przyczyn zamawiający uznaje, że w przypadku niższej ceny brak jest wątpliwości odnośnie rażąco niskiej ceny, a w przypadku ceny wyższej - takie wątpliwości są.

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy także przez uniemożliwienie odwołującemu wykazania, że jego cena nie jest ceną rażąco niską. Jak wynika z pisma zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2015 r., wezwał on odwołującego do złożenia wyjaśnień wraz ze stosownymi dowodami, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący zadośćuczynił temu obowiązkowi, jednocześnie żądając przeprowadzenia dowodów na okoliczność, czy złożona przez niego oferta jest rażąco niska, w postaci przesłuchania strony (wykonawcy) oraz przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Dowody te nie zostały przeprowadzone. Dla odwołującego niezrozumiałym jest zarzucanie mu, iż nie obalił domniemania, że cena jego oferty jest rażąco niska, w sytuacji gdy wnioskowane przez niego dowody w tym zakresie nie są przeprowadzane. Odwołujący nie mógł sam powołać biegłego chociażby z uwagi na brzmienie art. 21 ust. 4 ustawy (w zw. z art. 90 ust. 2, rozumianym jako określona inicjatywa dowodowa). Biegły powołany przez odwołującego nie byłby wówczas biegłym, lecz prywatnym ekspertem, którego ekspertyza miałaby taką samą wartość dowodową co twierdzenia odwołującego i już z tego powodu mogłaby zostać zakwestionowana przez zamawiającego. Z oczywistych względów uznać należy, iż tym bardziej odwołujący nie mógł się sam przesłuchać!

Podkreślił, iż treść przepisów art. 90 ust. 2 i 3 nie stanowią racjonalnej przesłanki do uznania, że w celu wykazania, iż cena nie jest rażąco niska, wykonawca nie może wnosić o przesłuchanie go w charakterze strony lub przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego (ograniczając tym samym postępowanie dowodowe w tym zakresie do dokumentów?). Taki wniosek byłby nie do pogodzenia z treścią art. 190 ust. 3 w zw. z art. 190 ust. 1a ustawy, które wprawdzie dotyczą postępowania odwoławczego, to jednak winny mieć odpowiednie zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie odwołujący zwrócił uwagę na nieprzypadkowe, w jego ocenie, umiejscowienie przepisu art. 190 ust. 1a, dotyczącego ciężaru dowodu odnośnie rażąco niskiej ceny, w przepisach dotyczących postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym, z którego wynika wręcz obowiązek (art. 190 ust. 2 i 3) przeprowadzenia dowodu na powyższą okoliczność, w celu sprawowania przez Izbę nadzoru nad stosowaniem instytucji rażąco niskiej ceny.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. kosztorysu inwestorskiego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, oferty odwołującego, wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej z dnia 12 marca 2015r. i odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 marca 2015r., ponownego wezwania z dnia 7 kwietnia 2015r. i odpowiedzi na wezwanie z dnia 10 kwietnia 2015r., opinii biegłego sądowego Sądu Okręgowego w Warszawie H. P. –J., ofert nr 14553919.001, 14554016.001 i 14554009.001, wykazu posiadanego przez odwołującego sprzętu oraz umów ubezpieczenia tego sprzętu.

Z kosztorysu inwestorskiego wynika, że zamawiający wycenił wartość robót na kwotę 728 377,14zł. netto, w tym roboty ziemne – wykopy na kwotę 175 120,84zł. (24,04%), kanalizacja sanitarna – 310 711, 33zł. (42,66%), roboty ziemne – zasypanie – 173 214,38zł. (23,78%), odtworzenie nawierzchni – 66 554,22zł. (9,14%), usunięcie i zabezpieczenie zieleni – 2 776,37zł. (0,38%).

Zamawiający ustanowił trzy kryteria oceny ofert: cena 90%, okres wykonania zamówienia 7%, okres udzielonej gwarancji i rękojmi 3%. Pomiędzy stronami bezsporne było, że gdyby oferta odwołującego była rozpatrywana w ramach oceny ofert w kręgu ofert uznanych przez zamawiającego za niepodlegające odrzuceniu, to byłaby ofertą najkorzystniejszą.

W dacie otwarcia ofert złożono oferty z następującymi cenami:

Przedsiębiorstwo ABT sp. z o.o. z Gdańska – 767 390,36zł.,

ASPERGO M. D. z Bojano – 391 977,90zł.

Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych EKO sp. j. B. B., Z. W. z Gdyni – 469 054,67zł.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELGRUNT M. M. z Gdyni – 676 550,00zł.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WOD-KAN-G. sp. z o.o. z Kartuz – 725 700,00zł.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Instalacyjno Sanitarne i Remontowo-Budowlane S. M. S. z Sierakowic – 492 853,46zł.

ELEKTRO-CAL sp. z o.o. z Miłobądz – 518 081,34zł.

W ofercie odwołującego na stronach 19 – 28 znajduje się kosztorys ofertowy.

W dniu 12 marca 2015r. zamawiający skierował do wykonawców: ASPERGO M. D. z Bojano, Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych EKO sp. j. B. B., Z. W. z Gdyni, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Instalacyjno Sanitarne i Remontowo-Budowlane S. M. S. z Sierakowic, ELEKTRO-CAL sp. z o.o. z Miłobądz wezwanie do wyjaśnień elementów oferty, które mają wpływ na zaoferowane ceny. W wezwaniach zamawiający zacytował treść art. 90 ust. 1 ustawy oraz przypomniał o tym, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy.

W dniu 13 marca 2015r. odwołujący złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że prawidłowo wycenił metodę wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne oraz uwzględnił różne, w tym niesprzyjające warunki wykonywania zamówienia. Ponadto uwzględnił koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, a także dodatkowe koszty wynikające z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, oraz do wyjaśnień załączył kosztorys ofertowy, znajdujący się już w ofercie odwołującego poszerzony o tabelę elementów scalonych.

W dniu 7 kwietnia 2015r. zamawiający wystosował ponowne wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę do wykonawców: ASPERGO M. D. z Bojano, Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych EKO sp. j. B. B., Z. W. z Gdyni, ELEKTRO-CAL sp. z o.o. z Miłobądzą prosząc o złożenie dodatkowych wyjaśnień wraz ze stosownymi dowodami w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania, w tym podanie, gdzie, na jakim etapie robót te oszczędności zaistniały i w jakiej wysokości wraz z dowodami na rzeczywiście niskie koszty zastosowanych materiałów, wybranych rozwiązań technicznych – wskazanie ich i ich wpływu na obniżenie wysokości ceny oferty, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy – określenie, w czym tkwi ich wyjątkowość, na czym polegają i jakie efekty ekonomiczne przyniosły. Zamawiający wskazał, że ciężar dowodowy obciąża wykonawcę oraz powołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 maja 2007r. sygn. akt V Ca 214/06.

Odwołujący w dniu 10 kwietnia 2015r. złożył wyjaśnienia, w których stwierdził, że cena jego oferty nie wiąże się z żadną szczególną metodą wykonania zamówienia gwarantującą oszczędności. Podniósł, że zamawiający nieprawidłowo dokonał wyceny wartości zamówienia, bo żadna z ofert nie zbliżyła się do kwoty szacowanej przez zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że realizując inwestycje tego typu jak przedmiot zamówienia jest w stanie uzyskać rabaty i obniżki cen materiałów budowlanych w stosunku do cen wynikających z katalogów stanowiących podstawę kosztorysowania nawet o 50%. Wskazał także na brak zastosowania jakiś szczególnych rozwiązań technicznych. Jako wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia podał uzyskiwane rabaty i obniżki cen, fakt wygrania 5 przetargów w Trójmieście i okolicach, a także sprzyjający okres realizacji zamówienia, niepowodujący wydłużenia terminu realizacji prac oraz zamrożenia mocy produkcyjnych odwołującego. Wniósł o przeprowadzenie na tę okoliczność dowodu z przesłuchania strony w osobie K. M. oraz dowodu z opinii biegłego z listy Sądu Okręgowego w Gdyni z zakresu wyceny inwestycji budowlanych na okoliczność czy zaoferowania przez odwołującego cena jest rażąco niska.

W dniu 6 maja 2015r. Izba na rozprawie powołała Pana H. P.-J. zamieszkałego w Warszawie, ul. Mikołajczyka 21/134 wpisanego na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie specjalności ceny kosztorysów i rozliczenia inwestycji budowlanych zobowiązując biegłego do udzielenia wiadomości specjalnych, czy cena oferty firmy Elektro-Cal sp. z o.o. jest ceną rażąco niską.

Biegły w dniu 26 maja 2015r. wydał opinię, w której przyjął, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen minimalnych rynkowych, dla danej roboty budowlanej. Biegły w celu ustalenia charakteru ceny odwołującego sporządził kosztorys opierając się na minimalnych cenach rynkowych zawartych w biuletynach cen robót, opracowanych przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa Promocja sp. z o.o. SECOCENBUD na poziomie II kwartału 2015r. Te biuletyny służą do analizy i porównania cen jednostkowych skalkulowanych przez wykonawców robót z cenami minimalnymi, maksymalnymi i średnimi w skali kraju, Ceny jednostkowe w biuletynach zostały skalkulowane według zasad kalkulacji szczegółowej, jako minimalne, maksymalne i średnie ceny krajowe. W cenach jednostkowych nie uwzględniono podatku VAT. W zależności od lokalizacji robót biuletyny ujmują współczynniki regionalne do cen robót. W przypadku Gdyni znajdującej się w województwie pomorskim współczynnik do robót inżynierskich wynosi 1,002. Na podstawie tych założeń biegły wyliczył, że cena oferty odwołującego jest o 217 869,50zł. niższa od wartości ceny minimalnej rynkowej i doszedł do wniosku, że zaoferowana przez odwołującego cena jest ceną rażąco niską i jest to cena niewiarygodna, nierealistyczna i rażąco niska.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość wydanej opinii, gdyż w jego ocenie biegły wykonał opinię niezgodnie z postanowieniem o powołaniu biegłego tj. sporządzając własny kosztorys i nie odnosząc się do poszczególnych elementów kosztorysów ofertowych odwołującego i innych wykonawców. Odwołujący uważa, że nie może odnieść się do kalkulacji robocizny i pracy sprzętu ujętej przez biegłego w cenie jednostkowej. Odwołujący wniósł o dopuszczenie uzupełniającej opinii biegłego.

Izba dopuściła ustną uzupełniającą opinię biegłego, w której biegły podtrzymał w całości swoje stanowisko wyrażone w pierwotnej opinii i oceniła obie opinie stwierdzając, że przedstawione opinie są spójne, konkretne i logiczne. Izba nie dopatrzyła się wad w przyjętych założeniach do opinii. W konsekwencji Izba uznała, że opinie biegłego są samodzielne, obiektywne i wiarygodne.

Odwołujący w dniu 11 czerwca 2015r. przedstawił dodatkowe dowody, z których wynika, że posiada 3 samochody ciężarowe o ładowności powyżej 3,5 t, cztery koparki i 10 sztuk szalunków. Jeden z tych pojazdów odwołujący nabył w kwietniu 2014r. za cenę 51 660zł. przedstawił także polisy ubezpieczeniowe dotyczące ubezpieczenia wskazanego wyżej sprzętu.

Z oferty nr 14553919.001 wynika, że w okresie od 9 czerwca do 9 lipca 2015r. odwołujący ma możliwość nabycia 23 studni za cenę 64 891,73 zł. brutto (52 757,50zł. netto) Według kosztorysu inwestorskiego poz. 1.2.5 zamawiający wycenił wartość studni DN 1200 w ilości 23 sztuk za cenę 45 885,00zł. netto. Oferta odwołującego jest zatem droższa od wyceny zamawiającego o 6 872, 50zł. Natomiast w poz. 5 kosztorysu biegłego biegły wycenił wartość całej tej pozycji na cenę 101 651,26zł., za całość robót poz. 5 kosztorysu ofertowego odwołujący wycenił na 102 796,20zł., a więc drożej niż biegły.

Z oferty nr 14554016.001 wynika, że w okresie od 9 czerwca do 9 lipca 2015r. odwołujący ma możliwość nabycia 204 szt. rur PCV za cenę 19 461,36zł.

Z oferty nr 14554009.001 wynika, że w okresie od 9 czerwca do 9 lipca 2015r. ma możliwość nabycia 38,2m rury czarnej ze szwem za cenę 14 632,85zł.

Natomiast z kosztorysu inwestorskiego z poz. 1.2.7. zamawiający wycenił rury PCV (same materiały) na 37 116,58zł. netto, poz. 1.2.8 – 5335,72zł., poz. 1.2.9 – 16 279,20zł., poz. 1.2.10 – 717,31zł., poz. 1.2.11- 1022,86zł., poz.1.2.12 – 5815,95zł., poz.1.2.14 – 20349,00zł., co daje łącznie wartość wszystkich rur 86 636,42zł., co stanowi różnicę w porównaniu z przedłożonymi ofertami odwołującego (uwzględnionymi w wyliczeniach w wartościach netto) na kwotę 58 917,55zł. netto.

Z kosztorysu sporządzonego przez biegłego wartość pozycji odnoszących się do rur (przy czym obejmujących nie tylko materiały, ale także robocizną i sprzęt) wynika, że biegły koszty całkowite związane z rurami wycenił na poz. 7 – 33 227,20zł., poz. 8 – 3 752,40zł., poz. 9 – 2 720,99zł., poz. 10 – 381,23zł., poz. 11 – 417,48zł., poz. 12 – 387,23zł. czyli łącznie 40 886,53zł., analogicznie odwołujący w kosztorysie ofertowym na poz. 7 – 44809,60zł., poz. 8 – 6885,76zł., poz. 9 – 4399,07zł., poz. 10 – 1656,53zł., poz. 11 – 1445, 64zł. poz. 12 – 23 156,08zł., czyli łącznie 82 352,68zł. co oznacza, że odwołujący na tych pozycjach zawyżył swoją cenę względem opinii ceny o 20 291,26zł. Tym samym dowody z ofert nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż pozycje kosztorysowe związane z rurami nie odbiegały od minimalnych cen rynkowych według Sekocenbud.

Przy czym Izba nie była w stanie zweryfikować, czy ilość rur podanych w ofercie nr 14554016.001 połączona z 38,20 m rur wskazanych w ofercie nr 14554009.001 zaspokaja wszystkie potrzeby w zakresie dostawy rur wynikające z podanych pozycji kosztorysu inwestorskiego.

Z dowodów dołączonych do pisma odwołującego z dnia 11 czerwca 2015r. Izba, przyjmując najkorzystniejszy dla odwołującego wariant, że oferty 14554016.001 i 14554009.001 obejmują dostawę wszystkich rur potrzebnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, że odwołujący za pomocą tych dowodów wykazał oszczędność na poziomie 65 790, 09 zł. netto, co przy 23% VAT daje kwotę brutto 80 921, 80zł. brutto w stosunku do kosztorysu inwestorskiego.

Powyższe w ocenie Izby oznacza, że za pomocą przedstawionych w piśmie procesowym z dnia 11 czerwca 2015r. dowodów odwołujący nie wykazał prawidłowości kalkulacji swojej oferty tak przy różnicy w stosunku do cen minimalnych Sekocenbud, jak i kosztorysu inwestorskiego. Nadto Izba ustaliła, że odwołujący wprawdzie udowodnił, że posiada własny sprzęt na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia nie wykazał jednak jakiego rzędu oszczędności z tego tytułu osiąga.

W tym stanie rzeczy Izba oceniła, że dowód z opinii biegłego nie został skutecznie przez odwołującego podważony i przyjęła jego wiarygodność i moc dowodową.

Izba ustaliła ponadto, że z rozdziału 18 siwz wynika ryczałtowy charakter ceny (pkt. 18.7), natomiast wykonawca był zobowiązany sporządzić kosztorys ofertowy zgodnie z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót (pkt. 18.6), przedmiar zaś miał charakter pomocniczy, z którego wykonawcy mogli ale nie musieli korzystać (pkt. 18.9). Z § 1 ust. 5 pkt 1 lit. c wzoru umowy wynika, że zamawiający dopuścił odwodnienie i umocnienie wykopów według rozwiązań wykonawcy). W ocenie Izby te ustalenia nie mają jednak istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia z uwagi na to, że odwołujący w piśmie z dnia 10 kwietnia 2015r. jednoznacznie stwierdził, że stwierdził, że cena jego oferty nie wiąże się z żadną szczególną metodą wykonania zamówienia gwarantującą oszczędności. Izba oceniała zatem argumentację odwołującego podnoszoną na rozprawie jako argumentację na potrzeby postępowania odwoławczego.

Izba nie dała wiary twierdzeniom odwołującego na rozprawie, że z 7 złożonych ofert, aż sześć oferowało cenę niższą niż wyliczona w kosztorysie sporządzonym przez biegłego. Przeciwnie na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego Izba ustaliła, że 4 oferty były poniżej przyjętej przez zamawiającego wartości i były to te oferty, co do których zamawiający wystosowywał do wykonawców wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Izba odmiennie od odwołującego oceniła treść wezwania zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2015r., w ocenie Izby zamawiający wskazał szczegółowo jakich wyjaśnień oczekuje.

Izba postanawia oddalić wnioski o przesłuchanie w charakterze strony prezesa zarządu odwołującego wskazując, iż dowód taki może być przeprowadzony w sytuacji, gdy nie zostały wyjaśnione okoliczności umożliwiające wydanie rozstrzygnięcia, co w niniejszej sprawie nie ma miejsca, a nadto przeprowadzenie dowodu z ograniczeniem do jednej ze stron musi być należycie wykazane, by nie godziło w zasadę kontradiktoryjności postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody, a tym samym wypełnił przesłanki dopuszczalności odwołania wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy przez uznanie, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska w sytuacji, gdy cena oferty wybranej jest niższa od oferty odwołującego, oraz przez nieprzeprowadzenie dowodów które powołał odwołujący w złożonych przez siebie wyjaśnieniach, co spowodowało, że nie mógł dowieść, że jego cena nie jest ceną rażąco niską

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W ocenie Izby ten przepis nie przesądza o tym, że cena oferty nie jest rażąco niska jeżeli nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy nie rodzi automatyzmu po stronie zamawiającego i nie powoduje, że zamawiający ma zakaz, czy obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy bez umożliwienia mu złożenia wyjaśnień. W przepisie tym ustawodawca wskazał, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień zawsze wtedy, gdy cena oferty wydaje się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Jako przykład, kiedy cena powinna budzić wątpliwości zamawiającego, ustawodawca podał dwie sytuacje :

- a) gdy jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub
- b) gdy cena jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

W tych dwóch wypadkach zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, ale mogą istnieć też takie sytuacje uzasadnione specyfiką zamówienia, że wątpliwości powinny u

zamawiającego budzić również ceny wyższe niż 30% od wartości szacunkowej czy średniej arytmetycznej ofert, wówczas również zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień. Natomiast w żadnym przepisie ustawy ustawodawca nie zawarł regulacji nakazującej odrzucić z postępowania wykonawcę, którego cena spełnia tak przesłankę ceny niższej o 30% od wartości zamówienia lub jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Brak jest także ustawowego rozwiązania zakazującego odrzucić ofertę wykonawcy w sytuacji, gdy tylko jeden z przypadków podanych w art. 90 ust. 1 ustawy się ziścił. Zatem nie ma racji odwołujący wskazując, że jego oferta nie zasługuje na odrzucenie, to nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W przypadku ziszczenia się któregośkolwiek ze zdarzeń wskazanych w art. 90 ust. 1 ustawy decydujące dla czynności zamawiającego związanych z badaniem oferty będą złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Zgodnie z ust. 2 art. 90 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, zaś w myśl ust. 3 tegoż przepisu 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.

Zatem nie jest wykluczone powoływanie się przez wykonawcę na fakt przeszacowania przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, w oparciu o pozostałe złożone przez wykonawców oferty, ale taka argumentacja powinna znaleźć się w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu i być udowodniona. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach tego przeszacowania nie udowodnił. Nie udowodnił także, ani w wyjaśnieniach, ani dowodami przeprowadzonymi na rozprawie, że miał podstawy do zaoferowania ceny na poziomie wynikającym z oferty. Przeprowadzone przez niego dowody, albo wprost potwierdzając, że cena jego oferty jest ceną rażąco niską – opinie biegłego, albo dotyczą elementów skalkulowanych drożej niż przyjął to biegły, a co do studni także zamawiający.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 a ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W niniejszej sprawie dowody powołane przez odwołującego nie wykazały, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dowody z opinii biegłego potwierdził, że cena jest ceną rażąco niską. Jednocześnie załączone przez odwołującego do pisma z dnia 11 czerwca 2015r. oferty i polisy ubezpieczeniowe oraz wykaz posiadanego sprzętu nie dowiodły, że odwołujący mógł zaniżyć koszty realizacji przedmiotowego zamówienia poniżej cen minimalnych wynikających z Sekocenbud za II kwartał 2015r. tj. o więcej niż 218 tys. złotych.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego zarzut był nieuzasadniony i zamawiającemu nie można przypisać naruszenia art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy.

Na marginesie jedynie Izba zauważa, że fakt wyboru oferty tańszej od oferty odwołującego nie powoduje, że automatycznie należy przyjąć, że oferta odwołującego nie może być ceną rażąco niską. Dany wykonawca oferujący niższą cenę może bowiem posiadać szczególnie oszczędne metody wykonania zamówienia, przyjęte rozwiązania techniczne, szczególnie sprzyjające warunki do wykonywania zamówienia, które wykazał na etapie wyjaśnień zamawiającemu i udowodnił, a które nie są dostępne innym wykonawcom oferującym zbliżone, choć zaniżone ceny. Izba zwraca uwagę, że przedmiotem rozważań Izby nie był charakter ceny innych ofert zaoferowanych w niniejszym postępowaniu, gdyż nie mieścił się on w granicach podniesionych zarzutów – art. 192 ust. 7 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania. Izba wniosek zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania uznała za nieudowodniony, zgodnie bowiem z § 3 pkt. 2 lit. b rozporządzenia koszty ponoszone przez zamawiającego z tytułu zastępstwa prawnego muszą być wykazane rachunkiem. Zamawiający rachunku nie złożył.

Przewodniczący: