

WYROK

Warszawa, dnia 26 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

LINTER ENERGIA sp. z o.o. w Rzeszowie (KRS: 0000573903), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:
GMINA ZABIERZÓW

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i;

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez zamawiającego koszty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz poniesione przez zamawiającego koszty 338 zł 00 gr (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Odwołujący nie wykazał, że cena ofertowa ani jej istotna część składowa jest tej wysokości, że nie daje gwarancji realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia. W szczególności dowodu wystarczającego dla wykazania, że cena jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 224 pzp, nie stanowią twierdzenia i założenia własne odwołującego ani przedłożone przez niego oferty podmiotów trzecich z ceną wyższą od cen wykonawcy wybranego. Tutaj Izba wskazuje, że założenia odwołującego nie korelują także z jego własną ofertą i ceną ofertową – zbliżoną do ceny wykonawcy wybranego.

Analogicznie ma się ocena zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdzie odwołujący nie wykazał, że istniały okoliczności uzasadniające powstanie po stronie zamawiającego wątpliwości co do realności ceny lub jej istotnej części składowej również w związku z niepopartym dowodami twierdzeniem o nie uwzględnieniu w cenie ofertowej wszystkich założonych przez odwołującego elementów.

Izba stwierdza jednocześnie, że Zamawiający wykazał, że istniały okoliczności pozwalające na założenie i przyjęcie, że oferta wykonawcy wybranego jest zgodna z warunkami zamówienia i cena ofertowa obejmuje przedmiot zamówienia i jest ceną realną, tj. cena ani jej istotna część składowa nie stanowią ceny rażąco niskiej.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego.

GMINA ZABIERZÓW (Rynek 1, 32-080 Zabierzów) (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji numer ZRP.271.1.33.2024 pn. „ROZBUDOWA OŚWIETLENIA ULICZNEGO NA TERENIE GMINY” (dalej Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ).

W dniu 15 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia Linter Energia sp. z o.o. w Rzeszowie (ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 23, 35-105 Rzeszów) (dalej: Odwołujący).

Po udostępnieniu przez Zamawiającego kopii odwołania w dniu 17 lipca 2024 r. tj. terminie przepisanych art. 525 Ustawy przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia A.S. i M.S. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Wykonawstwa Elektroenergetycznego A.S., M.S. spółka cywilna w Krakowie, których oferta została oceniona jako najkorzystniejsza spośród złożonych ofert i została wybrana przez Zamawiającego (dalej Zgłaszający Przystąpienie lub Spółka Cywilna). Zgłoszenie przystąpienia złożone zostało – podpisane – przez jednego wspólnika. Do przystąpienia nie załączono pełnomocnictwa do reprezentacji Zgłaszającego Przystąpienie w postępowaniu odwoławczym. Na posiedzeniu w dniu 25 lipca 2024 r. złożone zostało pełnomocnictwo udzielone wspólnikowi, który złożył – podpisał – zgłoszenie przystąpienia z dnia 23 lipca 2024 r. uprawniające do udziału w postępowaniu odwoławczym. W aktach, również Postępowania, brak jest dokumentu wskazującego na umocowanie wspólnika zgłaszającego przystąpienie do działania w imieniu wspólników w ramach spółki cywilnej w postępowaniu odwoławczym na dzień złożenia zgłoszenia przystąpienia i upływu terminu do jego zgłoszenia. W związku ze zgłoszeniem przystąpienia przez wyłącznie jednego wykonawcę spośród dwóch ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia a także bez wykazania umocowania do działania zgłaszającego przystąpienie w imieniu wspólników spółki cywilnej wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 510 w zw. z art. 511 Ustawy Izba stwierdziła bezskuteczność zgłoszenia przystąpienia.

Odwołujący wniósł odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty Zgłaszającego Przystąpienie i dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy:

art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy z uwagi na to, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Zgłaszającego Przystąpienie, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, ponieważ ww. wykonawca nie wykazał w treści złożonej oferty, że jest w stanie samodzielnie wykonać przewieroty metodą bezrozkopową, a skorzystanie z usług innego podmiotu według cen rynkowych sprawiałoby, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę była rażąco niska;

art. 16 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 1 Ustawy poprzez przeprowadzenie Postępowania, w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, poprzez zaniechanie wezwania Zgłaszającego Przystąpienie do złożenia wyjaśnień istotnych elementów składowych oferty, a to zadeklarowania w załączniku nr 1 do SWZ wykonania prac metodą bezrozkopową, pomimo że wykonawca ten nie wskazał w treści złożonej oferty, że dysponuje urządzeniem umożliwiającym samodzielne wykonanie prac taką metodą, przez co jego oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do cen rynkowych oraz winna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i deklaracjami złożonymi przez ww. Wykonawcę;

art. 239 ust. 1 w zw. art. 252 ust. 1 w zw. z art. 266 w zw. z art. 275 pkt 1 Ustawy poprzez wybór oferty złożonej przez Zgłaszającego Przystąpienie, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; odrzucenia oferty Zgłaszającego Przystąpienie; oraz dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Strony powoływały się na dokumenty postępowania, w szczególności SWZ oraz ofertę Zgłaszającego Przystąpienie i pozostałe oferty. Odwołujący przedłożył dodatkowo:

1. ofertę F.H.U Elektroinstal K.T. nr 18/06-2024 z dnia 18 czerwca 2024 r. na fakt: ceny rynkowej usługi wykonania przewiertów metodą bezrozkopową;
2. ofertę GOLD WIERT sp. z o.o. nr 1/06/2024 z dnia 17 czerwca 2024 r. na fakt: ceny rynkowej usługi wykonania przewiertów metodą bezrozkopową;
3. ofertę Przedsiębiorstwa Wielobranżowego METRO M.M. nr ON/33/06/2024 z dnia 24 czerwca 2024 r. na fakt: ceny rynkowej usługi wykonania przewiertów metodą bezrozkopową.

Zamawiający przedłożył dodatkowo:

ofertę Spółki Cywilnej złożoną w postępowaniu ZRP.271.1.12.2023 - na okoliczność jej treści, a w szczególności zobowiązania do wykonania robót budowlanych za określoną kwotę metodą bezrozkopową za określone wynagrodzenie w 2023 roku

kosztorys inwestorski - na okoliczność jego treści, a w szczególności wykazania iż zamawiający z należytą starannością oszacował wartość zamówienia

Specyfikację Warunków Zamówienia Nr ZRP.271.1.12.2023 - na okoliczność jej treści, a w szczególności przeprowadzenia analogicznego postępowania w poprzednim roku kalendarzowym, tożsamyh warunków udziału w postępowaniu jak w niniejszym postępowaniu oraz wiedzy Zamawiającego co do zdolności technicznych Spółki Cywilnej po stronie Zamawiającego, a tym samym braku podstaw faktycznych do badania rażąco niskiej ceny

umowy Nr ZRP.272.1.24.2023 z dnia 20 kwietnia 2023 r. wraz z aneksami zawartej ze Spółką Cywilną - na okoliczność jej treści, a zwłaszcza zawarcia umowy w poprzednim roku kalendarzowym na tożsamy przedmiotowo zamówienie ze Spółką Cywilną oraz kwoty, za jaką wykonawca zrealizował poprzednie zamówienie metodą bezrozkopową, a tym samym braku podstaw do badania rażąco niskiej ceny w rzeczonym postępowaniu

protokołu odbioru robót z dnia 20 maja 2024 r. - na okoliczność jego treści, a w szczególności wykazania, iż Spółka Cywilna dysponuje odpowiednim sprzętem do bezrozkopowego wykonania robót, a także wykonania w sposób należyty poprzedniej umowy przy zastosowaniu przewiertów, a tym samym wiedzy Zamawiającego co do dysponowania odpowiednim sprzętem oraz właściwego jego wykorzystania w terenie przez Przystępującego;

wezwania kierowanego do Spółki Cywilnej z dnia 3 kwietnia 2023 r. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny - na okoliczność jego treści, a w szczególności skorzystania przez Zamawiającego z procedury przewidzianej w art. 224 ust 2 Ustawy w poprzednim postępowaniu, powzięcia wiedzy co do posiadania przez Spółkę Cywilną sprzętu do wykonania prac w terenie metodą bezrozkopową;

wyjaśnień Spółki Cywilnej z dnia 4 kwietnia 2023 r. - na okoliczność ich treści, a w szczególności odpowiedzi wykonawcy i przedstawienia szczegółowych wyliczeń ceny w poprzednim postępowaniu oraz dysponowania wiedzą przez Zamawiającego, co do posiadania przez Spółkę Cywilną sprzętu do wykonania prac w terenie metodą bezrozkopową, a także braku podstaw do weryfikowania rażąco niskiej ceny w rzeczonym postępowaniu;

oświadczenie inspektora merytorycznego (nadzoru) odpowiedzialnego za przeprowadzenie postępowania i realizacji umowy Nr ZRP.272.1.24.2023 - na okoliczność jego treści, a w szczególności potwierdzenia wykonania robót metodą bezrozkopową przez Spółkę Cywilną na podstawie poprzednio zawartej umowy

zawiadomienie o wyborze oferty Spółki Cywilnej z 14 kwietnia 2023 r. na okoliczność dokonania wyboru oferty Spółki Cywilnej w poprzednim postępowaniu za cenę 449 586, 84 zł;

- l) certyfikatów przeszkolenia osób zatrudnianych przez Spółkę Cywilną z 8 czerwca 2006 r. w zakresie operowania wiertnicą horyzontalną na okoliczność posiadania zdolności i personelu a także realizowania przez Spółkę Cywilną robót metodą bezrozkopową już od roku 2006
-) zrzutu ze strony internetowej potwierdzającej wykonanie przez Spółkę Cywilną robót analogicznych do objętych przedmiotem Postępowania metodą bezrozkopową na Placy Mariackim w Krakowie – na okoliczność posiadania przez Spółkę Cywilną zdolność realizacji robót objętych Postępowaniem metodą bezrozkopową.

Zamawiający wnosił również o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadka Marka Skupień, na okoliczność posiadania przez Zgłaszającego Przystąpienie zdolności technicznych do wykonania usługi objętej przedmiotem zamówienia w Postępowaniu metodą bezrozkopową, należytego określenia ceny ofertowej tej usługi oraz uprzedniego wykonania na rzecz Zamawiającego usługi o podobnym charakterze.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron oddaliła zarzuty wobec nie wykazania przez Odwołującego, że cena ofertowa lub istotne części ceny są rażąco niskie, co uzasadniałoby odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, ani, że w okolicznościach danej sprawy Zamawiający zaniechał wezwania Zgłaszającego Przystąpienie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub jej istotnej części składowej wobec powstania wątpliwości, co do wysokości ceny ofertowej.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony. Oparła się na dokumentacji Postępowania, w szczególności SWZ oraz ofertach. Oceniając materiał dowodowy Izba uwzględniła stanowiska stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba stwierdza, że spór dotyczył oceny zgodności z Ustawą czynności Zamawiającego wyboru oferty Spółki Cywilnej w świetle wysokości ceny ofertowej - charakteru ceny ofertowej i jej części składowych jako wypełniających warunek rażąco niskiej ceny oraz zakresu elementów wycenionych, w tym w świetle wymagań SWZ oraz mogących potencjalnie rodzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości zrealizowania przez Spółkę Cywilną przedmiotu zamówienia za cenę ofertową. Zarzuty opierały się na niewykazanych dowodami i sprzecznym z treścią oferty założeniu Odwołującego, że Spółka Cywilna nie jest w stanie realizować zamówienia samodzielnie (nie wykazała posiadania urządzeń zdolnych do ich realizacji) i opierać będzie musiała się na podmiotach trzecich oferujących za wykonanie usług na jej rzecz ceny czyniące cenę ofertową rażąco niską.

W zakresie dowodów Izba ustaliła i uznała, że:

- przedłożone oferty przez Odwołującego są nieprzydatne dla wykazania zasadności twierdzenia, że cena ofertowa Zgłaszającego Przystąpienie lub jej istotna część składowa są rażąco niskie lub takiej wysokości, że budzić powinny wątpliwości Zamawiającego, co do wysokości w świetle art. 224 ust. 1 Ustawy; oferty wskazują, ceny usług przewiertu

dla nie doprecyzowanej lokalizacji roboty, technologii oraz użytych materiałów w tym ich średnicy dla ilości 2275 mb, 2276 mb, 2275 mb (za stawkę odpowiednio 180 zł netto za mb tj. łącznie za 503.500 zł brutto, 181 zł netto za mb tj. łącznie za 506.705,88 zł brutto, 177 zł netto za mb tj. za łącznie 495.250,25 zł brutto) dostępne Odwołującemu oraz to, że na rynku pozyskać można różne ceny na usługi przewiertu, które składać mogą się, lecz nie wyczerpywać usług, jakie objęte zostały przedmiotem zamówienia w Postępowaniu;

- przedłożone przez Zamawiającego dowody dokumentowe z uprzednio prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdziły, że postępowanie to: obejmowało zamówienie o zakresie rzeczowym analogiczne i zakresie ilościowym mniejszym od objętego Postępowaniem; realizowane było przez Spółkę Cywilną należycie z wykorzystaniem metody bezrozkopowej na przestrzeni lat 2023 i 2024 (z odbiorem w maju 2024 r.); realizowane było przez Spółkę Cywilną samodzielnie bez udziału podwykonawców; Zamawiający zwracał się do Spółki Cywilnej z wezwaniem wyjaśnienia ceny i w wyniku uzyskania wyjaśnień, popartych dodatkowo okolicznością zrealizowania zamówienia za cenę ofertową należycie, posiadał wiedzę w przedmiocie sposobu kalkulacji ceny przez Spółkę Cywilną dla realizacji robót metodą bezrozkopową i jej rynkowości a także posiadania przez Spółkę Cywilną sprzętu do wykonania prac w terenie metodą bezrozkopową również w Postępowaniu, w konsekwencji uzasadniającą brak podstaw do weryfikowania rażąco niskiej ceny w Postępowaniu;

- przedłożone przez Zamawiającego dokumenty w postaci zrzutu ze strony internetowej oraz certyfikatów wskazują na wykonanie przez Spółkę Cywilną usługi podobnej do objętej Postępowaniem metodą bezrozkopową na rzecz podmiotu trzeciego oraz posiadanie doświadczonego personelu i urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia w Postępowaniu również metodą bezrozkopową (którą to okoliczność Izba ustaliła dając wiarę zeznaniom świadka).

Dalej Izba ustaliła również, że zgodnie z SWZ:

1. Przedmiotem zamówienia jest: rozbudowa oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Zabierzów. Opis przedmiotu zamówienia stanowią: dokumentacja projektowa, Specyfikacje techniczne. Pozycje i ich ilości podane w przedmiarze mają charakter pomocniczy/szacunkowy i służą do ustalenia ceny ofertowej. Rzeczywiste ilości robót w poszczególnych pozycjach zakresu rzeczowego mogą ulec zmianie. Jakakolwiek różnica pomiędzy rzeczywistą ilością wykonanych robót, a podaną w przedmiarze nie będzie podstawą do zmiany ceny ryczałtowej;
2. Kryterium oceny ofert były: Cena - Waga: 60, Gwarancja - Waga: 30 oraz Wykonanie robót metodą bezrozkopową - Waga: 10;
3. SWZ przewiduje konieczność wykonania części robót w określonych lokalizacjach i określonej długości metodą bezrozkopową (22 pozycje przedmiaru robót, co daje około 700 mb), co nie wyklucza realizacji tą metodą całości robót tj. 2275 mb, co promowane jest w ocenie ofert (co Izba ustaliła opierając się dodatkowo na zeznaniach świadka spójnych ze stanowiskiem Zamawiającego);
4. Zamawiający nie wprowadził wymagań odnośnie personelu ani urządzeń, nie wymagał wskazania w treści oferty, jakim wykonawca będzie dysponował sprzętem; nie przywidywał żądania od wykonawców przedmiotowych środków dowodowych w kwestii wykazania kryteriów cenotwórczych, ograniczając się jedynie złożeniu oświadczenia;
5. Wykonanie przedmiot umowy zgodnie z ofertą weryfikowane jest na etapie realizacji, na co wskazują postanowienia umowy nr ZRP.271.1.33.2024, zgodnie z którymi: „§ 13 10. Jakiegokolwiek istotne wady stwierdzone przy odbiorze powodują nie dokonanie odbioru, a Wykonawca zobowiązany jest usunąć je na własny koszt w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego i ponownie dokonać zgłoszenia przedmiotu umowy do odbioru. W takim przypadku Zamawiający zobowiązuje się dokonać odbioru w ciągu 3 dni roboczych od daty otrzymania zawiadomienia lub w terminie ustalonym z Wykonawcą. 11. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady i/lub usterki przedmiotu Umowy inne niż wskazane w ust.10 (nieistotne wady, nieistotne usterki), to nie wstrzymują one dokonania Odbioru. 12. W takim przypadku stwierdzone Wady Nieistotne zostaną opisane przez Strony w protokole odbioru, a Wykonawca zobowiązany będzie do ich usunięcia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Jeżeli stwierdzone przy Odbiorze Wady Nieistotne nie nadają się do usunięcia lub nie zostaną przez Wykonawcę usunięte w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, ale umożliwiają użytkowanie Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiający może dokonać Odbioru obniżając w odpowiednim stosunku wynagrodzenie Wykonawcy. 13. Strony postanawiają, że z czynności odbioru będzie spisany protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też terminy wyznaczone na usunięcie stwierdzonych przy odbiorze wad. 14. Jeżeli w trakcie realizacji robót Zamawiający zażąda badań, które nie były przewidziane niniejszą Umową, to Wykonawca zobowiązany jest przeprowadzić te badania. 15. Jeżeli w rezultacie przeprowadzenia tych badań okaże się, że zastosowane materiały bądź wykonane roboty są niezgodne z Umową, to koszty badań dodatkowych obciążają Wykonawcę. W przeciwnym wypadku koszty tych badań obciążają Zamawiającego. 16. Wady uniemożliwiające użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem umożliwiają Zamawiającemu odstąpienie od umowy lub wykonanie przedmiotu umowy po raz

drugi na koszt Wykonawcy.” „§ 15 3) W razie niewykonania umowy w określonym terminie lub naruszenia przez Wykonawcę innych postanowień umowy, w szczególności, jeśli parametry wykonywanego przedmiotu umowy będą odbiegać od wymaganych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub przedmiot umowy realizowany będzie nienależycie albo w sposób sprzeczny z umową lub niestarczanie i mimo pisemnego wezwania do wykonania w wyznaczonym terminie lub zaprzestania naruszania wskazanych wyżej postanowień umowy Wykonawca nie zastosuje się do wezwania”.

Izba ustaliła w oparciu o oferty w Postępowaniu, że:

6. Spółka Cywilna zrealizuje zamówienie w Postępowaniu samodzielnie (Formularz oferty Załącznik nr 1 do SWZ pkt 7 , w którym wykonawca oświadczył, że roboty budowlane objęte zamówieniem zamierza wykonać sam bez udziału podwykonawców jak również nie będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego, co wynika ze złożonego oświadczenia Wykonawcy na podstawie art. 125 ust.1 Ustawy), do czego posiada potencjał (dowody złożone przez Zamawiającego, zeznania świadka);
7. Spółka Cywilna zrealizuje roboty metodą bezrozkopową (Formularz oferty Załącznik nr 1 do SWZ, w którym wykonawca zadeklarował wykonanie prac związanych z ułożeniem kabla w gruncie metodą bezrozkopową)
8. W ramach Postępowania oceniono 8 ofert; oferty metodą bezrozkopową złożyła Spółka Cywilna oraz dodatkowo jeden inny wykonawca; ceny ofertowe metodą bezrozkopową i rozkopową nie były porównywalne;

Izba ustaliła również, że:

9. W postępowaniu poprzedzającym oceniono 5 ofert; oferty metodą bezrozkopową zaoferowała Spółka Cywilna oraz dodatkowo jeden inny wykonawca; ceny ofertowe metodą bezrozkopową (449.586,84 zł Spółka Cywilna i 456.686,24 zł inny wykonawca) były porównywalne, podczas gdy ceny ofert realizowanych metodą rozkopową (3 oferty) były o około 300.000 zł wyższe (co Izba ustaliła w oparciu o zawiadomienie o wyborze oferty z 14 kwietnia 2023 r.).

Reasumując Izba ustaliła, opierając się na dowodach dokumentowych i zeznaniach świadka spójnych z wyjaśnieniami Zamawiającego, że cena ofertowa Spółki Cywilnej nie jest ceną rażąco niską, nawet budzącą wątpliwości, co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia przez Spółkę Cywilną.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 224 ust. 1. Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”. Rzeczony termin odnosi się do ceny oderwanej od realiów rynkowych. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej i nie pozwalająca - przy zachowaniu reguł rynkowych - na wykonanie umowy przez wykonawcę, czyniąc je nieopłacalnym.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej”.

Powyższe przepisy mają zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Zabezpieczają zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę lub koszt w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny lub kosztu (art. 16 Pzp).

Zgodnie z art. 224 ust.5 Pzp na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa ciężar dowodowy

wykazania charakteru ceny lub jej elementu jako niebędącej rażąco niskiej w stosunku do zamawiającego. Norma art. 537 pkt 2 Pzp w związku z art. 506 i n. Ustawy kładzie obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska na zamawiającym. Norma art. 531 Pzp wskazuje, że przedmiotem dowodu są fakty istotne dla rozstrzygnięcia istoty sporu. Art. 534 Ustawy nakłada na strony obowiązek wskazywania dowodów dla faktów, z których wywodzą skutki prawne. W postępowaniu odwoławczym konieczne było więc z jednej strony wykazanie przez Odwołującego, że cena jest rażąco niska lub przynajmniej, że budzi wątpliwości, co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia, z drugiej przez Zamawiającego, że jego ocena ceny ofertowej Spółki Cywilnej nie miała charakteru uznaniowego, była oparta na racjonalnych przesłankach i nie budziła wątpliwości, co do jej charakteru w świetle art. 224 Ustawy.

Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał twierdzeń, na których opierał zarzuty a jednocześnie Zamawiający wykazał w postępowaniu odwoławczym, że na etapie badania i oceny ofert tkwił w uzasadnionym obiektywnymi okolicznościami - nie mającymi charakteru uznaniowego - przekonaniu rzetelności wyceny przedmiotu zamówienia przez Spółkę Cywilną i zdolności realizacji przez tego wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia za cenę ofertową. Izba ponownie wskazuje, że zgodnie z art. 537 Ustawy w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 lub 2 Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na zamawiającego lub uczestnika postępowania ciężar dowodowy. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał okoliczności przemawiających za zasadnością sformułowanych przez niego zarzutów. Jednocześnie dowody przedłożone przez przeciwników procesowych potwierdziły rynkowość ceny ofertowej i podstawę uznania jej za nie mającą charakteru rażąco niskiej. Izba, w zakresie oceny wyjaśnień, wskazuje dodatkowo, że jest dopuszczalne przy dokonywaniu oceny wyjaśnień lub samej ceny ofertowej, czynienie przez Zamawiającego założeń opartych na posiadanej przez niego wiedzy i doświadczeniu, pod warunkiem, że nie mają one charakteru uznaniowego i jednocześnie wykazane zostały w postępowaniu odwoławczym.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego i poniesione przez Zamawiającego koszty tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i przejazdu na posiedzenie i rozprawę.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca :.....