

WYROK
z dnia 5 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Katarzyna Brzeska
Anna Chudzik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KWG S.A., 70-490 Szczecin, ul. Wojska Polskiego 129 oraz HYDROBUDOWA POLSKA S.A., ul. Skórzewska 35, Wysogotowo, 62-081 Przeźmierowo** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Nowym Tomyślu Sp. z o.o., 60-300 Nowy Tomyśl, ul. Targowa 8**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KWG S.A., 70-490 Szczecin, ul. Wojska Polskiego 129 oraz S.A., ul. 35, 62-081 HYDROBUDOWA POLSKA Skórzewska Wysogotowo, Przeźmierowo

Przeźmierowo
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KWG**

S.A., 70-490 Szczecin, ul. Wojska Polskiego 129 oraz HYDROBUDOWA POLSKA S.A., ul. Skórzewska 35, Wysogotowo, 62-081 Przeźmierowo

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 761 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt jeden złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KWG S.A., 70-490 Szczecin, ul. Wojska Polskiego 129 oraz HYDROBUDOWA POLSKA S.A., ul. Skórzewska 35, Wysogotowo, 62-081 Przeźmierowo** na rzecz **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Nowym Tomyślu Sp. z o.o., 60-300 Nowy Tomyśl, ul. Targowa 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „kompleksowe zagospodarowanie ścieków w zlewni rzeki Obry - Gmina Nowy Tomyśl”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lipca 2010 r. Nr 2010/S 96-145648.

Pismem z 14 października 2010 r., doręczonym w tym samym dniu faksem, Zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KWG S.A., 70-490 Szczecin, ul. Wojska Polskiego 129 oraz HYDROBUDOWA POLSKA S.A., ul. Skórzewska 35, Wysogotowo, 62-081 Przeźmierowo, zwanych dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Ekoservice sp. z o.o., ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra, Ekosystem Zielona Góra sp. z o.o., ul. Kożuchowska 20c, 65-364 Zielona Góra oraz Pracownie Badawczo-Rozwojowe Ekosystem sp. z o.o., ul. Kożuchowska 20c, 65-364 Zielona Góra, zwanych dalej „Konsorcjum Ekoservice”. Zamawiający poinformował także, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim.

Wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Ekoservice, a także wobec zaniechania odrzucenia jego oferty Odwołujący wniósł w dniu 25 października 2010r. odwołanie. W odwołaniu tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami PZP,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie ich zastosowania w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum Ekoservice pomimo że wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę, co potwierdziły również wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę,
- 3) art. 90 ust. 2 ustawy PZP poprzez uznanie, że złożone przez Konsorcjum Ekoservice wyjaśnienia potwierdzają, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny, pomimo że w wyjaśnieniach tych nie wskazano żadnych obiektywnych czynników, które uzasadniałyby zastosowanie tak niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

3

-
- 1) unieważnienia wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Ekoservice,
 - 2) unieważnienia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
 - 3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w jej wyniku:
 - a) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekoservice,
 - b) wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentował, że oferta złożona przez Konsorcjum Ekoservice zawiera rażąco niską cenę, a złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie pozwalają na przyjęcie, że jest inaczej.

Wskazywał, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Ekoservice wynosi zaledwie 29 723 524,90 zł brutto. Tymczasem druga oferta wynosi 38 767 940,00 zł brutto, pozostałe w kolejności odpowiednio: 38 894 881,00 zł brutto, 41 097 742,66 zł brutto i 42 633 646,07 zł brutto. Budżet Zamawiającego został natomiast określony na kwotę 42 700 000,00 zł brutto. Biorąc powyższe pod uwagę wywodził, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Ekoservice jest o blisko 13 milionów niższa od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, co stanowi ok. 30 % budżetu Zamawiającego. Nadto, w sposób znaczny odbiega ona od cen pozostałych oferentów, które określone zostały na poziomie zbliżonym do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, cena zaproponowana przez Konsorcjum Ekoservice określona została na poziomie niższym od minimalnych kosztów realizacji inwestycji, a co za tym idzie stanowi cenę rażąco niską w rozumieniu art. 90 ust. 1 PZP.

Podnosił, że z chwilą wezwania Konsorcjum Ekoservice do złożenia wyjaśnień powstało domniemanie, że cena oferowana przez tego wykonawcę jest ceną rażąco niską. Obalenie tego domniemania należało wyłącznie do Konsorcjum Ekoservice i to tego

wykonawcę obciążał od momentu wezwania ciężar dowodu, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Argumentował, że pismo Konsorcjum Ekoservice nie spełnia w żadnym stopniu wymagań określonych w art. 90 ust. 1 PZP, a jego treść nie pozwalała Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jaki wynika to z art. 90 ust. 2 PZP. Podnosił, że wyjaśnienia te sprowadzają się do podania cen za poszczególne elementy zamówienia oraz złożenia kilku ogólnych oświadczeń, które mogłyby zostać złożone przez każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Przykładowo jako uzasadnienie tak niskiej ceny Konsorcjum Ekoservice wskazało, że będzie negocjowało ceny na podwykonawstwo robót budowlano - montażowych oraz dostaw urządzeń. Okoliczność ta potwierdza jedynie, że cena zaproponowana przez Konsorcjum Ekoservice nie została w należyty i rzetelny sposób oszacowana, skoro wykonawca ten nie wie jeszcze jakim kosztem dla niego będzie wykonanie poszczególnych robót i nabycie urządzeń. Konsorcjum

4

Ekoservice wskazało ponadto, że na uzyskanie oszczędności w zakresie kosztów realizacji zamówienia pozwoli „właściwa organizacja pracy, zaangażowanie wszystkich członków Konsorcjum oraz znajomość rynku dostawców i wykonawców”. Wyjaśnienia te uznać należy za zdawkowe i zbyt ogólne - z całą pewnością nie wskazują one na żadne obiektywne czynniki, które uzasadniałyby możliwość wykonania zamówienia przez Konsorcjum Ekoservice za tak niską cenę jak wskazana w ofercie. W wyjaśnieniach tych Konsorcjum nie wspomniało o oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązaniach technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia dostępnych dla Konsorcjum Ekoservice, oryginalności projektu, ewentualnej pomocy publicznej czy też jakichkolwiek innych obiektywnych czynnikach, które Zamawiający musi wziąć pod uwagę oceniając wyjaśnienia (zgodnie z treścią art. 90 ust. 2 PZP). Ponadto zwrócić należy uwagę na fakt, że skoro wykonawca taki jak Konsorcjum Ekoservice powołuje się na argumenty w rodzaju „właściwa organizacja pracy”, „znajomość rynku dostawców i wykonawców” czy możliwość negocjowania cen, to tym bardziej na argumenty te mógłby powoływać się Odwołujący, którego uczestnicy wchodzi w skład grupy kapitałowej PBG osiągającej kilkumiliardowe przychody, a zatem mogą korzystać z efektu skali w znacznie większym stopniu niż o wiele słabsi ekonomicznie i organizacyjnie uczestnicy Konsorcjum Ekoservice. Mimo to Odwołujący nie był w stanie zaoferować tak niskiej ceny za wykonanie zamówienia. Zwracał uwagę, że znaczna część wyjaśnień Ekoservice sprowadziła się w istocie do podania cen za poszczególne kategorie robót i dostaw wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, jednakże właściwie każda z tych poszczególnych cen jest znacznie niższa od wartości kosztorysowej, niekiedy nawet o kilkaset procent (przykładowo: rozruch oczyszczalni - wartość według oferty: 80.000,00 zł, wartość kosztorysowa: 278.000,00 zł, blok biologicznego oczyszczania ścieków - wartość według oferty: 3.200.000,00 zł, wartość kosztorysowa: 6.806.942,00 zł!), co w ocenie Odwołującego było potwierdzeniem, że w przypadku oferty Konsorcjum Ekoservice mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Podkreślał, że w ocenie Odwołującego pisma Konsorcjum Ekoservice z wyjaśnieniami nie można w ogóle traktować jako wykonania wezwania Zamawiającego. Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Ekoservice, nie spełniają wymogów z art. 90 ustawy PZP, albowiem mają charakter bardzo ogólny, wręcz uniwersalny, praktycznie możliwy do zastosowania we wszystkich innych podobnych postępowaniach. W konsekwencji oferta złożona przez tego wykonawcę winna zostać odrzucona również w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy PZP.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, ofertę złożoną

5

przez konsorcjum Ekoservice, wyjaśnienia co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożone przez konsorcjum Ekoservice, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 35.000.000 zł netto, tj.

42.700.000,00 zł brutto. Wartość zamówienia ustalono na podstawie studium wykonalności – załącznik finansowy.

Do upływu terminu składania ofert złożono 5 ofert:

- 1) Konsorcjum Ekoservice z ceną 29.723.524,90 zł brutto,
- 2) Odwołujący z ceną 38.767.940 zł brutto,
- 3) Envirotech 38.894.881, brutto,
- 4) Konsorcjum Przedsiębiorstwo Maciej i Wiesław Granowscy Ała technik sp.j., Ekowodrol z ceną 41.097.742,66,
- 5) Polimex Mostostal z ceną 42.633.646,07

W dniu 4.10.2010 r. zamawiający wezwał konsorcjum Ekoservice do złożenia wyjaśnień dotyczących poszczególnych elementów wyceny złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny celem oceny czy jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Zamawiający wyznaczył termin złożenia wyjaśnień na dzień 11.10.2010 r. godz. 11.00

Konsorcjum Ekoservice w dniu 11.10.2010 r. złożył wyjaśnienia.

W piśmie tym oświadczył, iż całość zamówienia zamierza wykonać na kwotę podaną w ofercie. Na poparcie swego stanowiska podał wycenę 33 elementów oferty, w którym porównał wartość tych elementów według oferty z wartością kosztorysową.

Ponadto wskazał, iż cena określona przez konsorcjum została ustalona na bazie składników cenotwórczych określonych w cennikach powszechnie stosowanych takich jak np. Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa Promocja sp. z o.o. czy też Bistyp – Consulting sp. z o.o. oraz na bazie ofert otrzymanych od potencjalnych dostawców i podwykonawców. Wyjaśniał, że wieloletnie doświadczenie wykonawcy na rynku pozwala przyjąć, że rzeczywista wartość robót jest niższa od pozycji kosztorysowej, ustalonej w oparciu o programy kosztorysowe. Po prawomocnym wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej będzie możliwe negocjowanie cen na podwykonawstwo robót budowlano-montażowych oraz dostaw urządzeń. Podwykonawcy i dostawcy decydują się bowiem na obniżenie swoich ofert wobec pewności uzyskania zamówienia przez potencjalnego kontrahenta. Poza tym, na rynku polskim pojawiają się nowi dostawcy urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia, którzy oferują dużo atrakcyjniejsze ceny niż

6

podmioty dotychczas funkcjonujące na rynku, których oferty mogły być brane do wyliczeń wartości zamówienia wskazywanej przez Zamawiającego czy kalkulowania ceny pozostałych wykonawców w tym postępowaniu. Zaoferowana przez wykonawcę cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. Ponadto, właściwa organizacja pracy, zaangażowanie wszystkich członków konsorcjum oraz znajomość rynku dostawców i wykonawców, pozwoli na uzyskanie oszczędności w zakresie kosztów realizacji zamówienia.

Zamawiający w dniu 14.10.2010 r. wybrał ofertę konsorcjum Ekoservice jako najkorzystniejszą.

Zamawiający w dniu 2 listopada 2010 r. wykluczył Konsorcjum Ekoservice z udziału w postępowaniu z powodu nie przedłużenia ważności wadium ani nie przedłożenia nowego wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Okoliczność, iż zamawiający po wniesieniu odwołania w dniu 2 listopada 2010 r. wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie przesądzała jeszcze o utracie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia. Izba zważyła bowiem, iż badanie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia następuje na moment wniesienia odwołania, a w dacie tej oferta

konsorcjum Ekoservice była wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu konsorcjum Ekoservice może jeszcze zostać wyeliminowana z obrotu prawnego, albowiem termin na wniesienie odwołania wobec tej czynności jeszcze nie upłynął.

Ponadto Odwołujący na skutek zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Ekoservice może ponieść szkodę. W sytuacji uwzględnienia ewentualnego odwołania wniesionego przez konsorcjum Ekoservice na czynność wykluczenia go z udziału w postępowaniu i przywrócenia go do postępowania, Odwołujący może bowiem utracić szansę na uzyskanie zamówienia publicznego. Ponadto, z uwagi na zasadę koncentracji środków odwoławczych

7

mógłby być pozbawiony prawa do kwestionowania zaniechania oferty konsorcjum Ekoservice z przyczyn wskazanych w rozpatrywanym odwołaniu.

Izba stwierdziła ponadto, iż Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, iż oferta konsorcjum Ekoservice podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z tego względu, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Powołany przez Odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, że „za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartość”. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09).

Ponadto, w ocenie Izby, brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba podziela pogląd, że oceny tej należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podziela wyrażane wcześniej w orzecznictwie KIO stanowisko, iż *Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.*” (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08).

Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia.

8

Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy.

W myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je Zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania

zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp).

Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować.

Odwolujący zarzucał również Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył w wyznaczonym terminie żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień. Taką samą decyzję zobowiązany jest podjąć Zamawiający, jeżeli w wyniku przeprowadzonej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami stwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Jeśli chodzi o rozkład ciężaru dowodu, w postępowaniu przed Izbą znaczenie ma pozytywna, bądź negatywna ocena wyjaśnień dotyczących elementów ceny oferty. Jeśli zamawiający nie uznaje złożonych wyjaśnień i dokonuje czynności odrzucenia oferty, to jego obowiązkiem jest dowiedzenie, że (zgodnie z regułą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k. c. w zw. z art. 14 Pzp, art. 190 ust. 1 Pzp), uzyskane wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Natomiast w sytuacji złożenia wyjaśnień, które zostały przez zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu spoczywa na odwołującym. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, Sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, że „Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne”.

9

Omawiany pogląd w zakresie ciężaru dowodu kształtuje się również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w wyroku z 17 października 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 1068/08 oraz z 12 października 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1415/09.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że cena oferty konsorcjum Ekoservice jest nierealna w aktualnych warunkach rynkowych, niemożliwa z punktu widzenia logiki, doświadczenia i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorstwa, nie uwzględnia w zaoferowanej cenie zwyczajowo branych pod uwagę czynników cenotwórczych i własnego zysku. Wyniki postępowania dowodowego nie wskazują na brak ekwiwalentności ceny oferty przystępującego w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaoferowania wykonania zamówienia znacznie poniżej kosztów wytworzenia.

Zasady doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania nie prowadzą do podważenia rzetelności ceny oferty przystępującego. Obserwowanym zjawiskiem na rynku robót budowlanych jest, różnica między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia a cenami ofert złożonych w postępowaniu na którą to okoliczność wskazało w złożonych wyjaśnieniach konsorcjum Ekoservice.

Przyczyna pierwszego zjawiska wynika z okoliczności, iż szacowanie wartości zamówienia wyprzedza moment składania ofert. W niniejszej sprawie wartość zamówienia Zamawiający ustalił na podstawie studium wykonalności – załącznik finansowy. Dokument ten został sporządzony przez podmiot zewnętrzny w początkowej fazie kryzysu gospodarczego. Zmniejszenie się liczby zamówień w sektorze prywatnym jakie nastąpiło od tego czasu doprowadziło do znacząco większego zainteresowania wykonawców zamówieniami publicznymi, co powoduje zmniejszanie się cen rynkowych, będących efektem naturalnej walki konkurencyjnej. Izba uznała, wobec braku dowodu na twierdzenie przeciwne, że różnica między cenami oferty konsorcjum Ekoservice i wartością szacunkową zamówienia może mieć źródło między innymi w powołanych czynnikach.

Zjawiskiem obserwowanym na rynku są również znaczące różnice między cenami złożonych ofert. Ich źródłem mogą być, mające istotne znaczenie dla ceny oferty, koszty ogólnego zarządu poszczególnych przedsiębiorstw oraz pozostałe koszty stałe obciążające

działalność przedsiębiorstwa, wysokość stosowanych narzutów oraz zakładany poziom zysku dotyczące konkretnego postępowania.

Izba uznała, wobec braku dowodu na twierdzenie przeciwne, że różnica między cenami oferty konsorcjum Ekoservice i odwołującego może mieć źródło między innymi w powołanych czynnikach. Izba odmówiła wiarygodności twierdzeniu odwołującego o niskiej, poniżej pięcioprocentowej marży w kalkulowanej przez odwołującego. Okoliczność taka nie

10

wynikała z treści oferty – wynagrodzenie składało się z szeregu cen ryczałtowych, a Odwołujący nie powołał żadnych okoliczności, które umożliwiłyby uznanie tej tezy za udowodnioną.

W ocenie Izby Zamawiający oceniając wyjaśnienia mógł posilkowo odnosić cenę ofertową zaoferowaną przez konsorcjum Ekoservice do cen rynkowych podobnych zamówień, wskazując w szczególności na ceny uzyskanie w postępowaniu na „modernizację i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Grodzisku Wielkopolskim”. Izba uznała, że powoływane zamówienie było wprawdzie zamówieniem o znacząco mniejszej wartości (wartość szacunkowa 14 mln zł) to jednak dotyczyło zbliżonego przedmiotu zamówienia tj. modernizacji i rozbudowy oczyszczalni ścieków. Ponadto ceny osiągnięte w tym postępowaniu uwzględniają uwarunkowania lokalne, albowiem powoływana inwestycja realizowana jest w Grodzisku Wielkopolskim, położonym 20 km od siedziby zamawiającego. Wreszcie umowa o realizację tego zamówienia została podpisana stosunkowo niedawno tj. w kwietniu 2010 r. Z omówionych względów ceny uzyskane w tym postępowaniu można było uznać za podobne ceny rynkowe i posłużyć się nimi jako kryteriami odniesienia.

W przywołanym postępowaniu udzielono zamówienia za cenę stanowiącą ok. 60% wartości szacunkowej zamówienia, co oznaczało, iż poziom relacji ceny oferty wybranej do wartości szacunkowej zamówienia był nawet niższy aniżeli analogiczny poziom w rozpatrywanej sprawie (ok. 70%). Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że cena ofertowa konsorcjum Ekoservice nie odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

11

Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę w wysokości 161,00 zł na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

12