

WYROK

z dnia 9 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2018 r. przez wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie przy ul. Puławskiej 38 (05-500 Piaseczno) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku przy ul. Żaglowej 11 (80-560 Gdańsk), działającej w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie na rzecz Zamawiającego - Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska z siedzibą w Gdańsku kwotę 3 960,00 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska działająca w imieniu Gminy Miasta Gdańska, zwana dalej: „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa boiska wielofunkcyjnego wraz z zagospodarowaniem działki na terenie Szkoły Podstawowej nr 82 przy ul. Radarowej 26 w Gdańsku - Program budowy boisk, zwane dalej: „postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 stycznia 2018 r. pod nr 502617-N-2018. W dniu 19 lutego 2018 r. zamawiający opublikował informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty i przekazał ją wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

W dniu 23 lutego 2018 r. wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1a Pzp poprzez ich niezastosowanie, polegające na zaniechaniu przez zamawiającego czynności wezwania wykonawców: Elsik sp. z o.o. z siedzibą w Żukowie oraz I. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU Auto - Sport I. K. z siedzibą w Miechucinie (zwanych dalej: „pozostałymi wykonawcami”) do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny, która przy zachowaniu należytej staranności zamawiającego, powinna być uznana za cenę rażąco niską, w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, czego konsekwencją było naruszenie:
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert pozostałych wykonawców, jako zawierających rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 7 ust. 3 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na udzieleniu zamówienia wykonawcy Elsik sp. z o.o. z siedzibą w Żukowie, którego oferta została wybrana wbrew przepisom Pzp, gdyż jako zawierająca cenę rażąco niską, powinna zostać odrzucona w całości oraz nierównego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy część z nich zaoferowała rażąco niską cenę.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Elsik sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności badania i oceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu;
3. dokonania czynności powtórnego badania i oceny wszystkich ofert, w toku którego zamawiający zwróci się do pozostałych wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Ponadto odwołujący wniósł o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym zgodnie z fakturą VAT, która zostanie przedłożona na rozprawie.

Odwołujący podał, że interes do wniesienia niniejszego odwołania wynika z faktu, iż złożył on ofertę spełniającą wymogi stawiane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”), która to oferta nie została wybrana, jako najbardziej korzystna. W przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w treści odwołania oraz ewentualnego odrzucenia dwóch pozostałych ofert jako zawierających rażąco niską cenę, oferta odwołującego będzie najbardziej korzystna oraz mogłaby zostać wybrana, jako najbardziej korzystna w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosił, iż wybrana przez zamawiającego oferta (wykonawcy ELSIK sp. z o.o.) oraz oferta I. K. (PHU AUTO SPORT) zawierają rażąco niską cenę, całkowicie oderwaną od cen rynkowych za realizację tego typu obiektów. Podkreślenia wymaga, iż istotnymi czynnikami cenotwórczymi przy realizacji tego typu obiektów (boisk piłkarskich) są: ceny nawierzchni, infrastruktury towarzyszącej, ceny prac ziemnych oraz marża wykonawcy. Analizując oferty dwóch pozostałych oferentów trzeba wskazać, iż zaproponowane przez nich ceny zostały oszacowane poniżej wartości rynkowej dla realizacji tego rodzaju boisk ze

sztucznej nawierzchni.

Podniósł zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1a Pzp poprzez ich niezastosowanie, polegające na zaniechaniu przez zamawiającego czynności wezwania pozostałych wykonawców do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny, która przy zachowaniu należytej staranności zamawiającego, powinna być uznana za cenę rażąco niską w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że ustawa nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny lub kosztu, nie zawierają jej też inne przepisy. Jedyną legalną wskazówką przy definiowaniu tych pojęć są zatem stwierdzenia zawarte w art. 90 ust. 1 Pzp. Nowelizacją z 29 sierpnia 2014 r. ustawodawca zdecydował się na precyzyjne określenie jednego z elementów, który powoduje konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Element ten ma zasadnicze znaczenie, gdyż przesądza w wielu wypadkach o przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, a jednocześnie nie budzi wątpliwości ocennych, gdyż jest wyliczany matematycznie. Oczywiście, nie uchyla on obowiązku badania rażąco niskiej ceny lub kosztu bez zaistnienia 30% różnicy w cenie całkowitej oferty w porównaniu do innych wskaźników, ale wtedy taka decyzja w przeważającym stopniu opiera się na subiektywnej ocenie zamawiającego.

Wyjaśnił, że pierwszym wskaźnikiem przy ocenianiu, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną lub kosztem, jest obowiązek porównywania oferowanej ceny lub kosztu do przedmiotu zamówienia, przy czym przez to ostatnie pojęcie należy rozumieć przede wszystkim wartość zamówienia. Zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp jest to całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku VAT, ustalone z należyłą starannością.

Ponadto wskazał, że zamawiający przyjął, iż tabela elementów scalonych stanowiąca element SIWZ, ma jedynie funkcję pomocniczą, przy obliczeniu ceny. Nie ulega wątpliwości, iż w postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, zaś górną jego granicę stanowi kwota wskazana przez zamawiającego w trybie art. 86 ust. 3 Pzp, to jest kwota 1.500.000 złotych brutto. Z analizy w pkt III.2. uzasadnienia wynika w sposób niebudzący wątpliwości, iż cena zaproponowana przez pozostałych wykonawców jest rażąco niska, z różnicą wynoszącą ponad 30% w stosunku do kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia.

Według niego taki stan rzeczy zobowiązywał zamawiającego do uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1a Pzp. Norma ta stanowi obligatoryjną podstawę do żądania wyjaśnień ceny, lub też istotnych części składowych cen (kosztów). Nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, o ile nie zachodzą wyłączenia wskazane w tej normie. Jeśli mówimy o różnicy w stosunku do wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, należy wziąć pod uwagę szacunkową wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług), ustaloną z należyłą starannością przed wszczęciem postępowania. W ocenie odwołującego, już samo porównanie obydwu pozostałych ofert, do kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że tak niska cena powinna być przedmiotem wyjaśnień „z urzędu” przez zamawiającego. Wartości ofert niższe - odpowiednio o 36,86% i 33,18% dla ELSIK Sp. z o.o. oraz I. K. - od kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację boiska, z całą pewnością obligowały zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1a Pzp.

Odwołujący, na potrzeby niniejszego postępowania, dokonał analizy ofert pozostałych wykonawców ze średnimi cenami SEKOCENBUD - Katalog Nakładów Rzeczowych, w ostatnim kwartale 2017. Wskazany katalog jest powszechnie stosowanym narzędziem do obliczania średnich cen w budownictwie. Służy on do sporządzania kosztorysów metodą szczegółową i rozliczeń w kosztorysach powykonawczych. Informacje kwartalne zawierają ceny materiałów (również ceny materiałów wybranych producentów), ceny najmu sprzętu, stawki robocizny kosztorysowej w układzie branżowym i regionalnym, narzuty kosztów zakupu, kosztów pośrednich i zysku. Odwołujący w pełni podziela stanowisko KIO z dnia 24 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2361/17), że przy cenie ryczałtowej, załączone do oferty kosztorysy czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ, wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego.

Zwrócił przy tym uwagę również na braki w zakresie oszacowania wartości nawierzchni ze sztucznej nawierzchni (poliuretanu). Mianowicie, wartość materiałów przyjęta przez tego Elsik Sp. z o.o. została - zapewne omyłkowo - przyjęta poniżej wartości rynkowych, jak również poniżej rynkowych cen sprzedaży.

Ponadto wskazał, że wspomniany wykonawca - zapewne omyłkowo - dokonał oszacowania tylko jednego rodzaju nawierzchni, bez uwzględnienia nawierzchni w części wykonywanej metodą natryskową - przy czym brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie art. 90 ust.

1 Pzp. Z powyższego płynie jednoznaczny wniosek, że wykonawca, który nie sprostą obowiązkowi wyrażonemu w art. 90 ust. 2 Pzp musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty (por. wyr. KIO z dn. 24 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2380/17).

Wyjaśnił, że analizując kosztorysy pozostałych wykonawców nietrudno dojść do wniosku, iż wspomniani przedsiębiorcy budowałiby obiekt „po kosztach”, o ile nie dołożyliby do jego ukończenia - ta okoliczność, sama w sobie, obligowała zamawiającego do wszczęcia procedury z art. 190 ust. 1 Pzp. Ponadto w sytuacji wystąpienia niedoszacowań w kosztorysach ofertowych, wzrostu cen sztucznej nawierzchni (przeliczonej wg kursu dolara lub euro), czy kosztów robocizny, to realizacja prac na tych zasadach jest nie tylko nieopłacalna dla wykonawcy, ale powoduje też realne ryzyko odstąpienia danego przedsiębiorcy od umowy lub - po prostu - „zejście z budowy” jego pracowników, którzy np. nie otrzymali wynagrodzeń oraz ewentualnych dostawców, wobec których taki podmiot zalegałby z płatnościami. Sytuacja pozbawienia zdolności płatniczej wykonawcy, z powodu braku wystarczającego budżetu (płatność następuje w formie faktur częściowych, zgodnie z protokołami odbiorów częściowych) spowodowałaby solidarną odpowiedzialność generalnego wykonawcy i inwestora, wobec podwykonawców i dostawców, która wynika z art. 143c ust. 8 PZP. Zamawiający, przede wszystkim, dla ochrony swojego interesu i racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi, powinien przewidzieć prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Na marginesie wskazał, iż sam zamawiający podwyższył kwotę, jaką przeznaczył na realizację zamówienia (1.500.000,00 zł. brutto), wobec wysokości kwoty pierwotnie wynikającej z kosztorysu inwestorskiego (1.304.324,00 zł. brutto). Kwota ta, po podwyższeniu jej przez zamawiającego, znajduje potwierdzenie w sumie średnich cen wskazanych przez odwołującego, a wynikających z katalogu SEKOCENBUD. Według niego w branży budowlanej nie da się zaoszczędzić na materiałach i robociznie w granicach ponad 20%, w stosunku już do i tak mocno zoptymalizowanego ekonomicznie kosztorysu inwestorskiego. Akceptacja tak niskich ofert oznaczałaby albo niewybudowanie obiektu wcale, wybudowanie go poniżej standardów lub zaoszczędzenie (o ile można o tym mówić) na bezpieczeństwie pracowników a następnie - użytkowników obiektu.

Twierdził, że powyższe kwestie powinny zostać zbadane przez zamawiającego w toku postępowania, na etapie badania warstwy merytorycznej każdej z ofert. Niestety, zamawiający, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 1 Pzp zaniechał wdrożenia procedury, w celu ustalenia czy cena jest rażąco niska. Nie ulega wątpliwości, iż cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. To Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, opisanej w art. 90 ust. 1 Pzp, ale tylko w sytuacji, gdy zaoferowana 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. Wobec tego stwierdzić należy w celu skorzystania z możliwości zastosowania ww. przepisu konieczne jest wystąpienie uzasadnionych wątpliwości po stronie zamawiającego (z uzasadnienia wyroku sygn. akt KIO 2258/17 z dnia 13 listopada 2017 r.). W świetle powyższych okoliczności za zasadne uznał stwierdzenie, iż zamawiający naruszył normę art. 90 ust. 1 Pzp, zaniechawszy żądania informacji od wykonawców przyczyn i sposobu wyliczenia kosztów prac.

W jego ocenie rażąco niska cena zaoferowana przez pozostałych wykonawców stanowiła podstawę dla odrzucenia obydwu ofert. Podjęcie tej czynności przez zamawiającego powinno być poprzedzone wezwaniem tychże wykonawców do złożenia wyjaśnień, w zakresie rażąco niskiej ceny, w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wywodził, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu obciąża wykonawcę (art. 90 ust. 2 Pzp). Nowela z 29 sierpnia 2014 r. wprowadziła art. 190 ust. 1a PZP, który wprost reguluje kwestię ciężaru dowodu w postępowaniach odwoławczych w zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny. Ciężar ten spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, co do której podniesiono zarzuty, iż zawiera rażąco niską cenę. Jeżeli wykonawca ten nie jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na zamawiającym. Są to więc zapisy odmienne od ogólnej reguły dowodowej zawartej w art. 6 KC i przeniesionej do postępowania odwoławczego na mocy art. 190 ust. 1.

Ponadto wskazał, że opisane wyżej zaniechania zamawiającego spowodowały, iż dokonano wyboru oferty w sposób niezgodny z Pzp, również naruszając zasadę równego

traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność zamawiającego z całą pewnością nie jest zgodna z przytoczonymi wyżej przepisami i nie może zasługiwać na akceptację. Wybór oferty zawierającej rażąco niską cenę narusza naczelną zasadę bezstronności zamawiającego w zakresie faworyzowania wykonawców, zaś taki sposób prowadzenia postępowania narusza w sposób oczywisty zasadę równego traktowania wykonawców.

W dniu 9 marca 2018 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, którą wcześniej przesłał za pomocą poczty elektronicznej w dniu 5 marca 2018 r., wnosząc o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od odwołującego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz kosztów według spisu kosztów złożonego na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym biorąc pod uwagę pisemne stanowiska stron, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole stanowiska stron, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 1 marca 2018 r. (sygn. BZP-III/88/2018/EP) w tym w szczególności z treści:

- dokumentu z dnia 7 grudnia 2018 r. pn. Tabela elementów scalonych kosztorysu inwestorskiego, stanowiącego ustalenie szacunkowej wartości zamówienia;
- ogłoszenia o zamówieniu;
- SIWZ wraz załącznikami;
- oferty odwołującego;
- oferty wykonawcy Elsik sp. z o.o.;
- oferty wykonawcy I. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU Auto - Sport I. K.;
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 lutego 2018 r.;

przedstawionej w toku posiedzenia i rozprawy przez odwołującego:

- kosztorysu opracowanego w dniu 23 lutego 2018 r. sporządzonego na potrzeby przedmiotowej inwestycji, który miał uwzględniać stawki rynkowe;
- zestawienia w postaci porównania kosztów nawierzchni na przedmiotowej inwestycji; oraz przedstawionej w toku posiedzenia przez zamawiającego:
- pisma wykonawcy Elsik sp. z o.o. z dnia 1 marca 2018 r. skierowanego do zamawiającego wraz z załącznikami;

stwierdzając, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w ww. pismach procesowych adekwatnie i nie wymaga odrębnego omówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 1 060 426,00 zł, co po jej powiększeniu o należy podatek od towarów i usług dało kwotę 1 304 324,00 zł brutto.

Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert zgodnie z dyspozycją art. 86 ust. 3 Pzp podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 1 500 000,00 zł.

W dniu 19 lutego 2018 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Elsik sp. z o.o., który za realizację zamówienia zaproponował cenę: 947 100,00 zł brutto i łącznie otrzymał z uwzględnieniem wszystkich kryteriów oceny ofert - 100 pkt. Drugi w rankingu uplasował się wykonawca I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU AUTO-SPORT I. K., który za realizację zamówienia zaproponował cenę: 1 002 160,95 zł brutto i łącznie otrzymał 96,70 pkt. Na trzecim miejscu została sklasyfikowana oferta odwołującego, która opiewała na kwotę 1 448 691,54 zł i łącznie otrzymała 79,23 pkt.

Zamawiający nie wzywał ww. wykonawców do wyjaśnienia ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 ani art. 90 ust. 1a Pzp.

Z powyższego zatem wynika, że całkowita cena ofert pozostałych wykonawców nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp.

Ponadto odwołujący wskazał na zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1a Pzp, natomiast Izba w uzasadnieniu odniosła się zarówno do art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp jak i art. 190 ust. 1 pkt 1a Pzp.

Izba zważyła co następuje.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie, polegające na zaniechaniu przez zamawiającego czynności wezwania pozostałych wykonawców do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie ceny, która przy zachowaniu należytej staranności zamawiającego, powinna być uznana za cenę rażąco niską, w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby, nie potwierdził się.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana 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, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; oraz
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z kolei zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należy podatek VAT nie należy utożsamiać z kwotą, o której stanowi art. 86

ust. 3 Pzp, tj. kwotą podawaną bezpośrednio przed otwarciem ofert, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W niniejszej sprawie, kwota stanowiąca szacunkową wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosiła 1 304 324,00 zł brutto i to ta kwota winna być brana pod uwagę przy podjęciu przez zamawiającego decyzji o konieczności uruchomienia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Izba stwierdza, że w ocenianym postępowaniu nie zaistniała sytuacja obligująca zamawiającego do żądania od pozostałych wykonawców wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie rzeczywistych możliwości wykonania zamówienia za cenę zaoferowaną wobec porównania tej ceny z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług lub średnią arytmetyczną cen złożonych obydwu ofert. W wypadku niniejszego postępowania przesłanka określona w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w zakresie odbiegania ceny ofert o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ziściłaby się w przypadku ofert, których cena byłaby niższa od kwoty 913 026,80 złotych. Natomiast najniższa oferta miała cenę o wartości 947 100,00 zł. Powyższa okoliczność nie wyklucza, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, możliwości żądania wyjaśnień, jeżeli powstaną uzasadnione wątpliwości co do realności oferowanej ceny, które jak wskazywał na rozprawie przed Izbą zamawiający, w niniejszej sprawie nie zaistniały.

Zdaniem Izby na uwagę zasługuje, iż w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty, które były na bardzo zbliżonym poziomie cenowym (oferty pozostałych wykonawców) co potwierdza, że cena zaproponowana przez wybranego wykonawcę nie była odosobniona, a jej wysokość znajduje potwierdzenie w warunkach rynkowych.

Zdaniem Izby okoliczność, że ceny ofert pozostałych wykonawców były niższe od ceny zaoferowanej przez odwołującego nie świadczy jeszcze o tym, że mamy do czynienia z rażąco niskimi cenami tych ofert, a zatem z cenami odbiegającymi od realiów rynkowych i niewiarygodnymi, w szczególności gdy ceny te nie odbiegają od szacunku zamówienia powiększonego o VAT oraz średniej arytmetycznej cen złożonych ofert w sposób uzasadniający zastosowanie dyspozycji art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Odwołujący na rozprawie stwierdził, że okoliczność niespełnienia przesłanki podanej w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp wynika z niedochowania należytej staranności przez zamawiającego przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia, niemniej nie podał wystarczających dowodów na jego poparcie. W związku z tym Izba uznała przedmiotowe twierdzenie odwołującego za niezasadne.

Ponadto zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Izby, wprowadzenie przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeśli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwołującego, nie zwalania strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów. W sytuacji, gdy to odwołujący twierdzi o zaistnieniu wątpliwości, co do ceny oferty konkurenta oraz gdy twierdzi, że cena konkurenta jest rażąco niska (nawet bez zbadania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp) i domaga się wykonania czynności, które wywodzi z powyższych twierdzeń - to odwołujący jest stroną obowiązującą do udowodnienia swoich racji, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodowego (zob. wyroki Izby: z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt. KIO 447/17, z dnia 29 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2720/15, z dnia 14 marca 2017 r. sygn. akt KIO 373/17 oraz z dnia 11 lipca 2017 r. sygn. akt 1309/17). W ocenie Izby odwołujący nie przedstawił wystarczających okoliczności faktycznych, potwierdzających postawiony zarzut w stosunku do cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców.

W świetle powyższego nie stwierdzono zaistnienia przesłanek zastosowania w stosunku do pozostałych wykonawców procedury wyjaśnienia ceny złożonej przez niego oferty w trybie art. 90 ust. 1, czy też art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

W związku z tym Izba uznała, że zarzut należy oddalić.

W konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp Izba uznała także, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert pozostałych wykonawców, jako zawierających rażąco niską cenę, w stosunku do przedmiotu zamówienia. W sytuacji braku podstaw do wezwania pozostałych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny niezasadnym byłoby odrzucenie ofert tych wykonawców jako zawierających rażąco niską cenę.

W związku z tym Izba uznała, że i ten zarzut należy oddalić.

Ponadto wobec niepotwierdzenia się żadnego z powyższych zarzutów Izba uznała także, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na udzieleniu zamówienia wykonawcy Elsik sp. z o.o., którego oferta została wybrana wbrew przepisom Pzp, gdyż jako zawierająca cenę rażąco niską, powinna zostać odrzucona w całości oraz nierównego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy część z nich zaoferowała rażąco niską cenę, skoro zamawiający dysponował niepodlegającą odrzuceniu ofertą tego wykonawcy.

W związku z tym Izba uznała, że i ten zarzut należy oddalić

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 82,80 zł z tytułu wartości podatku VAT w wysokości 23% od rozliczenia kosztów dojazdu ujętych na fakturze zamawiającego, gdyż zamawiający nie wykazał, że w zakresie działalności gospodarczej prowadzonej przez pełnomocnika mieści się usługa transportowa, w tym stanie rzeczy powyższe koszty Izba uznała za nieuzasadnione.

Przewodniczący: