

Sygn. akt KIO 1157 /10

WYROK
z dnia 24 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Magdalena Grabarczyk

Protokolant:

Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o. o., Planeta Sp. z o. o., 05 – 300 Mińsk Mazowiecki, ul. Kolejowa 28** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, 00 – 048 Warszawa, ul. Mazowiecka 14**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia: HydroGeo Polska S. A., Jarosław Borkowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU HydroGeo Jarosław Borkowski, HydroElektra Niskogradnja d. d., Grupa Finansowa Cargo Sp. z o. o., adres pełnomocnika: 02 – 495 Warszawa, ul. Ryżowa 43D lok. 3** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o. o., Planeta Sp. z o. o., 05 – 300 Mińsk Mazowiecki, ul. Kolejowa 28 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: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o. o., Planeta Sp. z o. o., 05 – 300 Mińsk Mazowiecki, ul. Kolejowa 28** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero gr.) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o. o., Planeta Sp. z o. o., adres pełnomocnika: 05 – 300 Mińsk Mazowiecki, ul. Kolejowa 28** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 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 **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223, poz. 1655, ze zm.), zwanej dalej również „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia na: rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 580 relacji: Warszawa - Leszno - Kampinos - Żelazowa Wola - Sochaczew, na odcinku od km 27+375 do km 32+200 oraz jej przebudowa na odcinku od km 32+395 do km 37+225.

Pismem z dnia 1 czerwca 2010 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HydroGeo - Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), Jarosława Borkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU HydroGeo z siedzibą w Warszawie, Hydroelektra Niskograndja d.d z siedzibą w Zagrzebiu (Republika Chorwacji) i Grupa Finansowa Cargo Sp. z o. o. z siedzibą w Wojkowicach.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (Lider), Planeta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnieśli odwołanie, które w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 czerwca 2010 r. Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu jego wniesienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu wybór jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum HydroGeo, pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, godzi w zasadę uczciwej konkurencji oraz jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), jak również zaniechanie przeprowadzenia rzetelnej procedury wyjaśniającej zgodnie z art. 90 ust. 2-3 Pzp.

Wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, jak również art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Hydrogeo jako najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem przesłanek określonych w art. 90 ust. 2 Pzp w odniesieniu do oferty Konsorcjum Hydrogeo, odrzucenia jego oferty oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej z poprawnie złożonych;
- 2) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, obejmującymi poniesione koszty wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (reprezentującego odwołującego na rozprawie),
- 3) w razie uznania przez zamawiającego, że wszystkie przedstawione w niniejszym

odwołaniu zarzuty są oczywiście zasadne i uwzględnienie przez niego odwołań w całości - zastosowanie art. 186 ust. 2 Pzp.

W uzasadnieniu wskazał na wartość zamówienia, kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, pozostałe ceny ofertowe, złożone przez 6 biorących udział w postępowaniu wykonawców przekraczające wartość 40 mln złotych oraz na fakt, że jedynie oferta Konsorcjum HydroGeo nie przekroczyła nawet kwoty 30 mln zł.

Odwołujący wywiódł, że z rażąco niską ceną mamy do czynienia, gdy cena ta jest nienaturalnie niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w ten sposób, że za taką cenę nie może rozsądnie postępujący wykonawca wykonać zamówienia nie ponosząc straty. Cena oferty Konsorcjum HydroGeo, stanowi 46 % podanej przez zamawiającego kwoty przeznaczonej do sfinansowania zamówienia oraz niespełna 37 % wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu wartości zamówienia. Odwołujący podniósł, że zamawiający formalnie zwrócił się do zwycięskiego Konsorcjum o udzielenie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, jednakże w odpowiedzi uzyskał bardzo ogólne zapewnienie o rzekomej wiarygodności i realności danych oraz rzeczywistych kosztach materiałów, surowców oraz robocizny. Zarzucił, iż zamawiający nie dokonał oceny takich wyjaśnień pod kątem obiektywnych kryteriów ustawowych. Odwołujący dokonał analizy poszczególnych elementów wyjaśnień i uznał, że za ogólne odnoszące się do ogółu wykonawców biorących udział w postępowaniu, pozbawione odniesienia do rzeczywistych i znaczących uwarunkowań sprzyjających wykonawcy, lakoniczne i nie poparte dowodami. Odwołujący ocenił, że wyjaśnienia nie zawierają merytorycznego uzasadnienia zaoferowanej ceny, ani nie wskazują obiektywnych czynników, które pozwoliłyby Konsorcjum HydroGeo na złożenie oferty znacznie odbiegającej od nie tylko wartości szacunkowej zamówienia, ale przede wszystkim od innych ofert złożonych w postępowaniu, a także od cen rynkowych. Złożenie przez Konsorcjum wyjaśnień o takiej treści w żaden sposób nie obala domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Odwołujący wywiódł, że wyjaśnienia nie wskazują elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny choćby w odniesieniu do pozycji przedstawionych w załączonej do wyjaśnień tabeli cen składowych, zaś ich ocena narusza przepis art. 90 ust. 2 Pzp.

Wskazał nadto, że różnica pomiędzy ofertą cenową Konsorcjum HydroGeo a ofertami pozostałych wykonawców wskazuje na znaczne zniżenie ceny, zaś cena ofertowa powinna dodatkowo uwzględniać przewidywaną inflację, koszt pieniądza w czasie, wzrost cen energii, transportu i materiałów itp. Odwołujący ocenił, że cena zaoferowana przez Konsorcjum HydroGeo jest nierealna z punktu widzenia logiki, doświadczenia i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorstwa, nie uwzględnia w zaoferowanej cenie zwyczajowo branych pod uwagę czynników cenotwórczych i własnego zysku poniżej progu opłacalności zadania, uwzględnionego w pozostałych ofertach. znaczna różnica w oferowanych cenach wskazuje na

oczywisty brak ekwiwalentności ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, czyli - zaoferowanie wykonania zadania znacznie poniżej kosztów wytworzenia. Podniósł, że jego oferta, która została sklasyfikowana na 2. miejscu, obliczona została z uwzględnieniem minimalnie niskiej marży w wys. 3 %, a i tak przewyższa ofertę Konsorcjum HydroGeo o ponad 41 %.

Odwołujący wywiódł, że powyższe uzasadnia odrzucenie oferty Konsorcjum HydroGeo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.,

Odwołujący podnosił również zarzut dotyczący braku wymaganych uprawnień osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, osoby posiadającej uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej oraz kwestionował informacje z Krajowego Rejestru Karnego jakop nie zawierające informacji w zakresie wymaganym po 22 grudnia 2009 r. tj. po dniu wejścia w życie zmian ustawy Prawo zamówień publicznych.

Konsorcjum HydroGeo wezwane do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym 11 czerwca 2010r., zgłosiło przystąpienie 14 czerwca 2010r. Spełniony został obowiązek przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu, wynikający z art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania uznając podniesione w nim zarzuty za całkowicie bezzasadne. W uzasadnieniu wskazał w szczególności, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Tę zaniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości. Podniósł, iż zamawiający otrzymał szczegółowe wyjaśnienia łącznie z cenami składowymi poszczególnych zakresów robót., a uzyskanie zdecydowanie niższych cen realizacji zamówienia w stosunku do wartości szacunkowej nie może stanowić okoliczności przesądzającej, że została zaoferowana cena rażąco niska.

Po ustaleniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę podczas, której strony oraz Konsorcjum HydroGeo (przystępujący) podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Przedmiotem rozpoznania był zarzut naruszającej przepisy oceny wyjaśnień przystępującego uzyskanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Pozostałe zarzuty odwołujący cofnął na posiedzeniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 marca 2010 r. pod numerem 201/S 61-090306.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, po ofercie przystępującego, zatem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty ekspektatywy uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dla rozpoznania zarzutów odwołania niezbędna jest ocena prawidłowości czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Przywołany przepis stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy w formie pisemnej o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, wartość przedmiotu zamówienia, może być punktem odniesienia dla ustalenia, czy zaistniała możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej, jeśli została oszacowana z należytą starannością wymaganą przez art. 32 ust. 1 Pzp. Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 20.377.649,19 euro, równowartość 79.065.278,85 złotych, na podstawie kosztorysu inwestorskiego. Przed otwarciem ofert 6 maja 2010 roku zamawiający podał kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia - 63.626.901 złotych. Przystępujący zaoferował cenę 29.581.340 złotych, odwołujący 41.763.590, 23 złotych.

Pozostałe ceny ofertowe zaoferowane przez 5 biorących udział w postępowaniu wykonawców kształtowały się w granicach od 42.777.777 złotych do 55.956.164,34 złotych. (protokół ZP-1 w aktach sprawy).

Zamawiający pismem z dnia 20 maja 2010r. (znak: W-7-226/779/2010/060, w aktach sprawy) wystąpił do przystępującego wymagając, aby w terminie do 27 maja 2010 r. udzielił wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Zamawiający powołał art. 90 ust. 1 Pzp, natomiast na rozprawie podniósł, iż przed otwarciem ofert dochował należytej staranności przy ustaleniu wartości przedmiotu zamówienia, to jednak, w związku z sytuacją na rynku wartość przedmiotu zamówienia winna oscylować w granicach ceny najdroższej oferty (ok. 55 mln złotych). Zamawiający wywodził tym samym, że wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp jest prawnie bezskuteczne, gdyż przy odniesieniu ceny oferty przystępującego do tak dokonanego szacunku, nie znajduje uzasadnienia w różnicy między przedmiotem zamówienia a ceną oferty przystępującego.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego. Po pierwsze, co do zasady, korekta wartości przedmiotu zamówienia może nastąpić przed wszczęciem postępowania, jak stanowi art. 35 ust. 2 Pzp. Pośrednio możliwość dokonania korekty przed otwarciem ofert wynika z konieczności podania kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 Pzp), która może być zarówno wartością przedmiotu zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług, jak i wartością niższą.

Wprawdzie w wyroku z 21 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1377/09) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przy ocenie, czy istnieje podstawa do zastosowania trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający jest uprawniony do ewentualnej reakcji na zmianę sytuacji na rynku usług, stanowiących przedmiot zamówienia, jednak zawarty w nim pogląd prawny nie znajduje zastosowania w okolicznościach sprawy.

Przed wszystkim przy przyjęciu poglądu zamawiającego o dochowaniu należytej staranności przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia, brak jest podstaw do uznania, że w okresie od otwarcia ofert, do dnia wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty nastąpiła istotna korekta cen na rynku robót budowlanych. Izba odmówiła mocy dowodowej złożonemu na rozprawie przez zamawiającego zestawieniu wartości szacunkowych i wartości umów podpisanych w latach 2009 – 2010.

Po pierwsze: Izba nie uzyskała wiedzy, czy wykaz obejmuje wszystkie, czy wybrane umowy zawarte przez zamawiającego oraz, czy ich przedmiot, ze względu na zakres może być porównywalny z przedmiotem postępowania;

Po drugie: W dokumentacji postępowania, co potwierdził zamawiający, nie znajduje się żaden dokument, który by potwierdzał rzeczywiste dokonanie przeszacowania przez komisję przetargową;

Po trzecie: Okolicznością znaną Izbie jest, że w zamówieniach na roboty budowlane, zwłaszcza infrastrukturalne, przeszacowywanie wartości zamówienia nie jest zjawiskiem odosobnionym, jednak równie często ma miejsce sytuacja, w której poziom cen ofert nie odbiega w sposób znaczący od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

W konkluzji stwierdzić należy, że albo pogląd zamawiającego został wywiedziony na rozprawie wyłącznie na użytek sporu, albo wbrew deklaracji o zachowaniu należytej staranności, wartość przedmiotu zamówienia została zawyżona.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 459/06) w razie uznania, że kryterium odniesienia się do ustalonej wartości przedmiotu zamówienia nie jest obiektywne, należy porównać ceny pomiędzy złożonymi ofertami. Różnica między ceną oferty przystępującego a średnią ceną pozostałych ofert, nawet przy ograniczeniu do grupy ofert najbardziej zbliżonych ceną nie jest błaha.

Dodatkowo stwierdzić należy, że wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający może dokonać w razie powzięcia wątpliwości, co do możliwości zaoferowania ceny rażąco niskiej. Źródłem takich wątpliwości mogą być również przyczyny inne, niż dotyczące arytmetycznego kryterium relacji ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że czynność wezwania do wyjaśnień została dokonana przez zamawiającego prawidłowo, zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie może uchylić się od jej skutków.

Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z ustanowieniem domniemanie wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy.

Przystępujący udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie (pismo z 26 maja 2010 r., w aktach sprawy). W ich treści wskazał, że wysokość ceny jego oferty uzasadniają: 1. oparcie na rzetelnych, odpowiadających faktycznym i rzeczywistym kosztom materiałów, surowców i robocizny, 2. poszczególne ceny składowe wyszczególnionych robót, będące elementami ceny ostatecznej, mają swoje odniesienie dolinnych prac wykonanych przez konsorcjum lub jego uczestników, 3. metodologia kalkulacji w powiązaniu z niskimi kosztami własnym m.in. ogólnego zarządu, kosztami pracy oraz minimalna założona marża, 4. posiadanie w swoich składach (zasobach) materiałowi surowców niezbędnych do realizacji zamówienia, 5. stosowanie nowoczesnych technik zakupowych oraz organizację i logistykę pracy, 5. dostęp do materiałowo relatywnie niskich cenach (bez wygórowanych marż), 6. zagwarantowany dostęp m.in. do kopalni piasku i żwiru zlokalizowanej w odległości kilku kilometrów od podlegającej przebudowie drogi. Do pisma dołączone zostało tabelaryczne zestawienie wartości poszczególnych prac składających się na przedmiot zamówienia.

Przed wszystkim podnieść należy, że na wyjaśnienia udzielone przez przystępującego składają się niepodzielnie zarówno opis przyczyn, jak i dane liczbowe wynikające z tabeli.

Ustawodawca nadając wyjaśnieniom udzielonym przez wykonawcę znaczną doniosłość prawną nie ustalił jednocześnie żadnych wymagań dotyczących treści tych wyjaśnień. Zatem wykonawcy pozostawiona została dowolność w tym zakresie. Istotne jest jedynie, by były to wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, przekonujące, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska. Z art. 90 ust. 2 Pzp wywieść należy możliwość załączenia dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny, jednak ich złożenie nie jest obowiązkiem wezwanego wykonawcy.

Po wtóre, należy odróżnić domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej wynikające z zastosowania przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp, od ustalenia na kim spoczywa ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym.

Domniemanie zaferowania ceny rażąco niskiej ma charakter wzruszalny – może zostać obalone przez wyjaśnienia udzielone przez wezwanego wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień, o tyle w postępowaniu przed Izłą przesądzające 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 klasyczną regułą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k. c. w zw. z art. 14 Pzp, art. 190 ust. 1 Pzp), uzyskane wyjaśnienia nie obalają domniemania zaferowania ceny rażąco niskiej. Natomiast w sytuacji złożenia wyjaśnień, które zostały przez zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu spoczywa w całości 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”*. 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

Zakresem postępowania dowodowego objęte jest w takiej sytuacji przede wszystkim wykazanie prawidłowości oceny wyjaśnień zgodnie kryteriami określonymi przykładowo w art. 90 ust. 2 Pzp. Ocena wyjaśnień stanowi bowiem podstawę do uznania za potwierdzony zarzut zaferowania rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 Pzp).

Koncepcja ciężaru dowodu jest kategorią prawa cywilnego, a procedura odwoławcza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest z założenia postępowaniem spornym. U jego podstaw leży założenie, że stan faktyczny niekwestionowany jest stanem odpowiadającym rzeczywistości. Dopóki nie zostaną przedstawione dowody wskazujące, że stan rzeczywisty jest nieprawidłowy, dopóty uznaje się, że jest on zgodny z prawem. Stąd też wywodzi się uregulowana w art. 6 k.c. wyrażona również w art. 190 ust. 1 Pzp zasada, że ciężar dowodu spoczywa na tej osobie, która z danych faktów wywodzi skutki prawne.

Nie uszło uwadze Izby, że odwołujący kwestionował *de facto* wyłącznie literalną treść udzielonych wyjaśnień, uznać zatem należy, że wyliczenia poszczególnych robót nie zostały zakwestionowane.

Fragment kosztorysu ofertowego złożony na rozprawie stanowi dowód wyłącznie na okoliczność, że jeden z uczestników odwołującego się konsorcjum w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego wycenił roboty dotyczące kanalizacji deszczowej na kwotę 2.858.664,75 zł, co nie ma żadnego znaczenia dla ceny oferty przystępującego, skoro

możliwość należytego wykonania przez niego tego fragmentu robót za kwotę 1.611.550 zł nie została podważona.

Odwołujący nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że cena oferty przystępującego 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. Już choćby zatem z tego względu odwołanie podlega oddaleniu.

Niezależnie od powyższego stwierdzić Izba uznaje za prawidłową ocenę wyjaśnień przystępującego. Nie wynika z nich zaoferowanie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że została zaoferowana cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podnoszona w doktrynie i orzecznictwie teza, że złożenie wyjaśnień ogólnikowych powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp nie znajduje tu zastosowania. Podane przez przystępującego czynniki wpływające na poziom zaoferowanej ceny doznają konkretyzacji w wartościach poszczególnych grup prac. Nie można zatem uznać, że mają charakter ogólny. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia ustalony przez zamawiającego w pkt 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie prowadzi do niedopuszczalności zaliczenia przedstawionego zestawienia wartości poszczególnych robót w poczet wyjaśnień. Zgodnie z art. 632 §1 k.c. ryczałtowy charakter wynagrodzenia oznacza, że przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Nielogiczne jest zakładanie, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia jest w sprzeczności z możliwością powoływania się na wartości poszczególnych kosztorysów, których wycena winna być dokonana przez każdego wykonawcę działającego z należyłą starannością.

Zasady doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania nie prowadzą do podważenia rzetelności ceny oferty przystępującego. Obserwowanym zjawiskiem na rynku robót budowlanych jest, jak Izba wskazała wyżej, istotna różnica między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia a cenami ofert złożonych w postępowaniu oraz znaczące różnice między cenami złożonych ofert. Źródłem tego drugiego zjawiska są częstokroć, 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 dotyczący konkretnego postępowania.

Izba uznała, wobec braku dowodu na twierdzenie przeciwne, że różnica między cenami oferty przystępującego i odwołującego może mieć źródło między innymi w powołanych czynnikach, zwłaszcza, że brak jest podstaw do dania wiary twierdzeniu odwołania o niskiej 3% stopie zysku przewidzianej przez odwołującego. Odwołujący nie powołał żadnych okoliczności, które umożliwiłyby uznanie tej tezy.

W ocenie Izby udzielone wyjaśnienia zostały ocenione stosownie do dyspozycji z art. 90 ust. 2 Pzp. Przywołany przepis stanowi, że przy ocenie wyjaśnień zamawiający bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności 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. Adresatem normy art. 90 ust. 2 Pzp jest zamawiający. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach odnosić się wprost do taksatywnego katalogu zawartego w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno wskazać dowolne czynniki wskazujące na rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. W ocenie Izby wyjaśnienia przystępującego, w szczególności zestawienie kosztów są weryfikowalne, zwłaszcza dla profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego, którzy winni śledzić tendencje na rynku. Z faktu, że odwołujący tego nie uczynił, a w toku rozprawy poprzestał na oświadczeniach, nie należy wywodzić negatywnych skutków dla przystępującego, który złożył wyjaśnienia pozwalające na uznanie przez zamawiającego, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany należycie.

Za nie potwierdzony uznaje Izba zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – zaniechania odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołany przez odwołującego się art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący nie udowodnił wskazanych w przywołanym przepisie przesłanki sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, ani też zaistnienia innej powodującej utrudnienie dostępu do rynku.

Oceniając wyjaśnienia przystępującego zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. Naruszenie powołanego przepisu mogłoby nastąpić w sytuacji, gdyby zamawiający w ten sam sposób odniósł się do wyjaśnień o różnej wartości merytorycznej. Naruszenie mogłoby mieć miejsce również jeśli zamawiający otrzymał od wykonawców wyjaśnienia nie zawierające wskazania obiektywnych weryfikowalnych czynników odnoszących się do ceny

ofert z których jedne zostałyby przez niego uznane, a inne stałyby się podstawą odrzucenia oferty.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie. O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238)

.....