

**WYROK**  
**z dnia 25 stycznia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Dominik Haczykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **Plus Invest P. Ż. Spółkę jawną z siedzibą w Żernikach Wrocławskich**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **ROBOT 1 B. O. i Z. G. Spółki jawnej z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Plus Invest P. Ż. Spółkę jawną i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Plus Invest P. Ż. Spółkę jawną tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „utrzymanie eksploatacyjne przejścia podziemnego i konstrukcji zadaszona peronów na Rondzie Ronalda Reagana we Wrocławiu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 3 grudnia 2018 r. pod numerem 655200. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący – Plus Invest P. Ż. Spółka jawna wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty bez uprzedniego odrzucenia oferty wykonawcy Robot 1 B. O. i Z. G. Spółki jawnej, zwanego dalej „Robot 1”, pomimo że złożone przez Robot 1 pismo z 2 stycznia 2019 r. nie może być uznane za wyjaśnienia w ww. zakresie z uwagi na ich zbyt ogólny i lakoniczny charakter, a nawet gdyby uznać, że pismo to spełnia kryteria wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to ocena tych wyjaśnień powinna prowadzić do uznania, że oferta Robot 1 zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród prawidłowych ofert złożonych w postępowaniu, po dokonaniu uprzedniego odrzucenia oferty Robot 1 oraz o orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 2 oferty – oferta Robot 1 oraz oferta Odwołującego. Robot 1 zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 398.587,04 zł, a Odwołujący za cenę brutto 439.753,91 zł. Zamawiający wskazał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 781.262,79 zł brutto.

Wobec obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z okolicznością, że ceny całkowite ofert obu wykonawców były niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, Zamawiający zwrócił się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie 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 2003 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W odpowiedzi na ww. pismo wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożyli wyjaśnienia.

W swoich wyjaśnieniach Robot 1 wskazał, że wobec wymagań Zamawiającego w zakresie zadania opisanego w punkcie 4.1.1 opisu przedmiotu zamówienia cena ryczałtowa netto 9.500,00 zł miesięcznie w zakresie punktu 1. kosztorysu ofertowego nie jest ceną rażąco niską z uwagi na okoliczność, że wobec zapotrzebowania na 480 godzin dyżuru pracowników w miesiącu uzasadnione jest zatrudnienie 3 osób na pełen etat, co przekłada się na cenę ryczałtową netto za cały okres wykonywania zamówienia (12 miesięcy) w kwocie 114.000,00 zł. Tymczasem wskazane przez Robot 1 wyjaśnienia jedynie potwierdziły, że zaoferowana przez Robot 1 w ww. zakresie cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W punkcie 4.1.1 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał bowiem, że w zakres prac zryczałtowanych w zakresie utrzymania przejścia podziemnego wchodzi:

- a) utrzymanie w stałym porządku koszy na śmieci poprzez opróżnianie ze śmieci na bieżąco i ich mycie na zewnątrz i wewnątrz minimum raz w miesiącu;
- b) utrzymanie stałej drożności i czystości krutek ściekowych poprzez usuwanie na bieżąco zanieczyszczeń (dotyczy odwodnienia przejścia i terenu wokół balustrad);
- c) usuwanie na bieżąco zanieczyszczeń w postaci graffiti, napisów, reklam, nalepek i plakatów ze wszystkich powierzchni;
- d) konserwacja instalacji elektrycznej z szafkami bezpiecznikowymi, pomiary instalacji, wymiana spalonych bezpieczników, przeglądy instalacji, diagnostyka uszkodzeń czy awarii na bieżąco;
- e) konserwacja i utrzymanie urządzeń wodnokanalizacyjnych, przepompowni, czyszczenie pompy, wymiana uszczelek, wykonywanie pomiarów, przeglądy według zaleceń producenta i obowiązujących przepisów, diagnostyka uszkodzeń na bieżąco, utrzymanie czystości w pomieszczeniach technicznych;
- f) wywożenie nieczystości min. raz na dobę wraz z ich utylizacją;
- g) dyżur osoby sprzątającej na bieżąco zanieczyszczenia z przejścia podziemnego i peronów w rejonie zejść do podziemia w godzinach od 6 do 22;
- h) usuwanie śniegu i zlodowacenia na schodach i ich okolicy – 3 m od zejścia do podziemia.

Prawidłowe wykonywanie ww. prac (nie biorąc pod uwagę na potrzeby niniejszego punktu uzasadnienia odwołania pozostałych prac utrzymaniowych, realizowanych na odrębne zlecenie Zamawiającego), uwzględniając w szczególności dyżur osoby sprzątającej na bieżąco zanieczyszczenia z przejścia podziemnego i peronów w rejonie zejść do podziemia w

godzinach od 6 do 22 wymaga zatrudnienia przez wykonawcę, nie – jak wskazał Robot 1 – trzech, a co najmniej czterech osób w pełnym wymiarze czasu pracy. Poziom zatrudnienia powinien uwzględniać bowiem takie okoliczności jak: a) konieczność zapewnienia dyżuru pracownika przez 16 godzin dziennie 7 dni w tygodniu; b) przysługujący każdemu pracownikowi roczny urlop wypoczynkowy w wymiarze 20-26 dni w zależności od stażu pracy; c) konieczność zapewnienia dyżuru pracownika również w niedziele oraz święta, co wiąże się ze zwiększonymi kosztami zatrudnienia; d) konieczność uwzględniania ewentualnej choroby pracownika, którego będzie musiał zastąpić inny pracownik.

Zgodnie tymczasem z treścią przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli zaproponowana cena lub koszt są rażąco niskie, to wykonawca powinien udzielić wyjaśnień, w tym złożyć dowody dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu w szczególności w zakresie 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. Zgodnie natomiast z treścią § 1 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r. z dnia 11 września 2018 r. minimalne wynagrodzenie od 1 stycznia 2019 r. zostało ustalone w kwocie 2.250,00 zł, co oznacza dla pracodawcy koszt w wysokości 2.706,31 zł miesięcznie za jednego pracownika w przypadku pracowników powyżej 55 roku życia i 2.648,93 zł w przypadku pracowników poniżej 55 roku życia. Koszt zatrudnienia 4 pracowników wynosi zatem odpowiednio: a) 10.825,24 zł w przypadku pracowników powyżej 55 roku życia; b) 10.595,72 zł w przypadku pracowników poniżej 55 roku życia.

Koszt zatrudnienia samych pracowników przewyższa zatem już kwotę ryczałtu zaproponowaną przez Robot 1. Robot 1, wskazując, że w celu prawidłowego wykonania zadania w ww. zakresie konieczne jest zatrudnienie trzech pracowników założył natomiast, że zatrudnieni pracownicy w czasie wykonywania przedmiotowego zamówienia (12 miesięcy) w szczególności nie będą korzystać z przysługującego im urlopu wypoczynkowego ani nie będą chorować. Robot 1 wskazał bowiem, że zapotrzebowanie Zamawiającego w zakresie dyżuru wynosi 480 godzin miesięcznie. Zakładając dla uproszczenia, że każdy pracownik pracuje 8 godzin dziennie przez 5 dni w tygodniu, a miesiąc ma 4 tygodnie, daje to rzeczywiście 480 godzin. Nawet w oderwaniu od powyższego ww. założenie przestaje natomiast funkcjonować w momencie, gdy miesiąc, zamiast zakładanych w uproszczeniu 28 dni (4 tygodnie) ma 31 dni. 31 dni przy konieczności zapewnienia dyżuru 16 godzin dziennie daje bowiem 496 godzin.

Robot 1 nie wziął pod uwagę również kosztów związanych z wywożeniem i utylizacją śmieci. Prawidłowe wykonanie ww. zadania wymaga poniesienia przez wykonawcę kosztów utylizacji

nieczystości oraz kosztów ich transportu do miejsca utylizacji – co najmniej jednego pojemnika nieczystości o objętości 1.100 litrów tygodniowo, co daje 4 pojemniki miesięcznie.

Przy kalkulacji ceny ryczałtowej na wykonanie ww. zadania należało również wziąć pod uwagę również następujące okoliczności: a) prawidłowe wykonanie poz. nr 4.1.1.a-c i e opisu przedmiotu zamówienia (utrzymanie w czystości, usuwanie zanieczyszczeń, konserwacja urządzeń) wymaga użycia specjalistycznego sprzętu, użycia odpowiednich środków chemicznych oraz zakupu materiałów eksploatacyjnych do urządzeń; b) prawidłowe wykonanie poz. nr 4.1.1.d opisu przedmiotu zamówienia wymaga zatrudnienia wykwalifikowanego elektryka; c) prawidłowe wykonanie poz. nr 4.1.1.e opisu przedmiotu zamówienia wymaga zatrudnienia specjalisty w zakresie utrzymania wskazanych tam urządzeń; d) prawidłowe wykonanie poz. nr 4.1.1.f opisu przedmiotu zamówienia wymaga zatrudnienia kierowcy oraz pokrycia kosztów transportu nieczystości minimum raz na dobę oraz kosztów ich utylizacji, które to okoliczności dodatkowo zwiększają koszt wykonania zadania związanego z utrzymaniem przejścia podziemnego (ryczałt). Robot 1 nie jest zatem w stanie zrealizować ww. zadania w zaproponowanej cenie 9.500,00 zł netto miesięcznie, co powinno implikować odrzucenie oferty Robot 1 na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W treści składanych wyjaśnień Robot 1 skoncentrował się jedynie na ww. kwestii. W kwestii pozostałych cen zaoferowanych w treści zestawienia kosztów zadania wskazał jedynie, że w ramach pozostałych prac będzie kierował osoby już zatrudnione, posiadające odpowiednie kwalifikacje do obsługi sprzętu, jak również, że przy zakupie wielu materiałów u stałych dostawców może liczyć na rabaty. Tymczasem istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie u zamawiającego podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak, aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. W niektórych sytuacjach dowody mogą okazać się niezbędne. W szczególności, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego zasadniczą część musi być zakupiona od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców). W takich przypadkach, gdy wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, bardzo niskich

cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody pochodzące od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu, pozwalających mu obiektywnie na dokonanie takiego zakupu. W niektórych jednak sytuacjach, jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych zakupów, czy też wykonywania określonych prac przez podwykonawców, dowodzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach może sprowadzać się do przedstawienia przez wykonawcę własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z wykonaniem określonego przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty (wyrok sygn. akt KIO 681/17).

W przedmiotowym przypadku istniała konieczność przedstawienia takich dowodów, gdyż Zamawiający wymagał od wykonawców dokonania zakupu wielu elementów m.in. w zakresie następujących pozycji opisu przedmiotu zamówienia: a) zakup i wymiana istniejących opraw na ledowe; b) zakup i wymiana uszkodzonych elementów przykryć kanałów odwodnienia; c) wymiana płyt granitowych o grubości 5 cm (demontaż i utylizacja uszkodzonej płyty, zakup docięcie do wymiarów istniejących i montaż nowej); d) wymiana szklanych elementów balustrad ze szkła hartowanego bezpiecznego podwójnego 2 x 6 mm (demontaż uszkodzonych elementów wraz z utylizacją, zakup materiału, docięcie, fazowanie, nawiercenie otworów, transport na budowę i montaż); e) wymiana uszkodzonych opraw oświetleniowych w przejściu; f) wymiana spalonych świetlówek w lampach podwieszonych pod konstrukcję zadaszenia peronów; g) wymiana uszkodzonych drzwi antywłamaniowych do pomieszczenia technicznego; h) wymiana uszkodzonych (zdeformowanych) koszy na śmieci (demontaż uszkodzonych, utylizacja materiału z rozbiórek, zakup i montaż nowych elementów).

Ponadto złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnosi się jedynie do przedstawienia zamawiającemu pisma zatytułowanego „Wyjaśnienia”, ale do przedstawienia merytorycznych informacji w przedmiotowym zakresie, które pozwolą na dokonanie przez zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny globalnej, w tym poprzez weryfikację cen jednostkowych i kosztów wykonania zamówienia występujących po stronie wykonawcy. Nie każde jednak wyjaśnienia, które nie satysfakcjonują zamawiającego i które uznaje on za niewystarczające, można uznać za niezłożenie wyjaśnień. Nie jest też wystarczające powołanie się na opinie wyrażone w danych orzeczeniach, dotyczące konkretnego, badanego tam stanu faktycznego, lecz każdy stan faktyczny należy wnikliwie analizować i oceniać indywidualnie (wyrok sygn. akt KIO 503/18).

Pisma Robot 1 z 2 stycznia 2019 r. nie można zatem, w szczególności w zakresie argumentacji dotyczącej zakresu zadań wskazanego w punkcie 4.1.2 oraz 4.1.3 opisu przedmiotu zamówienia, uznać za wyjaśnienia spełniające kryteria, wynikające z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający tymczasem, nie podejmując refleksji nad treścią złożonych przez Robot 1 wyjaśnień, dokonał czynności wyboru oferty Robot 1 jako oferty najkorzystniejszej.

Nawet gdyby uznać wyjaśnienia złożone przez Robot 1 za spełniające ww. kryteria, należy wskazać, że Robot 1 w zakresie prac utrzymaniowych realizowanych na odrębne zlecenie Zamawiającego (pkt 4.1.2 i 4.1.3 opisu przedmiotu zamówienia) wskazał również ceny częściowe, które są cenami rażąco niskimi, nie dającymi się wyjaśnić okolicznościami wskazanymi w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności bowiem:

a) pkt 2. zestawienia kosztów zadania – niemożliwe jest wykonanie czynności polegającej na czyszczeniu i myciu powierzchni kamiennych posadzek w przejściu raz w tygodniu w cenie 0,80 zł/m<sup>2</sup>. Ww. posadzka jest bowiem wykonana z granitu i musi być myta mechanicznie, co wymaga nie tylko zatrudnienia odpowiednio wykwalifikowanego pracownika, ale również pokrycia kosztów specjalistycznie zakupionej do tego celu maszyny czyszczącej, której koszt również powinien być uwzględniony w cenie. Nie da wykonać się ww. czynności w cenie poniżej 1,00 zł/m<sup>2</sup>;

b) pkt 15. zestawienia kosztów zadania – wymiana płyt granitowych o grubości 3 cm (demontaż i utylizacja uszkodzonej płyty, zakup, docięcie do wymiarów istniejących i montaż nowej) – cena zaproponowana przez Robot 1 – 250,00 zł. Koszt samego zakupu 1 m<sup>2</sup> płyty granitowej wynosi co najmniej 290,00 zł netto. Płyta natomiast musi zostać odpowiednio zaimpregnowana oraz specjalistycznie wklejona;

c) pkt 22. zestawienia kosztów zadania – wymiana spalonych świetlówek w lampach podwieszonych pod konstrukcję zadaszenia peronów – cena zaproponowana przez Robot 1 to 80,00 zł/szt. Koszt zakupu samej żarówki wynosi co najmniej 50,00 zł netto. Prace w ww. zakresie mogą być wykonane wyłącznie z rusztowania lub podnośnika koszowego, w związku z czym w ww. cenie należało uwzględnić koszt demontażu, montażu rusztowania, jego wynajęcia, jak również koszty robocizny. Dodatkowo praca na wysokości pow. 3 m wymaga uprawnień wysokościowych, jak również prace te muszą zostać wykonane przez wykwalifikowanego elektryka. Tymczasem czas pracy w zakresie rozmontowania oraz złożenia lamp trwa ok. 3,5 godziny, które to okoliczności podwyższają minimalną cenę wykonania ww. czynności, której nie da się wykonać za cenę zaproponowaną przez Robot 1;

d) pkt 23. zestawienia kosztów zadania – wymiana uszkodzonych drzwi antywłamaniowych do pomieszczenia technicznego – cena zaproponowana przez Robot 1 to 5.000,00 zł. Koszt samego zakupu przeciwogniowych, dźwiękoszczelnych oraz antywłamaniowych drzwi marki Mercor (tożsamy z tymi, jakie są obecnie zamontowane) wynosi co najmniej 7.450 zł netto,

do czego należy dodać koszt samozamykacza (co najmniej 950 zł netto), koszt zakupu ozdobnych blach nawiązujących do wykończenia przejścia podziemnego (ok. 500 zł netto), jak również koszt wymiany oraz obróbki ościeżnicy. Koszt zakupu drzwi, nie wliczając kosztu robocizny i zysku, wynosi zatem łącznie co najmniej ok. 8.900 zł netto. Nie da się zatem zrealizować ww. czynności w cenie zaproponowanej przez Robot 1;

e) pkt 24. zestawienia kosztów zadania – wykonanie nowych powłok malarskich w pomieszczeniach technicznych – przepompowni, rozdzielni – cena zaproponowana przez Robot 1 to 1.600,00 zł. Ww. czynność wymaga pomalowania oraz przygotowania ok. 160 m<sup>2</sup> powierzchni, a cena zaproponowana przez Robot 1 jest w stanie pokryć jedynie koszt samej robocizny (w minimalnej wysokości), bez uwzględnienia kosztu materiału, farby, gruntu, przygotowania podłoża oraz oklejenia. Dodatkowo czynność ta wymaga wykonania skomplikowanych prac przy rozdzielniach, gdzie mała ilość miejsca zwiększa czas pracy pracownika.

Zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, nie odrzucając uprzednio oferty Robot 1 na ww. podstawie, pomimo że złożone pismo nie zawierało prawidłowych wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a złożone oświadczenie jedynie potwierdziło, że zaproponowana cena ofertowa, jak również jej istotne części składowe, jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

## II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W swoim stanowisku wyrażonym podczas rozprawy podkreślił, że obie oferty różniły się tylko o 40 tysięcy złotych. Zamawiający oszacował wartość zamówienia wyżej, tj. z zapasem w stosunku do szacunku z roku 2017 ze względu na to, że Odwołujący oszacował usługi w zakresie punktu 1. opisu przedmiotu zamówienia w zamówieniu uzupełniającym na kwotę 15 tysięcy złotych, zatem Zamawiający postanowił zarezerwować środki w budżecie w kwocie pozwalającej mu na sfinansowanie zamówienia nawet przy wyższej cenie. Stwierdził, iż w roku 2017 Odwołujący wycenił pozycję 1. na poziomie 7.500 zł, w 2018 r. w zamówieniu uzupełniającym na 15 tysięcy złotych, a w obecnej ofercie na 12 tysięcy złotych. Jego zdaniem koszt wynagrodzenia pracowników w tym czasie aż tak się nie zmienił, by usprawiedliwić taką różnicę cen.

Zamawiający nie zamierzał wzywać wykonawców do wyjaśnień pomimo różnicy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia, gdyż oferty były na podobnym poziomie,



a jego szacunek zbyt wysoki – zrobił to z daleko posuniętej ostrożności. Po otrzymaniu wyjaśnień nie miał podstaw do przyjęcia, że cena jest rażąco niska. Obie firmy mają doświadczenie i już realizowały usługi w tym obiekcie, więc zakłada, że potrafią wycenić wartość usług. Poza tym Przystępujący posiada więcej niż trzech pracowników, więc może oddelegować innego w przypadku choroby wyznaczonego pracownika, a Zamawiający urlopów i zwolnień nie zakładał jako kosztów, które należy uwzględnić w wycenie i wprowadzić w tym zakresie jako dodatkowy etat.

Zamawiający nie narzucał konkretnych producentów drzwi, żarówek itp. materiałów, obie firmy mogą więc poszukać innego producenta pod warunkiem, że produkty będą spełniały jego wymagania. Na podstawie okazanych przez Przystępującego ofert trudno mu ocenić, czy oferowane drzwi spełniałyby jego wymogi, natomiast uważa, że przy zmianie grubości blachy czy dodatkowym zawiasie ich cena nie wzrośnie dwukrotnie.

Przedstawione przez Odwołującego pismo Związku Międzygminnego Ślęza-Oława dotyczące kosztów odbioru odpadów nie ma znaczenia w niniejszej sprawie, ponieważ koszty takie ponoszą właściciele nieruchomości i nie dotyczą one Wrocławia.

Zamawiający podkreślił, iż badanie rażąco niskiej ceny nie jest konfrontowaniem dwóch oferentów i porównaniem ich sposobu obliczenia ceny. Zamawiający z urzędu wie, że Przystępujący zrealizuje inne przetargi w tym miejscu, zatem wziął to pod uwagę. Nie jest też tak, że pracownik w ramach dyżuru nie może zejść z góry na dół (z peronu autobusowo-tramwajowego do przejścia podziemnego).

Obaj wykonawcy są rzetelnymi firmami i, biorąc pod uwagę wyjaśnienia, nie widzi podstaw do odrzucenia którejkolwiek z ofert.

### III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ROBOT 1 B. O. i Z. G. Spółka jawna. Poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, iż uzyskał na ten sam okres realizacji również zamówienie na utrzymanie peronów autobusowo-tramwajowych ponad przedmiotowym przejściem podziemnym oraz wind w tym przejściu, obsługuje również okoliczne podwórka, co pozwala mu na oszczędności ze względu na dzielenie kosztów pomiędzy te realizacje. Pracownik, który będzie utrzymywał czystość wokół wind, będzie tym samym pracownikiem w obu usługach, nie ma więc możliwości, by sprzątając teren wokół wind, nie zauważył np. pożaru w koszu na śmieci. Tym samym przewiduje zatrudnienie tylko dwóch dodatkowych pracowników.

Zwrócił uwagę, iż punkty 2-5 zastawienia kosztów zadania zawierają określenie częstotliwości czynności, założył więc, że pracownicy na dyżurze będą wykonywać wszystkie te prace, które nie wymagają specjalistycznych uprawnień (pkt 1-5 zestawienia kosztów zadania). Przy poprzedniej realizacji tego zamówienia na takich samych warunkach trzech pracowników

wystarczyło do utrzymania obiektu, przy 16-godzinnym dyżurze przez 7 dni w tygodniu – musiałby przyjąć system dwuzmianowy po 8 godzin, przy co trzecim dniu wolnym, co daje 160 godzin na etat, a nie 168, jak jest to standardowo. Przy zwolnieniu któregoś z pracowników może przesunąć pracownika obsługującego peron.

Odwołujący jest niekonsekwentny, ponieważ sam w roku 2017 i 2018 wykonywał usługę za 7.500 zł w zakresie pozycji 1., gdy płaca minimalna wynosiła 2000 zł i 2100 zł, a twierdzi, że jest nierealna przy 9.500 zł, przy płacy minimalnej 2250 zł.

Koszty eksploatacyjne maszyn są znikome. Należy wykorzystywać maszyny akumulatorowe, w których zużywa się głównie akumulator i gumy ssące. Koszt amortyzacji takiego akumulatora na jedno mycie to 2,22 zł, natomiast środki czystości to koszt 8 zł na jedno mycie. Koszt mycia bez kosztów pracy pracownika (koszt ten jest wyceniony w pozycji ryczałtowej – poz. 1.) to dwadzieścia kilka złotych, a wraz z pracą tego pracownika to 52 zł. Przedstawił założenia przyjęte do skalkulowania kosztów dla pozycji 1. Posiada również zezwolenie na transport odpadów (przedstawił kopię decyzji w tym zakresie), co pozwala mu samodzielnie transportować odpady do RIPOK, gdzie płaci za tonę 471 zł, podczas gdy z przejścia miesięcznie zbierane jest ok. 0,5 tony. Sam zaś transport odpadów realizowany jest przy okazji transportu odpadów z innych miejsc. Koszt transportu tych odpadów do RIPOK jest znikomy, ponieważ samochód zatrzymuje się po drodze i odbiera odpady.

Wymiana drzwi, płyty granitowej czy świetlówek może w ogóle nie nastąpić w trakcie realizacji usługi. Podkreślił, że za to znacznie wyżej niż Odwołujący wycenił prace, które nastąpią, tj. odśnieżanie – na kwotę 600 zł, podczas gdy Odwołujący na 100 zł oraz impregnację kamienia – na kwotę 4,5 zł, podczas gdy Odwołujący na 1,5 zł, gdzie 1,5 zł kosztuje sam preparat do impregnacji.

Podkreślił, że ofertę należy traktować całościowo, a nie odnosić się jedynie do kilku pozycji. Stwierdził również, iż posiada zapas kamienia granitowego, ponieważ obsługuje również cmentarze, zatem nie musi kupować go *ad hoc* po wyższej cenie, lecz może zakupić większą ilość po cenie korzystniejszej.

Wskazał, że opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz na utrzymanie urządzeń dźwigowych częściowo się pokrywają, na dowód czego przedstawił opis przedmiotu zamówienia postępowania na utrzymanie i konserwację urządzeń dźwigowych, którego część 3. dotyczy wind w przejściu podziemnym im. Ronalda Reagana. Składając ofertę w kalkulacji brał pod uwagę, że uzyskał już zamówienie na ww. urządzenia dźwigowe oraz czyszczenie miasta m.in. w zakresie peronu nad przejściem (pierwszą usługę z terminem realizacji od początku do końca 2019 r., przy czym wykonuje ją od 2018 r., a drugą usługę od kwietnia 2019 r. do końca marca 2020 r.)

W warunkach tego zamówienia zatrudnienie pracowników za najniższe wynagrodzenie jest realne.

Przedstawił wydruki czterech ofert na drzwi stalowe o parametrach jak drzwi obecnie zamontowane: na kwotę 1485 zł netto, 2040 zł netto, 2577 zł netto, 2347 zł netto; kopię faktury na świetlówki z ceną 48 zł netto za sztukę, a także trzy cenniki na płyty granitowe oraz kopię faktury na zakup płyt granitowych – 8 m<sup>2</sup> płyty granitowej z wartością 2.055 zł. Sam koszt wymiany drzwi metalowych (robocizny), ich wywozu, utylizacji itd. to ok. 500 zł.

#### IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia/opisu przedmiotu zamówienia, złożonych ofert i wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami. Został on prawidłowo opisany w punktach poprzedzających, zatem nie będzie powtarzany.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Robot 1, pomimo że złożone przez Robot 1 pismo z 2 stycznia 2019 r. nie może być uznane za prawidłowe wyjaśnienia poziomu ceny z uwagi na ich zbyt ogólny i lakoniczny charakter, ewentualnie ocena tych wyjaśnień powinna prowadzić do uznania, że oferta Robot 1 zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 oraz z 2018 r. poz. 650); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z tym, że w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny 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; 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. (art. 90 ust. 1a).

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2).

Z dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu, tj. nieprawidłowego udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę Robot 1, należy zauważyć przede wszystkim, że treść wyjaśnień każdorazowo uzależniona jest od treści wezwania zamawiającego.

Zamawiający w ofercie otrzymał formularz „Zestawienie kosztów zadania” obejmujący 27 pozycji cenowych dotyczących poszczególnych rodzajów czynności składających się na przedmiot zamówienia. W każdej z tych pozycji wykonawca podał zakres czynności, cenę jednostkową oraz wartość pozycji. Owo zestawienie cen powinno posłużyć do wstępnej oceny realności wskazanej ceny ofertowej i do tej wyceny Zamawiający powinien się odnieść wskazując, jakie wątpliwości owa wycena wzbudziła, że „wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami”.

Tymczasem w swoim wezwaniu Zamawiający w ogóle nie odniósł się do wyceny przedstawionej przez wykonawcę Robot 1, lecz jedynie częściowo skopiował treść art. 90 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych. *Notabene* tak samo postąpił w stosunku do Odwołującego. Jest to w tych okolicznościach (posiadania wyceny w ofercie) wezwanie z gruntu wadliwe – jakie konkretnie okoliczności ma bowiem wykonawca wyjaśniać i udowadniać?

Jak już bowiem Izba wskazywała we wcześniejszych wyrokach – wykonawca nie jest w stanie wyjaśnić i udowodnić nieokreślonego „wszystkiego”, lecz zakres jego wyjaśnień powinien być nakierowany na konkretne okoliczności wezwaniem zamawiającego. W sytuacji, gdy wykonawca otrzyma ogólne wezwanie, nie odnoszące się do konkretnych elementów wyceny budzących wątpliwości zamawiającego, jego wezwanie będzie dotyczyć kwestii, które sam uzna za istotne czy możliwe do wyjaśnienia.

W tym miejscu należy przypomnieć, że punkty wymienione w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i z treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – są obowiązkowymi elementami wyjaśnień, lecz w swoim wezwaniu zamawiający powinien odnosić się do konkretnego stanu faktycznego, który istnieje w danym postępowaniu.

Jeśli Zamawiający, jak stwierdził, nie miał wątpliwości, że ceny obu wykonawców są prawidłowe i realne, a wezwał tylko z powodu swojej wyceny szacunkowej wartości zamówienia, która w jego ocenie była zawyżona, to albo nie powinien wykonawców wzywać w ogóle (na co art. 90 ust. 1a zezwala), albo powinien to zrobić poprawnie, tj. wskazując elementy, które należy wyjaśnić i udowodnić.

W związku z powyższym, wobec treści wezwania z 28 grudnia 2018 r., wyjaśnienia wykonawcy z 2 stycznia 2019 r. należy uznać za prawidłowe, tj. odpowiadające treści wezwania. Odnosił się bowiem do wskazania kosztów pracy pracowników, które są tu podstawowym kosztem, w tym do oszczędności metody wykonania zamówienia i sprzyjających warunków wykonywania zamówienia ze względu na realizację kilku zamówień w tym samym rejonie, co pozwoli zoptymalizować zatrudnienie.

Wskazanie podstawy obliczenia kosztów rzeczywiście dotyczy głównie kosztów pracy, lecz, jak wskazano powyżej, wobec braku odniesienia się Zamawiającego do wyceny poszczególnych pozycji „Zestawienia kosztów zadania”, trudno czynić wykonawcy zarzut z tego, że nie odniósł się do jakichś innych konkretnych pozycji czy ich elementów. A spoza podanych w wezwaniu elementów jedynie koszty pracy i sprzyjające warunki wykonywania zamówienia były adekwatne do stanu faktycznego.

Poza tym, jeśli Zamawiający stwierdziłby, że dane elementy wymagają doprecyzowania, powinien wykonawcę wezwać, wskazując te elementy i wątpliwości, jakie u niego budzą.

Oceniając zaś kwestię wystąpienia w ofercie wykonawcy Robot 1 rażąco niskiej ceny Izba uznała, że nie ma podstaw do stwierdzenia, iż cena jest rażąco niska.

Oferta wykonawcy Robot 1 opiewa na kwotę 398.587,04 złotych brutto, a Odwołującego na 439.753,91 złotych brutto. Różnica pomiędzy nimi wynosi więc 41.166,87 złotych, czyli niecałe 10% i w większości wynika z różnicy w wartości pozycji 1. (30.000 złotych) obejmującej głównie koszty pracy pracowników. Z tym, że u Przystępującego niższa wartość jest uzasadniona podziałem kosztów pracy pomiędzy realizację dwóch lub trzech zadań w ramach odrębnych umów wykonywanych w tym samym okresie (utrzymanie przejścia podziemnego, utrzymanie wind w przejściu podziemnym i utrzymanie peronów autobusowo-tramwajowych nad tym przejściem), co obniża koszty zatrudnienia pracowników.

Przy czym, o ile – dla zachowania uczciwej konkurencji – niedozwolone jest przerzucanie kosztów realizacji danego zamówienia na inne zadania, to możliwy jest podział kosztów pomiędzy prowadzone zadania i ich optymalizacja, jeśli są uzasadnione ekonomicznie. W tym przypadku podział czasu pracy pracownika pomiędzy ww. zadania jest możliwy (jeśli chodzi o czas wykonywania i zakres tych zadań) oraz uzasadniony ekonomicznie.

Podana w poz. 1. kwota 9.500 złotych wystarcza na pokrycie 3,5 etatu według najwyższej podanej przez Odwołującego stawki 2.706,31 złotych. Przy założeniu niższej stawki 2.651,18 złotych, czy też dofinansowania z PFRON w wysokości 1.725 złotych, na które wskazał Przystępujący – kwota 9.500 złotych jest wystarczająca na pokrycie kosztów zatrudnienia pracowników w liczbie przewidzianej przez Przystępującego, a nawet większej, czy też ewentualne pokrycie innych kosztów niż koszty pracy, a także kosztów urlopu i zwolnienia lekarskiego.

Należy tu podkreślić, że wykonawca, mając w perspektywie kontrakt na co najmniej rok oraz zatrudnienie pracownika na umowę o pracę, w kosztach pracy powinien uwzględnić koszt urlopu i innych nieobecności pracownika, tj. koszt zastępstwa, ponieważ są to realne koszty pracy, które ponosi. O ile wymiar urlopu jest z góry określony, to koszt „chorobowy” jest trudniejszy do wyliczenia (dlatego jest często pomijany), jednak pracodawca działający od lat na rynku i zatrudniający prawie 400 osób, powinien mieć opracowane chociaż w przybliżeniu statystyki „zachorowalności” swoich pracowników.

Jednak, jak już wskazano, przewidziana w pozycji 1. kwota, przy założeniach co do zatrudnienia wskazanych przez Przystępującego, powinna pokryć również te koszty.

Przystępujący w swoim wyliczeniu dla pozycji 1. złożonym podczas rozprawy wskazał, że przewiduje koszty zatrudnienia w wysokości 5.302,36 złotych, zatrudnienia elektryka 400 złotych (jego stała obecność nie jest wymagana), transportu i zagospodarowania odpadów 241,63 zł + 200 zł, materiałów eksploatacyjnych 300 zł, materiałów uszarniających 100 zł.

Wyliczenia te nie zostały przez Odwołującego skutecznie podważone.

Przystępujący wskazał również, że koszt jednego czyszczenia i mycia posadzek (pozycja 2.), to „dwadzieścia kilka” złotych. Przedstawił również koszty zakupu drzwi od 1485 zł netto do 2347 zł netto oraz zakupu płyt granitowych.

Również te koszty nie zostały przez Odwołującego podważone. Odwołujący w swojej wycenie dla pozycji 23. przewidział drzwi marki obecnie zamontowanej, jednak nie jest to wymogiem Zamawiającego i wykonawca może również znaleźć korzystniejsze rozwiązanie.

W tym miejscu Izba zauważa, że co prawda, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, czyli na Przystępującym, jednak nie zmienia to faktu, że postępowanie jest postępowaniem kontradyktoryjnym i również Odwołujący ma obowiązek dowodzić faktów, z których wywodzi skutki prawne – zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc ustosunkować się do dowodów przedkładanych przez Przystępującego.

Należy też zauważyć, że Odwołujący, spośród 27 pozycji wyceny neguje jedynie sześć pozycji (nr 1, 2, 15, 22, 23, 24), przy czym jedynie pozycja 1. i 2. są znaczące cenowo – odpowiednio 114.000 i 44.160 zł. Pozostałe pozycje to kolejno koszt 2.500 zł, 1.440 zł, 5.000 zł, 1.600 zł. U Odwołującego te pozycje to: 144.000 zł, 55.200 zł, 4.000 zł, 2.880 zł, 10.000 zł, 4.700 zł. Przy czym z owych 27 pozycji 9 pozycji Przystępujący wycenił wyżej niż Odwołujący, a 10 na tym samym poziomie. Oczywiście jest, że dwaj wykonawcy nie wszystkie prace wycenią identycznie i gdzie indziej mogą upatrywać swoich kosztów i zysków. Słusznie tu więc podkreślił Zamawiający, że ofertę należy traktować całościowo, a nie odnosić się jedynie do kilku pozycji.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 7.500 złotych.

**Przewodniczący:** .....