

Sygn. akt: KIO 809/21

WYROK
z dnia 20 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawcę **ZEC Service Sp. z o.o., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E. S. Edex-Pol i Edex-Pol Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ukryta 14 lok. 11, 50-334 Wrocław** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ZEC Service Sp. z o.o., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZEC Service Sp. z o.o., ul. Łowiecka 24, 50-220 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A. siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont kotła OP430/K-3 wraz z urządzeniami pomocniczymi w EC Wrocław”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 165-401394.

W dniu 15 marca 2021 r. wykonawca wykonawcę ZEC Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E. S. Edex-Pol i Edex-Pol Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: „Konsorcjum Edex-Pol”), pomimo że oferta Konsorcjum Edex-Pol powinna zostać odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Edex-Pol, do której to czynności Zamawiający obowiązany był na podstawie przepisów ustawy Pzp,
- 3) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Edex-Pol w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Edex-Pol, jako wystarczających do uznania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, podczas gdy z treści tych wyjaśnień wynika, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Edex-Pol, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a Konsorcjum Edex-Pol nie złożyło wyjaśnień odpowiadających wymogom art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp, a także poprzez

prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Edex-Pol jako najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Edex-Pol na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na które składają się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz inne koszty - na podstawie złożonych dowodów ich poniesienia.

Odwołujący podniósł, że składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum Edex-Pol złożyło wypełniony i podpisany Formularz cenowy, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3a do SIWZ, w którym:

- a) w pkt 1 - 12 wyceniło zakres podstawowy na łączną kwotę 1 046 672,40 zł netto (1 287 407,05 zł brutto);
- b) w pkt 13 wyceniło zakres opcjonalny na łączną kwotę 283 363 zł netto (348 536,49 zł brutto),

co dało łączną kwotę wynagrodzenia Konsorcjum Edex-Pol w wysokości 1 330 035,40 zł netto (1 635 943,54 zł brutto).

Odwołujący podał, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 2 426 000,00 zł netto (2 983 980 zł brutto), a więc cena zaoferowana przez Konsorcjum Edex-Pol jest o około 45% niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Jak wskazał Odwołujący, średnia arytmetyczna cen wszystkich pięciu złożonych ofert to 3 489 012,88 zł, a zatem cena zaoferowana przez Konsorcjum Edex-Pol jest o około 54% niższa od średniej arytmetycznej. Dla porównania, Odwołujący podał, że złożył drugą najkorzystniejszą cenową ofertę, w której wycenił swoje prace na kwotę 1 626 510,35 zł netto (2 000 607,73 zł brutto), co jest wartością o około 19% wyższą niż oferta Konsorcjum Edex-Pol.

Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum Edex-Pol do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia. W wezwaniu wskazano, że podane przez Konsorcjum Edex-Pol ceny jednostkowe mogą wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości co do możliwości należytego wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Zdaniem Odwołującego,

z wezwania wynika, że swoim zakresem obejmowało ono całość ceny wykonawcy, jak również wszystkie składowe ceny jednostkowe, które w ocenie Zamawiającego mogły wydawać się rażąco niskie. Odwołujący stwierdził, że tak nakreślony zakres wezwania do złożenia wyjaśnień obligował Konsorcjum Edex-Pol do złożenia wyjaśnień w stosunku do całej ceny oraz wszystkich cen jednostkowych. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający podkreślił

w wezwaniu, że złożone przez Konsorcjum Edex-Pol wyjaśnienia nie powinny mieć charakteru ogólnego, a w ramach składanych wyjaśnień Konsorcjum Edex-Pol powinno jasno wskazać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie. Odwołujący zaznaczył, że celem składanych wyjaśnień jest przekonanie Zamawiającego i przedstawienie informacji prowadzących do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące zaniżonej ceny oferty jest nieuzasadnione. Z wyjaśnień przedstawionych przez Konsorcjum Edex-Pol jednoznacznie powinno zatem wynikać, iż za cenę ofertową Konsorcjum Edex-Pol jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami i warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, a także potwierdzić racjonalność i rynkowość wyceny swojej oferty. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, w których podane są jedynie ogólne stwierdzenia, niepoparte konkretnymi kwotami i wyliczeniami zadanymi przez Zamawiającego, mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie - złożenie wyjaśnień nie powinno sprowadzać 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 za realizację ww. zakresu.

Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia Konsorcjum Edex-Pol z dnia 24 listopada 2020 r. nie spełniały warunków określonych w wezwaniu Zamawiającego, w szczególności w zakresie wymogu podania „konkretnych i szczegółowych analiz i wyliczeń” oraz „przedstawienia merytorycznych informacji w przedmiotowym zakresie, które pozwolę na dokonanie przez Zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny za realizację ww. zakresu”. Konsorcjum Edex-Pol nie przedłożyło również żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Edex-Pol są ogólnikowe, nie wskazują obiektywnych, weryfikowalnych oraz konkretnych powodów

uzasadniających zastosowanie podanych przez niego cen, które są wielokrotnie niższe niż ceny rynkowe. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum Edex-Pol powinno wytłumaczyć, co spowodowało zmniejszenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie i przedstawić dowody na potwierdzenie swojego stanowiska.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Edex-Pol nie przedstawiło żadnych wyliczeń, zestawień czy rozbitcia cenowego, nie wykazało również wymaganych przez Zamawiającego szczególnych czynników wpływających na fakt, iż zaoferowało ceny jednostkowe niższe niż ceny rynkowe i nie wykazało, że jest za te ceny w stanie zrealizować zamówienie w określonym zakresie. Za udzielenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie można, w opinii Odwołującego, uznać wyłącznie oświadczenia własnego wykonawcy niepopartego żadnymi dowodami. Odwołujący podkreślił, że kluczowym elementem wyjaśnień powinny być dowody obiektywnie potwierdzające twierdzenia wykonawcy, a samo ograniczenie się do wskazania nieuzasadnionej w żaden sposób kwoty, znacznie odbiegającej od cen rynkowych, nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że wykonawca wypełnił wymagania Zamawiającego.

Dla przykładu Odwołujący wskazał, że:

- a) odnośnie twierdzenia Konsorcjum Edex-Pol, że: „dzięki zdobytemu doświadczeniu przy wykonywaniu poprzednich kontraktów, potrafią sprawniej i szybciej wykonać powierzone im zadania. Wykonawca ma zatem możliwość poczynić pewne oszczędności w zakresie roboczo-godzin przeznaczonych na realizację tego zadania. Oznacza to, że koszty ponoszone przez wykonawcę (pracodawcę), będą w tym zakresie niższe.” Konsorcjum Edex-Pol nie pokusiło się nawet o wyliczenie tych „pewnych” oszczędności oraz tego o ile niższe będą koszty w tym zakresie, a tym bardziej nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie,
- b) odnośnie twierdzenia: „iż Wykonawca świadczy usługi na terenie obiektu, w którym wykonywane mają być prace objęte zleceniem, a to oznacza, iż nie ponosi kosztów dodatkowych mobilizacji załogi i logistyki” nie został nawet wskazany szacunkowych koszt tych „dodatkowych” czynności,
- c) odnośnie twierdzenia, że: „Magazyn z materiałami i narzędziami niezbędnymi do realizacji zamówienia, którymi dysponuje na dzień złożenia oferty zlokalizowany na terenie realizacji usługi objętej zamówieniem, co również potwierdza oszczędności jakie są wygenerowane przez Wykonawcę względem pozostałych oferentów” po raz kolejny brak jest jakichkolwiek wyliczeń kwotowych oraz dowodów na ich poparcie,
- d) nawet stosunkowo łatwo weryfikowalne twierdzenie Konsorcjum Edex-Pol, że „posiada na magazynie część materiałów niezbędnych do realizacji prac w ramach zakresu podstawowego i opcji, co ogranicza wydatki wykonawcy i bezpośrednio przekłada się na

oszczędności.” nie zostało poparte dokumentem potwierdzającym stany magazynowe Konsorcjum Edex-Pol, który umożliwiłby weryfikację, czy faktycznie Konsorcjum Edex-Pol posiada zmagazynowaną część materiałów oraz gdzie. Niezależnie od tego, zdaniem Odwołującego, nawet dysponowanie asortymentem w magazynie nie oznacza, że Konsorcjum Edex-Pol pozyskało te materiały za darmo, więc ich wartość będzie musiała znaleźć odzwierciedlenie w cenie,

e) odnośnie odwołania się przez Konsorcjum Edex-Pol do stawek obowiązujących przy realizacji odrębnego kontaktu w latach 2019-2023 o nr C17Z190076 pn.: „Usługi utrzymania ruchu urządzeń w Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A.: kotłownia kotłów parowych, kotłownia kotłów wodnych w Zakładzie Produkcyjnym EC Wrocław oraz kotłownia kotłów parowych oraz filtry workowe w Zakładzie Produkcyjnym EC Czechnica” Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Edex-Pol przedstawia odniesienie się do wybiórczych elementów formularza cenowego, które często są nieporównywalne (dla przykładu w celu uzasadnienia ceny dla pkt 2.1.2 - 2.1.4 formularza cenowego „Prace na zasuwie DN200”, „Prace na zasuwie DN80”, „Prace na zaworze DN40”, Konsorcjum Edex-Pol odwołuje się do prac w ramach utrzymania ruchu określonych jako „remont zaworu (zasuw)”. Odwołujący zwrócił uwagę, że „remont” to nie to samo co „praca”, więc są to pozycje nieporównywalne. Prace utrzymaniowe mają na celu utrzymanie bieżącej sprawności poprzez przede wszystkim czynności konserwacyjne i regulacyjne, a nie remontowe.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamówienia porównywane przez Konsorcjum Edex-Pol mają zupełnie inny przedmiot - niniejsze postępowanie dotyczy „remontu kotła”, zaś Konsorcjum Edex-Pol odwołuje się do umowy na utrzymanie ruchu. Na odmiennosc pojęć remontu od pojęcia utrzymania ruchu wskazuje chociażby brzmienie ustawy Prawo budowlane, która w art. 3 stanowi: „Ilekcroc w ustawie jest mowa o: (...)

8) remoncie - nalezy przez to rozumiec wykonywanie w istniejacym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegajacych na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiacych biezacej konserwacji, przy czym dopuszcza sie stosowanie wyrobów budowlanych innych niz uzyto w stanie pierwotnym;”.

Utrzymanie ruchu polega natomiast na realizacji usług serwisowych, które umożliwiają prowadzenie przez Zamawiającego bieżącej eksploatacji urządzeń. Utrzymanie polega więc na bieżącym usuwaniu zagrożeń awaryjnych, pracach konserwatorskich, usuwaniu drobnych usterek.

f) Konsorcjum Edex-Pol nie podaje również dowodów na to, że faktycznie zrezygnował z prowizji od prac zlecanych podwykonawcom oraz jaką kwotę oszczędził z tego tytułu.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum Edex-Pol nie odpowiadają treści wezwania Zamawiającego, co powinno spowodować odrzuceniem oferty Konsorcjum Edex-Pol na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że wadliwość wyjaśnień Konsorcjum Edex-Pol nie może być naprawiona bądź uzupełniona na późniejszym etapie, w szczególności w toku postępowania odwoławczego. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 46/21. Odwołujący stwierdził, że z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wynika obowiązek dowodowy, którym obarczony jest wykonawca. Realizacja tego obowiązku dowodowego następuje na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu, bowiem przedmiotem oceny przez Izbę są czynności zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a polegające na ocenie oferty wykonawcy w kontekście występowania w ofercie ceny rażąco niskiej. Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający powinien był ocenić negatywnie wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Edex-Pol i odrzucić ofertę Konsorcjum Edex-Pol.

Odwołujący stwierdził ponadto, że ceny zaoferowane przez Konsorcjum Edex-Pol nie pozwalają na zapewnienie realizacji wszystkich prac i pokrycie kosztów związanych z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ i powinny być uznane za rażąco niskie.

Odwołujący wskazał na istotne różnice cenowe pomiędzy jego ofertą, a ofertą Konsorcjum Edex-Pol, które świadczą o tym, że cena zaproponowana przez Konsorcjum Edex-Pol jest rażąco niska:

A. Punkt 2 Formularza

a) Pozycja 2.1.15 Prace na osadniku prostym typ 942S prod. WAKMET DN 100 wraz z dostawą i wymianą wkładu

Odwołujący zaoferował kwotę 10 951,18 zł brutto.

Konsorcjum Edex-Pol zaoferowało kwotę 4132,80 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego, cena zaoferowana przez Konsorcjum Edex-Pol jest rażąco zaniżona. Najtańsza oferta zebrana przez Odwołującego z rynku opiewa na kwotę 6 906 zł netto i dotyczy tylko dostaw wkładów osadnika prostego typ 942S prod. WAKMET DN 100, bez robocizny. Sam koszt dostaw znacznie przekracza zatem wartość całościowego wynagrodzenia Konsorcjum Edex-Pol za ten punkt.

b) Pozycja 2.1.17 Prace na zaworze regulacyjnym DN 50 typ Z1A-1E471P3 prod. POLNA wraz z dostawą części zamiennych

Odwołujący zaoferował kwotę 28 486,80 zł brutto.

Konsorcjum Edex-Pol zaoferowało kwotę 13 776 zł brutto.

W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana przez Konsorcjum Edex-Pol jest rażąco zaniżona. Najtańsza oferta zebrana przez Odwołującego z rynku opiewa na kwotę 22 003 zł netto i dotyczy tylko dostawy części zamiennych, bez robocizny. Sam koszt dostaw znacznie przekracza zatem wartość całościowego wynagrodzenia Konsorcjum Edex-Pol za ten punkt.

B. Punkt 4. Formularza

Pozycja 4.1 Remont odźwiżlacza oraz instalacji spłucznej (Suma pozycji 4.1.1.-4.1.11.)

Suma zaoferowana łącznie przez odwołującego wynosi 177 179,04 zł brutto.

Suma zaoferowana łącznie przez Konsorcjum Edex-Pol wynosi 84 562,50 zł brutto,

co daje różnicę 92 616,54 zł, na którą składa się w głównej mierze niedoszacowanie na poniższej pozycji:

W pozycji 4.1.2 Przegląd i naprawa układu prowadzenia łańcucha zgodnie z pkt. 3.5.2 OPZ:

Odwołujący zaoferował kwotę 99 384,00 zł brutto.

Konsorcjum Edex-Pol zaoferowało kwotę 51 660,00 zł brutto.

Odwołujący stwierdził, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Edex-Pol jest rażąco zaniżona. Najtańsza oferta zebrana przez Odwołującego z rynku opiewa na kwotę 72 000 zł netto i dotyczy tylko dostaw układu prowadzenia łańcucha, bez robocizny. Sam koszt dostaw tych elementów przekracza zatem wartość całościowego wynagrodzenia Konsorcjum Edex-Pol za remont całego odźwiżlacza i instalacji spłucznej.

C. Punkt 7. Formularza

Pozycja 7.1.5. Dostawa i wymiana pomp olejowych agregatów hydraulicznych zgodnie z pkt.3.9.2.

Odwołujący zaoferował kwotę 479 990,96 zł brutto.

Konsorcjum Edex-Pol zaoferowało kwotę 344 400,00 zł brutto.

Odwołujący podał, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Edex-Pol jest rażąco zaniżona. W związku z brakiem na rynku pomp obecnie zamontowanego typu konieczne będzie dobranie i montaż nowych pomp, co z kolei wymusi zmianę instalacji elektrycznej i sygnałowej oraz zmiany w systemie sterowania (którego modyfikacją może zająć się wyłącznie jego producent).

Odwołujący wskazał, że z ofert, którymi dysponuje Odwołujący wynika, że na wynagrodzenie za ten punkt obejmuje co najmniej:

a) w części mechanicznej - kwotę 57 469,50 zł netto,

- b) w części elektrycznej - kwotę 60 969,60 zł netto,
- c) dostawy urządzeń - kwotę 184 797,45 zł netto,
- d) niezbędny koszt dostosowania systemu sterowania realizowany przez firmę IASE (producenta systemu) - kwotę 87 000 zł netto.

Zdaniem Odwołującego, kwota zaproponowana przez Konsorcjum Edex-Pol jest znacznie poniżej stawek rynkowych i nie pozwala nawet na pokrycie kosztów związanych z realizacją przedmiotowej pozycji.

D. Punkt 13. Formularza - zakres opcjonalny

Odwołujący zaoferował kwotę 468 507,49 zł brutto.

Konsorcjum Edex-Pol zaoferował kwotę 348 536,49 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego, niemal wszystkie ceny za pozycje jednostkowe ze pkt 13.1.1 - 13.1.19 wskazane przez Konsorcjum Edex-Pol są z definicji zaniżone. Odwołujący wskazał, że jest to okoliczność, do której Konsorcjum Edex-Pol wprost przyznało się w treści wyjaśnień twierdząc, że „część prac z zakresu opcjonalnego została ujęta w ramach zakresu podstawowego”. W przekonaniu Odwołującego, Konsorcjum Edex-Pol nie ma podstaw do dokonywania tego typu działań. Załącznik 3a do SIWZ (Formularz cenowy) zawiera rozbięcie na poszczególne pozycje, co wymusza na wykonawcy rzetelną wycenę poszczególnych pozycji składowych, niezależnie od tego, czy są to pozycje z zakresu podstawowego, czy też opcjonalnego. Zgodnie z pkt 24 SIWZ, oferty oceniane będą według kryterium ceny, w ramach którego decydowała najniższa cena za zakres podstawowy i opcjonalny łącznie. Tym samym, z perspektywy rażąco niskiej ceny, bez znaczenia pozostaje fakt, że Zamawiający nie musi zlecić wykonawcy prac w zakresie opcjonalnym, bowiem ich celowe niedoszacowanie ma taki sam skutek dla oceny, czyli oferta zawiera rażąco niską cenę.

Wskazując na konkretne pozycje formularza cenowego:

- i. w pozycji 13.1.2. Demontaż oraz montaż izolacji gr. 250 mm Odwołujący zaoferował kwotę 49 815,00 zł brutto.

Konsorcjum Edex-Pol zaoferowało kwotę 13 837,50 zł brutto.

Odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Edex-Pol jest rażąco zaniżona. Jak wskazał Odwołujący, szczególnie istotny jest aspekt utylizacji zdemontowanej izolacji (250 m²). Przepisy o ochronie środowiska nakładają obowiązek utylizacji starej wełny za kwotę 45 zł za m² Konsorcjum Edex-Pol nie jest w stanie wełny zdemontować, zutylizować, zakupić i zamontować nowej izolacji.

- ii. w pozycji 13.1.10. Badania radiograficzne wykonanych spoin

Odwołujący zaoferował kwotę 13 638,24 zł brutto (50,40 zł netto za odcinek).

Konsorcjum Edex-Pol zaoferowało kwotę 5953,20 zł brutto (22 zł netto za odcinek).

Odwołujący zwrócił uwagę, że badania radiograficzne spoin są drogie i pracochłonne. Badania radiograficzne (RTG) polegają na prześwietlaniu badanego elementu za pomocą wiązki promieniowania jonizującego (gamma lub X), które jest emitowane przez lampę rentgenowską lub pierwiastek promieniotwórczy (izotop), taki jak: selen, iryd, kobalt lub cez.

Odwołujący podał, że kosztowność i czasochłonność wynika z tego, że prowadzenie badań radiograficznych wymaga, żeby w pobliżu nikogo nie było ze względu na szkodliwy wpływ promieniowania na zdrowie. Badanie jest więc wykonywane w nocy na trzeciej zmianie i wymaga zamontowania błony radiograficznej, ustawienia przenośnego źródła promieni RTG, właściwych ochron i zgodnego z procedurami bezpieczeństwa działania wykonujących świecenia specjalistów, potem obróbki zdjęć i sporządzenia protokołów. Cena 22 zł netto za odcinek jest niespotykana wśród akredytowanych laboratoriów za usługi tego typu. Mając na względzie powyższe, Odwołujący wskazał, że w związku z faktem, iż cena określona przez Konsorcjum Edex-Pol jest rażąco niska, Zamawiający zobowiązany był do jej odrzucenia - w myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie odrzucając zaś oferty Konsorcjum Edex-Pol Zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, przez takie zaniechanie Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum Edex-Pol.

Odwołujący złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał dokonane czynności i wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2 426 000,00 zł netto, co stanowi równowartość 568 243,03 euro.

Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyli:

- Bilfinger Industrial Services Polska SP. z o.o. – 5 598 302,47 zł,
- MEGA-REM Sp. z o.o. – 4 434 826,50 zł,
- ZRE Katowice S.A. – 3 785 224,14 zł,
- Odwołujący – 2 000 607,73 zł,
- Konsorcjum Edex-Pol – 1 626 103,54 zł.

Pismem z dnia 20 listopada 2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum Edex-Pol do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia.

Konsorcjum Edex-Pol udzieliło wyjaśnień pismem z dnia 24 listopada 2020 r.

Pismem z dnia 4 marca 2021 r. Zamawiający powiadomił wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Edex-Pol.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba miała na względzie okoliczność, że kwestia realności zaoferowanej ceny musi być rozstrzygana *ad casum*, bowiem każde postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w odrębnych dla niego realiach, a zatem indywidualnie oceniane powinny być okoliczności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Po analizie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Edex-Pol w dniu 24 listopada 2020 r. Izba stwierdziła, że argumentacja w nich przytoczona jest wystarczająca i umożliwia ocenę przez Zamawiającego realności zaoferowanej ceny. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że kalkulacja cenowa została przedstawiona przez Konsorcjum Edex-Pol już w ofercie, a zatem brak jest podstaw do wyciągania wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji z tytułu jej nie złożenia wraz z wyjaśnieniami.

Izba stwierdziła, że wskazana w treści wyjaśnień Konsorcjum Edex-Pol okoliczność posiadania kilkunastoletniego doświadczenia w realizacji prac przy modernizacjach i remontach części kotłów ZEW Kogeneracja S.A., które pozwoliło Konsorcjum Edex-Pol na poznanie specyfiki Zamawiającego, zakresu prac niezbędnych do wykonania, a także wpływa na biegłość pracowników w realizacji poszczególnych zadań i pozwala osiągnąć oszczędności z tytułu ograniczenia liczby roboczogodzin przeznaczonych na realizację zadania, niewątpliwie sprzyja realnemu skalkulowaniu ceny na poziomie niższym od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Okolicznością sprzyjającą obniżeniu ceny przez Konsorcjum Edex-Pol jest również fakt bieżącego świadczenia usługi na terenie obiektu, w którym wykonywane mają być prace objęte zamówieniem, dzięki czemu Konsorcjum Edex-Pol nie jest obciążone dodatkowymi kosztami mobilizacji załogi i logistyki. Magazyn z materiałami i narzędziami potrzebnymi do realizacji zamówienia, którymi Konsorcjum Edex-Pol dysponuje na dzień złożenia oferty, zlokalizowany jest na terenie realizacji usługi objętej postępowaniem, co także generuje oszczędności po stronie Konsorcjum Edex-Pol. Na osiągnięcie oszczędności pozwala także świadczenie przez Konsorcjum Edex-Pol usługi w ramach postępowania „Usługi utrzymania ruchu urządzeń w Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A.: kotłownia kotłów parowych, kotłownia kotłów wodnych w Zakładzie Produkcyjnym EC Wrocław oraz kotłownia kotłów parowych oraz filtry workowe w Zakładzie Produkcyjnym EC Czechnica”, w związku z którym Konsorcjum Edex-Pol posiada na magazynie część materiałów niezbędnych do realizacji prac. Kolejną okolicznością mającą wpływ na zaoferowaną cenę jest rezygnacja z prowizji od prac zleczanych podwykonawcom. Powyższe okoliczności niewątpliwie stanowią warunki sprzyjające obniżeniu ceny w stosunku do innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Za uprawnione i potwierdzające realność zaoferowanej ceny Izba uznała powoływanie się przez Konsorcjum Edex-Pol na stawki zaoferowane w innym postępowaniu i przyjęte przez Zamawiającego w zakresie, w jakim czynności w postępowaniu powołanym oraz obecnie prowadzonym przez Zamawiającego pokrywają się. Podobnie, okoliczność, że w innym postępowaniu na remont

kotła OP430/K-2 w EC Wrocław Odwołujący zaoferował stawki na poziomie podobnym do oferowanych przez Konsorcjum Edex-Pol w obecnym postępowaniu, stanowi potwierdzenie, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Edex-Pol nie jest rażąco niska.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis.

Jak stanowi § 8 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł.

Przewodniczący: