

Sygn. akt: KIO 2706/18

WYROK
z dnia 17 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 stycznia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2018 r. przez wykonawcę – **B. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą APS Gaz Sensor B. K. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Korzeniowskiego 19/21 m. 18a (80-508 Gdańsk) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **PGE Energia Ciepła S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59 (00-120 Warszawa)

przy udziale wykonawcy – **Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Pożarowej 6 (03-309 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) – oferty wykonawcy Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
2. Uznaje za nieuzasadnione zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.);
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę – B. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą APS Gaz Sensor B. K. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy B. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą APS Gaz Sensor B. K. z siedzibą w Gdańsku kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie zwana dalej „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Przeglądy, konserwacje, remonty bieżące i awaryjne oraz usługi utrzymania ruchu urządzeń i instalacji w zakresie AKPiA w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w EC Gdańsk i EC Gdynia* (nr postępowania: 1001046500). Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 147-337451. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”.

W dniu 31 grudnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wniósł wykonawca B. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą APS Gaz Sensor B. K. z siedzibą w Gdańsku, zwany dalej „odwołującym”. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy;
- 2) wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwanego dalej: „przystępującym”, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”;
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, tj. przeprowadzenie postępowania oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- przeprowadzenie ponownego badania oraz oceny ofert;

- odrzucenie oferty przystępującego jako zawierającej cenę rażąco niską, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji i niezgodnej z SIWZ;
- wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania, odwołujący wyjaśnił, że czynność zamawiającego, polegająca na wyborze oferty przystępującego uniemożliwia odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Wyeliminowanie niezgodnego z prawem rozstrzygnięcia zamawiającego stworzy odwołującemu możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia z tego tytułu zysku.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp odwołujący wskazał, że jak wynika z zestawienia cen ofertowych, przystępujący zaproponował cenę na poziomie 31% ceny odwołującego. W związku z powyższym zamawiający wezwał przystępującego w dacie 25 września 2018 r. do przedstawienia dokumentów potwierdzających, iż zaoferowana cena gwarantuje prawidłową realizację prac, tj. zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wyjaśnienie winno obejmować złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny i kosztu zatrudnienia w oparciu o ww. wymagania. W dacie 25 września 2018 r. przystępujący złożył pismo, cechujące się wysokim poziomem lakoniczności i ogólności, w żaden sposób nie czyniąc zadość wezwaniu zamawiającego. Przedmiotowe pismo nie zawierało bowiem żadnych dowodów, wyliczeń, stawek ani wyjaśnienia mechanizmów kalkulacji przez wykonawcę ceny, chociażby w formie prostych wyliczeń matematycznych. Co więcej, wykonawca oświadczył, iż przyjął założenie, że *zlecane będą nie pojedyncze prace z cennika, lecz pakiet prac do wykonania w ramach jednego zlecenia z określonym wyprzedzeniem czasowym i uzgodnionym harmonogramem realizacji*. Założenie to jest – zdaniem odwołującego – całkowicie irracjonalne. Wykonawca przyjmuje bowiem, biorąc na siebie obowiązek kompleksowej obsługi technicznej na przestrzeni czterech lat dwóch elektrociepłowni, obsługujących niemalże milionową aglomerację, że usunięcie poszczególnych wad, usterek, awarii, realizacja przeglądów może *poczekać*, aż zbierze się ich tyle, aby jego reakcja nie była nazbyt kosztowna. Abstrahując od treści SIWZ i reżimów reakcji na określone w projekcie umowy zdarzenia odwołujący stwierdził, że ww. oświadczenie jest wysoce niepokojące. Przyjęcie go oznaczałoby bowiem, że wykonawca nie miał świadomości powagi zadania, jakie chce realizować, w tym konsekwencji ewentualnych zaniechań i opóźnień. W skrajnym przypadku oznaczać one zaś mogą zagrożenie dla zdrowia i życia ludzkiego na olbrzymią skalę, jak również szkody materialne o porównywalnych rozmiarach.

Niezależnie od tego odwołujący podniósł, że umowa wykonawcza w punktach 13.4 - 13.9 przewiduje wprost kary umowne tytułem opóźnień w realizacji prac, nie wspominając o tym,

że nie obejmuje ona trybu umożliwiającego *kumulację* zleceń. Przywołał punkt 1.2.1.1. Specyfikacji Technicznej, zgodnie z którym: *Wykonawca jest zobowiązany do stworzenia takiej organizacji (łącznie z dowozem pracowników), aby niezależnie od pory dnia zapewnić przystąpienie do usunięcia usterki w przeciągu 2 godzin od momentu powiadomienia przez upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego lub w innym uzgodnionym terminie. Wykonawca będzie sprawnie i efektywnie kierował pracami tak, aby spełnić wymagania postawione przez Zamawiającego w umowie i zakończyć je w podanym terminie. Skład brygady musi gwarantować kompleksową usługę i jak najkrótszy czas naprawy w zadanym zakresie.* Założenie poczynione przez wykonawcę oznacza zatem w ocenie odwołującego, że nie ma on zamiaru realizować umowy zgodnie z jej treścią i zapewne w tym fakcie upatruje możliwości poczynienia oszczędności na projekcie.

Odwołujący podkreślił także, że zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny ciąży obowiązek wykazania, że została ona skalkulowana rzetelnie (art. 90 ust. 2 Pzp). Pismo z dnia 25 września 2018 r. w ocenie odwołującego w żaden sposób nie czyni zadość temu obowiązkowi. Przytacza bowiem okoliczności o charakterze ogólnym, które były brane pod uwagę przez wszystkich uczestników postępowania. Warunki udziału w nim pozwalały wszakże na złożenie oferty wyłącznie przez doświadczonych wykonawców, dysponujących niezbędnym know-how i zapleczem kadrowym. Nie bez znaczenia jest też fakt, iż wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawdziwość jego twierdzeń. W takiej sytuacji zamawiający nie miał - w najlepszym dla wykonawcy wypadku - realnej możliwości zbadania, czy cena nie jest rażąco niska.

W świetle przedstawionych powyżej uwarunkowań prawnych zdaniem odwołującego, zamawiający winien w oparciu o treść, czy raczej brak treści, pisma wykonawcy z dnia 25 września 2018 r. odrzucić ofertę przystępującego, czego jednak zaniechał.

Następnie odwołujący wskazał, że zamawiający dopuścił się w dalszym toku postępowania niedopuszczalnych *negocjacji* z wykonawcą, wzywając go ponownie do złożenia wyjaśnień co do realności i rzetelności jego ceny (pismem z dnia 17 października 2018 r.). Zamawiający ponadto w tym piśmie ponownie wezwał przy tym przystępującego do przedłożenia *stosownych kalkulacji i dokumentów*.

W tym miejscu odwołujący podniósł niedopuszczalność działań zamawiającego, który ww. pismem niejako doszukiwał się potwierdzenia, że cena wykonawcy jest ustalona rzetelnie, chociaż nie była ku temu formalnych możliwości. Nie sposób ponadto zaakceptować sytuacji, w której uzyskawszy wyjaśnienia określonej treści (co do agregowania zleceń), zamawiający wzywa wykonawcę do potwierdzenia, że oświadczenia tej treści nie złożył.

Jak wskazał odwołujący przystępujący ponownie nie wykonał wezwania zamawiającego. W piśmie z dnia 19 października 2018 r. nie przedłożył bowiem żadnych dowodów ani kalkulacji potwierdzających rynkowy charakter jego ceny. Powtórzył zapewnienia o swym doświadczeniu zdobytym w ramach realizacji innych umów. Zdaniem odwołującego przystępujący z jednej strony w swojej odpowiedzi z dnia 19 października 2018 r. stwierdził, że nie zapewni wymaganej przez zamawiającego obsady zgodnie z reżimem umowy, tj. bezwarunkowo. Z drugiej zaś zmienił zdanie co do możliwości agregowania zleceń i stanął na stanowisku, że dotyczyć to będzie wyłącznie ich części. Stanowisko to również nie znajduje oparcia w umowie. W odniesieniu do ostatniego z pytań zamawiającego, wykonawca pozostał przy gołosłownym stwierdzeniu, że jego cena obejmuje wszelkiego rodzaju wydatki i koszty, nie precyzując nawet jej części składowych.

Jak wskazał odwołujący w kontekście ww. pisma, niezależnie od jego wcześniejszego żądania w tym zakresie, zamawiający winien tym bardziej odrzucić ofertę przystępującego. Natomiast jak dalej podał odwołujący w miejsce tej, tyleż oczywistej, co spóźnionej czynności, zamawiający po raz kolejny wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i po raz kolejny wezwał go do potwierdzenia przeciwnej treści, niż uprzednio złożone oświadczenie. W piśmie z dnia 25 października 2018 r. zamawiający wezwał do potwierdzenia, że wykonawca niezależnie od ilości zleceń i prac do wykonania w danym dniu (a zatem odwrotnie niż 6 dni wcześniej stwierdził wykonawca), zapewni niezbędną obsługę kadrową. Zamawiający podał przy tym konkretne liczby, tj. minimum 8 osób na terenie EC Gdynia i 16 osób na terenie EC Gdańsk na pierwszej zmianie, jak również 6 osób na dyżurze domowym na drugiej i trzeciej zmianie i w dni wolne od pracy. W odpowiedzi na przedmiotowe pismo przystępujący 31 października 2018 r. tj. po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego oświadczył, że zapewni takie zasoby, *jakie są niezbędne do ich wykonania w ustalonym terminie*.

Niezależnie od ww. okoliczności, odwołujący przeanalizował ofertę przystępującego w zakresie podanych przez niego cen jednostkowych. Wynika z niej, iż stawki za poszczególne prace są drastycznie zaniżone, a ich zastosowanie oznaczałoby działanie niezgodne z prawem, albowiem roboty byłyby realizowane za wynagrodzeniem niższym od ustawowego minimum (w 2019 r. 13,45 PLN za godzinę). Zgodnie z wymogami zamawiającego prace remontowe na terenie EC muszą być wykonywane wyłącznie na polecenie pisemne przez minimum 2 osoby. Na czas wykonania składają się zaś: otwarcie polecenia (minimum 15 min.), przejście na stanowisko pracy (od 10 -15 min.), przygotowanie stanowiska pracy (5-10 min.), wykonanie usługi (tu wartości są różne), likwidacja stanowiska pracy (5-10 min.), zamknięcie polecenia (minimum 10 min.). W przypadku każdej, najdrobniejszej choćby czynności czas jej realizacji opiewać musi na nie mniej niż godzinę, a sam minimalny koszt pracy wynosi 26,90

PLN. Realistycznie rzecz ujmując, bazując na dotychczasowych doświadczeniach odwołującego w obsłudze EC Gdańsk, czas realizacji usługi wynosi nie mniej niż dwie godziny. W tym kontekście zakwestionował następujące pozycje z kosztorysu przystępującego opiewające na czasochłonne czynności (Załącznik nr 4 do oferty, tabela nr 4, numeracja zgodna z kolejnymi blokami tabeli): 1, 3, 6, 11, 12, 3, 10, 12, 1, 5, 9, 11, 16, 1, 5, 6, 11, 4, 8, 11, 3, 8, 3, 8, 8, 9, 7, 3, 11, 12, 7, 9. Poszczególne czynności wyceniono na poziomie 6 zł, co oznacza (przy założeniu minimalnych kosztów pracy i braku innych kosztów), iż miałyby być wykonane przez dwie osoby w czasie ok. 13 minut. Jeżeli zaś przyjąć, iż byłyby realizowane zgodnie z SIWZ i realiami postępowania, oznaczałoby to, że wykonawca nie przestrzega norm prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę. Analogiczny wniosek należy powziąć w odniesieniu do prac wskazanych w tabeli nr 5, punkty 2-5 i 7.

Tym samym odwołujący skonstatował, że wskazane powyżej ceny w sposób szczególnie rażąco odbiegają od realnych kosztów realizacji poszczególnych czynności. Niezależnie od tego odwołujący stwierdził, że ogół podanych przez przystępującego cen jednostkowych nosi znamiona zaniżonych, co przekłada się na rażąco niski charakter ceny całościowej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odwołujący przywołał tezy i twierdzenia zaprezentowane w ramach wcześniejszego zarzutu podkreślając, że oferta wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza winna być traktowana w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji. Przywołał przy tym tezę z wyroku Izby o sygn. akt KIO 825/15 o treści: *Ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.*

W związku z tym w ocenie odwołującego zarówno globalna cena za wykonanie przedmiotu zamówienia, jak również ceny jednostkowe przedmiotowej oferty w żaden sposób nie przystają do realiów rynkowych i uniemożliwiają osiągnięcie zysku. W związku z tym odwołujący ma uzasadnione podstawy, by twierdzić, że zaoferowana cena ma charakter dumpingowy, a oferta powinna być odrzucona.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący stwierdził, że przystępujący kilkakrotnie przyznał, iż nie będzie realizował oferty zgodnie z wymogami SIWZ. Nie chcąc powtarzać przedmiotowej argumentacji dodał, że przystępujący w ofercie poczynił niedopuszczalne zastrzeżenie, zgodnie z którym nie podejmie on prac bezpośrednio po podpisaniu umowy, lecz rezerwuje sobie okres jednego miesiąca na wizję lokalną (Opis Realizacji Przedmiotu Zamówienia, strona nr 5, punkt 3 tabeli). Zamawiający tego rodzaju możliwości nie przewidział, a samą taką możliwość, zważywszy na charakter obiektów, gdzie mają być prowadzone prace, należy z góry wykluczyć.

Co do ostatniego postawionego zarzutu tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp odwołujący wyjaśnił, że opisany powyżej zarzut stanowi konsekwencję naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, jest zobowiązany do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem obowiązujących norm prawa, w tym stypizowanych w Pzp zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na gruncie przedmiotowej sprawy zasady te zostały naruszone. Zamawiający w sposób preferencyjny potraktował wykonawcę, który w sposób nieprawidłowy dokonał kalkulacji ceny, stawiając w gorszej sytuacji wykonawcę, który rzetelnie oraz skrupulatnie ustalił jej poziom.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 15 stycznia 2019 r. zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania podając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska. Ponadto jeśli chodzi o zarzuty związane z oceną rażąco niskiej ceny co do oferty przystępującego, zamawiający wskazał, że są one spóźnione i wniósł o ich nierozpatrywanie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy zgłosił przystąpienie wykonawca Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.

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

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestnika wykonawcę – Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego nadal: „przystępującym”

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w wersji elektronicznej zapisanej na płycie CD w dniu 8 stycznia 2019 r. w tym w szczególności z treści: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej nadal „SIWZ”), oferty przystępującego wraz z załącznikami, trzech pism zamawiającego skierowanych do przystępującego (z 25 września 2018 r, 17 października 2019 r. i 25 października 2018 r) oraz trzech pism przystępującego stanowiących odpowiedzi na ww. pisma zamawiającego (z 25 września 2018 r, 19 października 2019 r. i 31 października 2018 r), a także dowody złożone na rozprawie przez odwołującego (w postaci dwóch projektów ofert firm trzecich, które zgodnie z twierdzeniem odwołującego planowały złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu) i zamawiającego (w postaci: wydruku Informacji o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego zeszyt 41/2018 (1811) str. 20, 22 i 30 i zeszyt 60/2018 (1830) str. 5, 20, 22, 30 i 35, potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii umowy nr C17Z160043 z dnia 11 lipca 2016 r. wraz z załącznikami oraz potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii pierwszej strony umowy nr C33Z150011 z dnia 15 czerwca 2015 r. wraz załącznikiem nr 1 do niej, aneksem nr 3 z dnia 19 czerwca 2017 r. oraz załącznikiem nr 1 do aneksu nr 3).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż zarzuty związane z oceną rażąco niskiej ceny, w tym udzielonych przez przystępującego odpowiedzi są zarzutami spóźnionymi. W związku z tym zamawiający wskazał, że odwołujący powziął wiedzę na temat udzielonych odpowiedzi dnia 25 września 2018 r., ponieważ sam przystępujący ujawnił treść swoich odpowiedzi na zapytanie. Tak więc tego dnia odwołujący powziął wiedzę na temat treści udzielonej odpowiedzi w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie zamawiającego 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, którego zarzuty dotyczyłyby treści udzielonych odpowiedzi upłynął dnia 5 października 2018 r. Zamawiający wniósł o nierozpatrywanie zarzutów dotyczących treści pierwszych wyjaśnień i podkreślił, iż dalsze wezwania nie dotyczyły kwestii rażąco niskiej ceny lecz stanowiły wyjaśnienie oferty.

Rozpatrując ww. wniosek zamawiającego Izba miała na uwadze przede wszystkim treść art. 180 ust. 1 Pzp, który stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W związku z tym należy zwrócić uwagę, że za czynność zamawiającego nie może zostać uznane jakiegokolwiek działanie wykonawcy w tym wypadku przystępującego. Natomiast zamawiający w swoim wniosku wskazał, że terminem od którego należy liczyć termin na wniesienie odwołania jest dzień złożenia wyjaśnień przez przystępującego tj. 25 września

2018 r., a nie czynność zamawiającego. Zgodnie z orzecznictwem Izby odwołanie wnoszone jest wobec czynności zamawiającego „podjętej”, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej. Do takiej właśnie czynności i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów (zob. wyrok z dnia 5 maja 2016 r. o sygn. akt KIO 598/16). Taka czynność została podjęta przez zamawiającego w ocenie Izby w dniu 19 grudnia 2018 r. tj. w dniu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W związku z tym Izba oddaliła ww. wniosek zamawiającego uznając, że zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny co do oferty przystępującego nie był spóźniony.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 14.1 SIWZ zamawiający zastosował jedno kryterium oceny ofert w postępowaniu tj. kryterium ceny.

W toku postępowania oferty złożyło dwóch wykonawców:

- odwołujący – po cenie 3.807.985,90 zł brutto;
- przystępujący – po cenie 1.188.961,49 zł brutto.

Pismem z dnia 25 września 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających, iż zaoferowana cena gwarantuje prawidłową realizację prac tj. zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. W związku z tym zamawiający poprosił o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny i kosztów zatrudnienia w oparciu o wymagania stawiane w SIWZ. W przedmiotowym piśmie jako podstawa prawna został wskazany art. 90 ust. 1 Pzp.

Przystępujący pismem z dnia 25 września 2018 r. złożył odpowiedź, w której wyjaśnił, że wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę jest możliwe dzięki szeregowi czynników pozwalających zminimalizować koszty realizacji zamówienia w związku z: wieloletnim doświadczeniem przystępującego przy realizacji tego typu prac (tu przystępujący wymienił kilka inwestycji), wykorzystaniem własnych zasobów materialnych i sprzętowych, dobrą sytuacją finansową spółki zapewniającą płynność finansową pozwalającą na realizację kontraktu bez zatargów w płatnościach oraz okolicznością wyliczenia prac przeglądowych, konserwacyjnych i remontowych przy założeniu pewnej kompleksowości ich realizacji w ramach pojedynczego zlecenia. Przy czym przystępujący dodał, że – w oparciu o SIWZ i informacje uzyskane w trakcie wizji lokalnej - założył zlecenie nie pojedynczych prac z cennika,

lecz pakiet prac do wykonania w ramach jednego zlecenia z określonym wyprzedzeniem czasowym i uzgodnionym harmonogramem realizacji. Ponadto przystępujący również założył, że zostaną wspólnie z zamawiającym opracowane miesięczne, roczne plany i harmonogramy przeglądów oraz konserwacji, co pozwoliłoby na optymalne wykorzystanie posiadanych zasobów wykonawczych. Do swojej odpowiedzi odwołujący nie załączył żadnych innych dokumentów czy też dowodów dotyczących wyliczenia ceny i kosztów zatrudnienia w oparciu o wymagania stawiane w SIWZ.

Następnie zamawiający pismem z dnia 17 października 2018 r. zgodnie z art. 26 ust. 2f Pzp wezwał przystępującego do potwierdzenia, że:

- jego kalkulacja uwzględnia zapisy Specyfikacji Technicznej o utrzymywaniu personelu w ilości minimum 24 osób na jednej zmianie w dzień roboczy,
- uwzględniono, iż nie wszystkie zakresy prac będą optymalizowane i zlecane w grupach z wyprzedzeniem czasowym (chodziło m. in. o prace awaryjne w zakresie usuwania usterek dla których wymaga się przystąpienia do ich usunięcia w nieprzekraczalnym terminie 2 godzin). Przy tej części zamawiający wskazał, że dla tego typu prac nie przewiduje możliwości agregowania zleceń z uwagi na konieczność zachowania ciągłości produkcji,
- wycena dyżurów domowych uwzględnia konieczność ciągłej dyspozycji personelu na wypadek wystąpienia awarii (po godzinie 15:00 i w dni ustawowo wolne od pracy);, czas przystąpienia do usunięcia usterki limitującej - do 2 godzin.

W przedmiotowym piśmie zamawiający wskazał także odpowiednią zakładkę oraz nazwę portalu zakupowego, na które winny być złożone stosowne kalkulacje i dokumenty.

W odpowiedzi przystępujący pismem z dnia 19 października 2019 r. po raz kolejny odniósł się do swojego doświadczenia zdobytego w ramach realizacji innych umów i stwierdził, że:

- zapewni niezbędną ilość personelu pod warunkiem otrzymania niezbędnej liczby zleceń, tak aby zapewnić dla tych pracowników pracę, za którą wykonawca otrzymuje odpowiednie wynagrodzenie,
- zdaje sobie sprawę, że nie jest możliwa optymalizacja zakresów wszystkich prac w szczególności tych, które służą usuwaniu awarii, natomiast ceny jednostkowe przewidziane w ofercie kalkulowane były z uwzględnieniem tej okoliczności,
- cena dotycząca dyżurów domowych uwzględnia wszystkie warunki związane z wykonaniem usługi.

Do swojej odpowiedzi odwołujący (podobnie jak we wcześniejszej odpowiedzi z dnia 25 września 2018 r.) nie załączył kalkulacji ani żadnych innych dokumentów.

W piśmie z dnia 25 października 2018 r. zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do potwierdzenia, że niezależnie od ilości zleceń i prac do wykonania w

danym dniu, zapewni niezbędną obsługę kadrową w każdy dzień roboczy na I zmianie oraz w każdy dzień roboczy na II i III zmianie oraz w dniu świąteczne i dodatkowo wolne od pracy. Zamawiający podał przy tym konkretne liczby, tj. minimum 8 osób na terenie EC Gdynia i 16 osób na terenie EC Gdańsk na I zmianie, jak również 6 osób na dyżurze domowym na II i III zmianie oraz w dniu świąteczne i dodatkowo wolne od pracy.

Przystępujący w odpowiedzi pismem z dnia 31 października 2018 r. poinformował, że zapoznał się z całym zakresem prac przewidzianych w SIWZ i zagwarantował, iż zlecone prace będą wykonywane takimi zasobami jakie są niezbędne do ich wykonania w ustalonym terminie. Przy czym wskazał, że ilość zasobów wykonawczych przebywających na terenie zakładów EC Gdynia oraz EC Gdańsk będzie dostosowana do ilości złożonych zleceń z możliwością ich zwiększenia w przypadku prac zleczanych nieplanowanych, w ilościach niezbędnych do ich wykonania.

W dniu 19 grudnia 2018 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp – „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu”.

Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od 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, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Ponadto ust. 2 ww. przepisu stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W konsekwencji 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 co wynika z art. 90 ust. 3 Pzp. Przy czym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp.).

Na wstępie należy wskazać, że zamawiający w piśmie z dnia 25 września 2018 r. stanowiącym wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako podstawę

prawna tej czynności wskazał art. 90 ust. 1 Pzp. Natomiast w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu złożono jedynie dwie oferty przez co „badanie oferty najniższej w porównaniu do średniej arytmetycznej ofert sprowadzało się do uśrednienia ceny obu ofert. Ponieważ ustawowa wartość 30% została przekroczona, Zamawiający wezwał wykonawcę Bilfinger do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny”. W związku z tym Izba przyjęła, że podstawą prawną wezwania przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny był art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. W takiej sytuacji to po stronie przystępującego leżał ciężar wykazania i udowodnienia, że zaproponowana cena jest realna i gwarantuje należyłą realizację zamówienia tak, aby obalić domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia złożone na wezwanie zamawiającego powinny być spójne, konkretne, rzetelne oraz poparte stosownymi dowodami szczególnie w sytuacji gdy przystępujący powołał się na swoje doświadczenie w zrealizowanych wcześniej inwestycjach, odwołał się własnych zasobów materiałowych i sprzętowych, sytuacji finansowej swojej spółki oraz założył pewną kompleksowość realizacji prac przeglądowych, konserwacyjnych i remontowych.

W przedmiotowej sprawie odwołujący oprócz realności ceny zaproponowanej przez przystępującego przede wszystkim zakwestionował możliwość realnego wykonania zamówienia szczególnie w wymaganym przez zamawiającego czasie wskazując na wyjaśnienia jakie składał odwołujący w odpowiedzi na kolejne wezwania zamawiającego.

Izba uznała, że przystępujący zarówno na etapie składanych wyjaśnień jak i na rozprawie nie obalił domniemanie rażąco niskiej ceny w stosunku do swojej oferty, dlatego też Izba stanęła na stanowisku, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty przystępującego. Tym samym Izba przyznała rację odwołującemu, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia cechowały się wysokim poziomem lakoniczności i ogólności oraz nie zostały potwierdzone żadnymi dowodami. Ponadto w ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez przystępującego w dniu 25 września 2018 r. nie tylko nie mogły obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, ale spowodowały powstanie kolejnych wątpliwości i niejasności szczególnie w zakresie kumulowania poszczególnych prac wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, co znalazło swoje przełożenie w kolejnych pismach kierowanych przez zamawiającego. Przy tym Izba nie uznała, że takie kumulowanie prac w ramach poszczególnych zleceń jest niemożliwe, niemniej wyjaśnienia przystępującego w tam aspekcie nie pozwoliły stwierdzić ich zadowalającego uzasadnienia. W piśmie z dnia 25 września 2018 r. przystępujący wskazał, że pewnej kompleksowości w ramach pojedynczego zlecenia miałyby podlegać prace przeglądowe, konserwacyjne i remontowe. Zgodnie z formularzem 2.4. stanowiącym katalog czynności do

wyceny załączonym do SIWZ remonty zostały przewidziane w tabeli 4 pod nazwą naprawy i remonty, która obejmowała przeszło 150 czynności do wykonania w tym czynności dotyczące remontów awaryjnych, co do których zamawiający zgodnie z założeniem zawartym w piśmie z dnia 17 października 2018 r. nie przewidywał możliwości agregowania zleceń z uwagi na konieczność zachowania ciągłości produkcji. W ocenie Izby przystępujący w swoich wyjaśnieniach oraz na rozprawie nie wyjaśnił oraz nie udowodnił w jaki sposób będzie agregował czy też kumulował prace, nie przedstawił żadnej, pobieżnej nawet metodologii w tym zakresie czy też rozwiązań organizacyjnych jakie posiada. Ponadto w ocenie Izby należy zwrócić uwagę na ten aspekt wyjaśnień przystępującego – dotyczący zakładanej kumulacji prac – ponieważ sam zamawiający poprzez skierowane pisma z dnia 17 października 2018 r. oraz 25 października 2018 r. próbował zrozumieć przywołany przez przystępującego aspekt oszczędności w postaci tejże kumulacji.

Odnosząc się do przedstawionej przez zamawiającego argumentacji należy wskazać, że zamawiający budował swoje twierdzenia o realności ceny oferty przystępującego w oparciu o podobne usługi świadczone na innych zarządzanych przez siebie inwestycjach. Niemniej najistotniejszą jest okoliczność, że to na przystępującym a nie zamawiającym ciążył obowiązek udowodnienia i wykazania realności zaoferowanych cen. Zamawiający nie może wyręczyć wykonawcy w tym zakresie, gdyż gdyby przyjęć takie założenie to wezwanie do wyjaśnień odnośnie wątpliwości co do ceny miałyby wyłącznie formalny charakter. Wykonawca jest zobowiązany powołać się na czynniki sobie tylko właściwe, które pozwoliły wyłącznie jemu zaoferować niższe ceny od pozostałych wykonawców. Zamawiający nie odstąpił od wezwania z uwagi na to, że *rozbieżność pomiędzy cenami Wykonawców wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia* (art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp) wobec czego uznał, że domniemanie rażąco niskiej ceny istnieje (zob. wyrok z dnia 19 listopada 2018 r o sygn. akt KIO 2255/18). Z związku z tym Izba nie wzięła pod uwagę dowodów złożonych przez zamawiającego dotyczących umowy nr C17Z160043 wraz z załącznikami oraz umowy nr C33Z150011 wraz załącznikiem nr 1 do niej, aneksem nr 3 z dnia 19 czerwca 2017 r. oraz załącznikiem nr 1 do aneksu nr 3. Podobnie Izba nie wzięła pod uwagę dowodu złożonego przez zamawiającego w postaci wydruków z katalogów Sekocenbud za III i IV kwartał 2018 ponieważ podane tam ceny dotyczyły stawki robocizny kosztorysowej w robotach instalacji elektrycznych oraz w robotach usług w zakresie Aparatury Kontrolno-Pomiarowej i Automatyki. Tak na marginesie Izba uznała, że także dowody złożone przez odwołującego na rozprawie nie mogły zasługiwać na uznanie ponieważ były one niewiarygodne (nie zostały uwierzytelnione w żaden sposób przez zamawiającego).

Podkreślenia zatem wymaga, iż poza ogólnymi sformułowaniami nie zostały

wyjaśnione żadne rzeczywiste, konkretne i realne wartości ekonomiczne. Przystępujący nie złożył również żadnych dowodów potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niską.

W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez przystępującego, co prowadziło do naruszenia podnoszonych przez odwołującego przepisów Pzp, w wyniku czego Izba nakazała odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Izba uznała go za nieudowodniony. W ramach tego zarzutu odwołujący przytoczył właściwie jedno zdanie z wyroku Izby o sygn. akr KIO 825/15, z którego wynika, że ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Tak podane uzasadnienie zarzutu nie może w ocenie Izby stanowić podstawy jego uwzględnienia ponieważ jest ono zupełnie gołosłowne i nieoparte żadnymi okolicznościami związanymi z przedmiotowym zamówieniem. Samo uznanie, że cena oferty danego wykonawcy jest rażąco niska nie powoduje, że jej złożenie automatycznie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Podobnie na uwzględnienie nie zasłużył zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W związku z przedmiotowym zarzutem odwołujący podobnie jak w zarzucie wskazanym powyżej nie udźwignął w ocenie Izby ciężaru dowodu jaki na nim spoczywa. Jediną okolicznością jaką podniósł odwołujący w ramach przedmiotowego zarzutu było twierdzenie, że przystępujący w ofercie poczynił niedopuszczalne zastrzeżenie, zgodnie z którym nie podejmie on prac bezpośrednio po podpisaniu umowy, lecz rezerwuje sobie okres jednego miesiąca na wizję lokalną (Opis Realizacji Przedmiotu Zamówienia, strona nr 5, punkt 3 tabeli). Izba uznała, że powyższe twierdzenie odwołującego stanowi niedopuszczalną nadinterpretację treści dokumentu złożonego przez przystępującego. Przystępujący nie zadeklarował otwarcie, że nie będzie realizował zamówienia przez pierwszy miesiąc od podpisania umowy. Wprost przeciwnie tym samym dokumencie, na który powołuje się odwołujący tj. w Opisie Realizacji Przedmiotu Zamówienia (str. nr 5, pkt 3 tabeli, *in fine*) przystępujący wyraźnie zadeklarował, że realizacja usług odbywać się będzie zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i specyfikacją techniczną.

Tym samym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Natomiast co do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp należy wskazać,

że został on sformułowany jako konsekwencja pozostałych trzech zarzutów, co odwołujący sam przyznał w odwołaniu. W związku z tym zarzut ten znalazł potwierdzenie w związku ze stwierdzonym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie ziszczenia się zarzutu postawionego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego przez odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: