

**WYROK
z dnia 10 czerwca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E. S. EDEX-POL z siedzibą we Wrocławiu, EDEX-POL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, który powierzył przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy ZEC SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1357/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E. S. EDEX-POL z siedzibą we Wrocławiu, EDEX-POL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E. S. EDEX-POL z siedzibą we Wrocławiu, EDEX-POL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. 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

Zamawiający: Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S. A. z siedzibą we Wrocławiu powierzył przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie, który to wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Remont kotłów parowych OP130/K-1, K-3, K-4 oraz BFB100/K-2 wraz z instalacją biomasy w EC Czechnica”, nr postępowania: POST/PEC/PEC/ZCI/01830/2020.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 255-643230.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: E. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E. S. EDEX-POL z siedzibą we Wrocławiu, EDEX-POL Sp. z o.o. sp. k. otrzymał w dniu 27 kwietnia 2021 r. od Zamawiającego drogą elektroniczną informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy ZEC SERVICE sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej Przystępującym lub Wykonawcą.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 7 maja 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej dawną lub starą ustawą Pzp czynności podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego oraz zaniechania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu polegających na:

- 1) wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy, pomimo tego, że oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, do której to czynności Zamawiający był obowiązany na podstawie przepisów, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu przepisów dawnej ustawy Pzp, a wykonawca nie przedłożył odpowiednich wyjaśnień, które potwierdzałyby, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska,
- 3) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny zaoferowanej za wykonanie przedmiotowego zadania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 dawnej ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 3 dawnej ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, i przyjęcie ich jako wystarczających do uznania, że zaoferowana przez Wykonawcę cena nie jest rażąco niska, podczas gdy z treści tych wyjaśnień wynika, iż oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,

2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 dawnej ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 dawnej ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 dawnej ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, iż oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca ten nie złożył wyjaśnień odpowiadających wymogom art. 90 ust. 1-3 dawnej ustawy Pzp, a także poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

3) naruszenie art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie czynności wyjaśnień i uzupełnień, do których zobligowany był Zamawiający zgodnie z przepisami dawnej ustawy Pzp w stosunku do nieprawidłowo wypełnionego dokumentu JEDZ Wykonawcy.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy ZEC SERVICE sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) odrzucenia oferty Wykonawcy ZEC Service sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 dawnej ustawy Pzp,

3) ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem rozstrzygnięcia KIO w zakresie żądań podanych w pkt 1 i 2 powyżej,

4) zasądzenie od Zamawiającego 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.

Ponadto, Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów na wskazane poniżej okoliczności:

1) z dokumentacji postępowania pn.: „Remont kotłów parowych OP130/K-1, K-3, K-4 oraz BFB100/K-2 wraz z instalacją biomasy w EC Czechnica”, nr postępowania POST/PEC/PEC/ZCI/01830/2020, w szczególności: informacji z otwarcia ofert z dnia 8 lutego 2021 r., z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27.04.2021 r. - na okoliczność: kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wartości cenowych ofert złożonych przez wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, wyboru jako

najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZEC Service sp. z o.o.,

2) zawiadomienia o odrzuceniu oferty cenowej z dnia 12.04.2021 r. - na okoliczność odrzucenia przez Zamawiającego oferty cenowej MEGA REM,

3) oferty złożonej przez ZEC Service, w tym JEDZ (załącznik nr 3) i załącznika cenowego (załącznik nr 7) złożonego przez Wykonawcę ZEC Service sp. z o.o. - na okoliczność zakresu prac jaki Wykonawca ZEC Service sp. z o.o. zamierza zlecić podwykonawcom oraz wysokości cen zaoferowanych przez Wykonawcę i ich rażąco niskiej wartości względem pozostałych ofert złożonych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu oraz cen za które Wykonawca ZEC Service sp. z o.o. realizował prace w 2020 r.,

4) załącznika cenowego (załącznik nr 7) Odwołującego - na okoliczność wysokości cen zaoferowanych przez Odwołującego,

5) załącznika cenowego (załącznik nr 7) wykonawcy ZRE KATOWICE oraz MEGA-REM - na okoliczność wysokości cen zaoferowanych przez wykonawców,

6) wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 1 marca 2021 r. na okoliczność faktu i zakresu wezwania,

7) wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę ZEC Service sp. z o.o. w dniu 04.03.2021 r., na okoliczność, braku pełnych informacji żądanych przez Zamawiającego, a tym samym nie spełnienia wymogu uzasadnienia ustawowego stypizowanego w art. 90 ust. 1 pkt 1) dawnej ustawy PZP, niezbędnego do oceny, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena nie jest rażąco niska,

8) wyliczeń z kalkulatora wynagrodzeń uwzględniających odprowadzanie składki na PPK przez pracodawcę, oraz wyliczeń z kalkulatora wynagrodzeń bez odprowadzania składek na PPK,

9) oferty cenowej Podwykonawcy - Polskiej Ceramiki Ogniotrwałej „Serwis” S.A. z dnia 26 stycznia 2021 r. na wykonanie obmurza kotła OP130 K-I, kotła OP130 K-3 oraz kotła OP130 K-4 w EC Czechnica - na okoliczność wysokości oferty cenowej za prace związane z remontem obmurza kotłów w ramach postępowania „Remont kotłów parowych OP130/K-1, K-3, K-4 oraz BFB100/K-2 wraz z instalacją biomasy w EC Czechnica”,

10) oferty cenowej Podwykonawcy firmy ZBWTC „ENERGOTEST” Mieczysław Świętochowski z siedzibą w Chrząstawie na wykonanie optymalizacji pracy kotła OP-130 K-I w EC Czechnica oraz wykonanie pomiarów sprawdzających - na okoliczność wysokości oferty cenowej za prace związane z optymalizacją pracy kotła OP-130 KI w EC Czechnica.

11) kosztorysu cenowego na wykonanie prac izolacyjnych oraz budowę rusztowań do realizacji zadania „Remont kotłów parowych OP130/K-1, K-3, K-4 oraz BFB100/K-2 wraz z instalacją biomasy w EC Czechnica” - na okoliczność jego treści,

12) informacji z otwarcia ofert z dnia 09.12.2019 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.02.2020 r. w ramach postępowania o numerze

1001287400 na „Remont kapitalny i remont średni wybranych urządzeń pomocniczych kotłów w Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A.” - na okoliczność wysokości oferty cenowej złożonej przez firmę ZEC Service sp. z o.o., będącej ofertą najkorzystniejszą w ww. postępowaniu,

13) załącznika cenowego nr 6 złożonego przez Wykonawcę ZEC Service sp. z o.o. z dnia 09.12.2019 r. w ramach postępowania o numerze 1001287400 na „Remont kapitalny i remont średni wybranych urządzeń pomocniczych kotłów w Zespole Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A.” - w szczególności pozycji 4.1-7.3. - na okoliczność wysokości cen, za które firma ZEC Service sp. z o.o. realizowała w 2020 r. remonty urządzeń pomocniczych kotłów K-1, K-2, K-3 i K-4 w EC Czechnica - tj. wentylatory kotła, silniki wentylatorów kotła oraz kanały i klapy układów powietrza kotła (tożsamych co w przedmiotowym postępowaniu).

Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał, że Wykonawca konkurencyjny nie przytoczył jakichkolwiek wartości liczbowych - jakie oszczędności mógł poczynić dzięki temu, że posiada oddział wraz z halą warsztatową i narzędziownią na terenie zakładu EC Czechnica. Wykonawca w żaden sposób nie wskazuje jakie są koszty mobilizacji, transportu personelu i sprzętu, których udało mu się uniknąć dzięki temu, że posiada oddział w bezpośrednim sąsiedztwie kotłowni. W żaden sposób nie wskazał także, jakie są ograniczenia kosztów eksploatacyjnych.

Na marginesie, Odwołujący zwrócił uwagę, że również posiada na terenie EC Czechnica, w bezpośrednim sąsiedztwie kotłowni, swój oddział z załogą pracowniczą oraz warsztat i narzędziownię. Tym samym nie jest to żaden argument mający walor cenotwórczy w stosunku do oferty Odwołującego.

W dalszej kolejności Wykonawca ZEC Service sp. z o.o. zauważył, że jako podmiot specjalizujący się w pracach będących przedmiotem zadania, posiada unikalne, ponad 20 letnie doświadczenie w prowadzeniu remontów i modernizacji na terenie Elektrociepłowni Czechnica. Ponadto, Wykonawca ZEC Service sp. z o.o. posiada personel, wiedzę i doświadczenie umożliwiające dokonanie precyzyjnej oceny pracochłonności zadania. I to również w ocenie Wykonawcy można zdefiniować jako wyjątkowo sprzyjające okoliczności wykonania zamówienia.

Zarzucił, że również i w tym przypadku, Wykonawca ZEC Service sp. z o.o. poprzestaje jedynie na ogólnikowych twierdzeniach i nie przedkłada żadnych wyliczeń, w jaki sposób unikalne, 20 letnie doświadczenie pozwala mu poczynić pewne oszczędności przy realizacji przedmiotowego zadania.

Na marginesie, Odwołujący podniósł, że Lider Konsorcjum również posiada niemal 18 letnie, unikalne doświadczenie w prowadzeniu remontów i modernizacji na terenie Elektrociepłowni Wrocław i Czechnica, i również posiada doświadczony personel w zakresie remontów i napraw urządzeń na terenie ZEW Kogeneracja S.A. Co więcej, to właśnie Odwołujący realizował w 2020 r. zadanie pn. : „Remont kotłów parowych OP130/K-1, K-3, K-4 oraz BFB100/K-2 wraz z instalacją biomasy w EC Czechnica”. Dodatkowo, Odwołujący tak samo jak i Wykonawca ZEC Service sp. z o.o. świadczy usługi utrzymania ruchu urządzeń na kotłowni w EC Wrocław i EC Czechnica. Tym samym, po raz kolejny, nie jest to – zdaniem Odwołującego - żaden argument mający walor cenotwórczy w stosunku do oferty Odwołującego.

Następnie, Odwołujący zaznaczył, że Wykonawca ZEC Service sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach wskazał, że wycena prac objętych postępowaniem została obliczona przy zastosowaniu metody szacowania pracochłonności poszczególnych części składowych zadania. Podstawowym założeniem dla przedstawionej wyceny było przyjęcie założeń kosztowych w zakresie przewidywanej stawki roboczogodzinowej z uwzględnieniem wszystkich części cenotwórczych.

Przyznał, że na dowód tego, Wykonawca załączył tabelkę, stanowiącą załącznik nr 1 do wyjaśnień, w której rozbił zakres prac na remonty poszczególnych kotłów.

Odwołujący w treści swojego odwołania przedstawił obszerną argumentację dotyczącą zaniżenia przez Przystępującego zaproponowanych stawek roboczogodziny, kosztów wykonania obmurza, optymalizacji palników, systemu ABB, wyliczeń dotyczących kosztów izolacji i rusztowań, które powinny być - zdaniem Odwołującego - wyliczone według katalogu KNR.

Dodatkowo, Odwołujący zarzucił brak przedstawienia przez Przystępującego ofert podwykonawców i niezadeklarowanie w JEDZ podwykonawcy obmurza kotła - PCO Serwis S.A. oraz optymalizacji palników – ZBWTC Energotest.

Powołał się również na znacząco odbiegające zaoferowane przez Odwołującego ceny wykonania remontu wentylatorów powietrza i spalin kotła parowego oraz remont silników napędowych wentylatorów powietrza i spalin w stosunku do takich samych prac w 2020 r., a także zaniżonej wyceny remontu przykotłowej instalacji biomasy kotła parowej BF100/K-2.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2021 r. Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 9 czerwca 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Podobny wniosek złożył Przystępujący w swoim piśmie procesowym z tej samej daty co Zamawiający.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 1 marca 2021 r. wzywającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Przystępującego z dnia 4 marca 2021 r. wyjaśniającej rażąco niską cenę, dodatkowego stanowiska pisemnego Odwołującego z dnia 8 czerwca 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie i pisma procesowego Przystępującego z dnia 9 czerwca 2021 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.89 ust.1 pkt 4, art.90 ust.3, art.26 ust.3 i ust.4 oraz art.87 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej starą lub dawną ustawą Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę oferty z rażąco niską ceną.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut istnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia wynosiła w zakresie podstawowym: 2.693.700,00 zł brutto, tj. 2.190.000 zł netto.

Dalej, Izba stwierdziła, że ranking cenowy wykonawców przedstawiał się następująco: 1) Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedziba w Katowich - wykonawca zaoferował wykonanie zadania za kwotę 2.874.817,50 zł brutto (za zakres podstawowy plus opcjonalny), tj. 2.337.250,0 zł netto - w tym: wartość zakresu podstawowego prac 2.418.487,50 zł brutto (1 966 250,00 zł netto), wartość zakresu opcjonalnego 456.330,00 zł brutto (371.000,00 zł netto),

2) Przedsiębiorstwo Remontowo-Usługowe MEGA-REM Sp. z o.o. z siedziba w Krakowie - wykonawca zaoferował wykonanie zadania za kwotę 7.134.602,70 zł brutto (za zakres podstawowy plus opcjonalny), tj. 5.800.490,00 zł netto - w tym: wartość zakresu podstawowego prac 6.149.987,70 zł brutto (4.999.990,00 zł netto), wartość zakresu opcjonalnego 984.615,00 zł brutto (800.500,00 zł netto),

3) ZEC SERVICE Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - wykonawca zaoferował wykonanie zadania za kwotę 1.758.567,65 zł brutto (za zakres podstawowy plus opcjonalny), tj. 1.429.729,80 netto - w tym: wartość zakresu podstawowego prac 1.347.796,85 zł brutto (1.095.769,80 zł netto), wartość zakresu opcjonalnego 410.770,80 zł brutto (333 960,00 zł netto),

4) Konsorcjum: EDEX-POL E. S. z siedzibą we Wrocławiu i EDEX- POL sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu - wykonawca zaoferował wykonanie zadania za kwotę 2.279.460,60 zł brutto (za zakres podstawowy plus opcjonalny); tj. 1.853.220,00 zł netto - w tym: wartość zakresu podstawowego prac 1.995.060,00 zł brutto (1 622 000,00 zł netto), wartość zakresu opcjonalnego 284.400,60 zł brutto (231.220,00 zł netto).

Bezsporna pomiędzy Zamawiającym i Przystępującym a Odwołującym była okoliczność, że Zamawiający na podstawie powyższego zestawienia cenowego mógł przeprowadzić postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla

wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

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.

1a. 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.

Izba ustaliła, że Zamawiający na zasadzie wskazanej w powołanych wyżej przepisach takie postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę przeprowadził, a Przystępujący wezwany do takich wyjaśnień zastosował się do niego przedkładając wyjaśnienia wraz z dowodami.

Przechodząc do rozpoznania zgłoszonego zarzutu odwołania odnoszącego się do rażąco niskiej ceny, wymaga wskazania, że ciężar dowodowy wynikający z art. 90 ust. 2 i art. 190 ust. 1a starej ustawy Pzp nakładający na Przystępującego obowiązek udowodnienia braku rażąco niskiej ceny aktualizuje się w sytuacji, gdy powstanie domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny, które tworzy się dopiero po wszczęciu postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie takie wątpliwości Zamawiający zasygnalizował w piśmie z dnia 1 marca 2021 r. wzywającym Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wymagał przedstawienia szczegółowych wyliczeń oferty z odniesieniem do kalkulacji pracochłonności prac określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia wraz z

podaniem zastosowanej ceny roboczogodziny. Szczególnie Zamawiający prosił o kalkulację dla pozycji 2.4 Formularza Cenowego.

Zamawiający oczekiwał przedstawienia cen (np. ofert, założeń budżetowych, kalkulacji) materiałów wskazanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia dostarczanych przez Wykonawcę, m.in. ceny: zasuw wysokociśnieniowych wraz z napędami, elementów rurociągów (panele ekranów szczelnych, rury, kolana), elementów złącznych oraz uszczelnień zastosowanych w armaturze przeznaczanej do remontu, stali na elementy konstrukcyjne kotłów, wentylatorów, kanałów, klap i urządzeń instalacji przykotłowej biomasy.

W piśmie tym pełnomocnik Zamawiającego poinformował, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego, a w ramach składanych wyjaśnień Wykonawca powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem przekonanie Zamawiającego i przedstawienie dokumentów, informacji prowadzących do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty jest nieuzasadnione. Z wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę jednoznacznie powinno wynikać, iż za cenę ofertową określoną dla Zamówienia jest on w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami i warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, a także potwierdzić racjonalność i rynkowość wyceny swojej oferty.

Zamawiający również pouczył Przystępującego, że wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, w których podane są jedynie ogólne stwierdzenia, niepoparte konkretnymi kwotami i wyliczeniami żądanymi przez Zamawiającego, mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 PZP nie powinno sprowadzać się jedynie do przedstawienia Zamawiającemu pisma zatytułowanego „Wyjaśnienia”, ale do przedstawienia merytorycznych informacji i wyliczeń 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.

W następstwie tego wezwania Przystępujący w piśmie z dnia 4 marca 2021 r. wyjaśnił brak rażąco niskiej ceny i załączył dowody, które miały na celu obalenie zarzutu rażąco niskiej ceny.

W swoich wyjaśnieniach Przystępujący wskazał, że dysponuje oddziałem wraz z halą warsztatową i narzędziownią na terenie zakładu EC Czechnica, w bezpośrednim sąsiedztwie kotłowni. Motywował, że posiadanie zakładu umiejscowionego na terenie obiektów objętych remontem stanowi sprzyjający czynnik wykonania zamówienia ponieważ wynika z tego brak konieczności przeprowadzania kosztownych mobilizacji, transportu personelu i sprzętu oraz umożliwia ograniczenie kosztów eksploatacyjnych. Ponadto stała obecność personelu Przystępującego na terenie zakładu bezpośrednio wpływa na czas wymagany na realizację usług, co koresponduje z przyjętą metodą wyceny, opierającą się na szacowaniu czasu niezbędnego do realizacji zadania. Dodatkowo, Przystępujący, jako podmiot specjalizujący się w pracach będących przedmiotem zadania, oraz posiadający unikalne, ponad 20 letnie doświadczenie w prowadzeniu remontów i modernizacji na terenie Elektrociepłowni Czechnica posiada personel, wiedzę i doświadczenie umożliwiające dokonanie precyzyjnej oceny pracochłonności zadania. Powyższe, w kumulacji ze znajomością stanu urządzeń objętych remontem z uwagi na udział Przystępującego w poprzednich remontach na tych instalacjach można zdefiniować jako wyjątkowo sprzyjające okoliczności wykonania zamówienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 pkt. 1 PZP.

Przystępujący poinformował Zamawiającego, że wycena prac objętych postępowaniem została obliczona przy zastosowaniu metody szacowania pracochłonności poszczególnych części składowych zadania. Podstawowym założeniem dla przedstawionej wyceny jest przyjęcie założeń kosztowych w zakresie przewidywanej stawki roboczogodzinowej z uwzględnieniem wszystkich części cenotwórczych. Wymagane przez Zamawiającego szczegółowe wyliczenia oferty wraz z zakładaną pracochłonnością zostały przedstawione w Załączniku nr 1 do niniejszego pisma wyjaśniającego.

Mając na uwadze wniosek Zamawiającego o przedstawienie kalkulacji pracochłonności dla pozycji 2.4 Formularza cenowego, tj. Remontu przykotłowej instalacji biomasy kotła parowego BFB100/K-2, Oferent wskazał, że przewiduje ok. 2500 roboczogodzin na realizację tego zakresu. Zwrócił przy tym uwagę, że powyższy remont pod kątem kalkulacji cenowej stanowi prawie w całości robociznę ponieważ dysze przeznaczone do remontu instalacji złoża fluidalnego dostarczane są przez Zamawiającego. Wyjaśnił, że pozostały zakres dotyczy dostawy armatury (zaworu bezpieczeństwa instalacji olejowej DN20 i DN25) materiałów pomocniczych oraz prac rusztowaniowych i izolacyjnych.

Odnosząc się do sprecyzowanego w wezwaniu przedstawienia cen (np. ofert, założeń budżetowych, kalkulacji) materiałów wskazanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia dostarczanych przez Wykonawcę, Przystępujący w załączeniu przedłożył oferty swoich dostawców w zakresie armatury i elementów stalowych. Wyjaśnił, że Firma THERMA-KLIM

Sp. z o.o. Sp. k. przedstawiała ofertę dostawy zasuw klinowych z pokrywami samouszczelniającymi i napędami automatycznymi lub ręcznymi na łączną kwotę 287 000,00 zł netto. Części takie jak panele, rury i kolana Oferent planuje pozyskać od dostawcy ZM TECHNIKA Sp. z o.o. Sp.k. który to przesłał ofertę na komplet materiałów niezbędnych do realizacji zakresu remontu za cenę 67 977,00 zł netto.

Na potwierdzenie powyższych twierdzeń przedłożył następujące załączniki.

- Załącznik nr 1 – Tabela cenowa
- Załącznik nr 2 – oferta dostawy elementów stalowych ZM TECHNIKA Sp. z o.o. Sp.k.
- Załącznik nr 3 – oferta dostawy armatury THERMA-KLIM Sp. z o.o. Sp. k.

Według zapytywania Izby - postępowanie odwoławcze wykazało, że stawka zadeklarowana przez Przystępującego 35 zł za roboczogodzinę obejmowała wszelkie koszty pracownicze i w związku z tym stanowiła kwotę realną.

Z wyjaśnień Przystępującego złożonych na rozprawie wynika, że jeżeli chodzi o wskazaną kwotę netto w wyjaśnieniach, to chodziło mu o wynagrodzenie pracownika na rękę oraz obciążenia z tytułu ubezpieczeń społecznych, ewentualne PPK, podatek dochodowy pracownika, składki na ZUS i ewentualne składki PPK płacone przez pracownika. Dodatkowo wyjaśnił, że kwota brutto 35 zł/rbh oznaczałoby powiększenie tej kwoty jedynie o stawkę podatku VAT.

Wymaga wskazania, że w opisie tabelki Przystępujący użył sformułowania „Zakres prac (PLN netto)”, co wskazuje na odniesienie jedynie do wartości netto prac mechanicznych i prac elektrycznych, a nie do stawki roboczogodziny.

Odwołujący natomiast nie udowodnił, że powyższy koszt 35 zł/rbh brutto obejmujący wszystkie dodatkowe elementy kosztowe Przystępującego powiększony o stawkę podatku VAT jest zaniżony i nie jest możliwy do poniesienia w celu należytego wykonania zamówienia.

Z tego powodu rozważanie stawki roboczogodziny na poziomie około 50 zł brutto Izba uznała za bezprzedmiotowe.

Nadto, Izba uznała, że wykonawca nie musiał dokonywać kalkulacji na podstawie KNR i mógł zastosować kalkulację własną ceny oferty w oparciu o swoją wiedzę rynkową, a Zamawiający w tym zakresie nie wprowadził określonych wymagań.

Dodatkowo, Izba ustaliła, że Przystępujący do przedstawionej kalkulacji załączył powyższe oferty z rynku w celu potwierdzenia wiarygodności powyższych wyliczeń.

Po przeanalizowaniu powyższych wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego oraz załączonych do nich dowodów oraz nowych dowodów z ofert Izoinstalbud sp. z o.o., Neowat P. S., Therma-Klim sp. z o.o. sp.k., ZM technika sp. z o.o. sp.k., Izba doszła do przekonania, że były one wystarczające do udowodnienia braku wystąpienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny.

Reasumując, wyjaśnienia Przystępującego zawierały kalkulację składowych ceny pozwalających na ocenę kosztów objętych wątpliwościami Zamawiającego.

Ostatecznie, wymaga podkreślenia, że wyjaśnienia Przystępującego zawierają wskazanie kosztów osobowych, kosztów materiałów, które to elementy mają podstawowe znaczenie dla oceny możliwości wykonania zamówienia w sposób należyty.

Jednocześnie, Przystępujący dysponując oddziałem wraz z halą warsztatową i narzędziową na terenie zakładu EC Czechnica, w bezpośrednim sąsiedztwie kotłowni mógł się legitymować wyjątkowo sprzyjającymi warunkami wykonywania zamówienia dostępnymi dla wykonawcy wpływającymi na obniżenie ceny oferty.

Poza tym, za okoliczność nie przesądzającą o poziomie kosztów dotyczących tego zamówienia realizowanego obecnie, Izba uznała określone ceny powołane przez Odwołującego z kontraktu z 2020 r.

Zdaniem Izby – rażąco niska cena przedstawia wartość nierzeczywistą, oderwaną o cen rynkowych, poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, zaś powyższe wyjaśnienia Przystępującego mogły doprowadzić Zamawiającego do uznania jej za cenę rynkową.

W takim przypadku Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, 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.

W związku z tym – według zapatrywania Izby - Zamawiający mógł dokonać oceny zaoferowanej ceny i zawartych w niej kosztów w sposób wszechstronny, z należytą starannością, zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, co skutkuje również koniecznością przyjęcia, że w takich warunkach Przystępujący skorzystał z możliwości przeprowadzenia skutecznie postępowania dowodowego w trybie przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby – Zamawiający miał pełny obraz dotyczący zaoferowanej przez Przystępującego ceny, a wobec tego dokonana przez niego ocena wyjaśnień na podstawie przedstawionych niezbędných w tej sprawie dowodów złożonych, potwierdziła, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztów w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem Przystępujący skutecznie obalił domniemanie rażąco niskiej ceny.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstawy prawnej do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem wykonawca ten składając swoje wyjaśnienia wraz ze szczegółową kalkulacją ceny oraz dowodami wykazał, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z tych wszystkich powodów, Izba uznała, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo, w przekonaniu Izby Przystępujący w dacie składania oświadczenia JEDZ złożył oświadczenie o znanych mu okolicznościach związanych z podwykonawstwem. Dopiero na późniejszym etapie wskazał na możliwość skorzystania z konkretnych podwykonawców, co nie koliduje z prawem.

Jednocześnie Izba dostrzegła, że Zamawiający w pkt 13.1 SIWZ postanowił, że nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części Przedmiotu Zamówienia, a także przewidział w § 20.2.5 wzoru umowy dopuszczalność zmiany podwykonawcy.

Wobec tego zarzut naruszenia art.26 ust.3 i ust.4 oraz art.87 ust.1 dawnej ustawy Pzp zmierzający do naniesienia dodatkowych informacji w formularzu JEDZ należało uznać za bezzasadny.

Ostatecznie, Izba nie mogła rozpoznać rozszerzonej podstawy faktycznej zarzutu odwołania dotyczącej błędnego wyliczenia konkretnej pozycji tabeli cenowej, która została sformułowana już po wniesieniu odwołania w piśmie z dnia 8 czerwca 2021 r., bowiem na zasadzie art. 555 nowej ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....