

**Sygn. akt: KIO 624/19**

**WYROK**

**z dnia 25 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 kwietnia 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **5 kwietnia 2019 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) DGP Provider Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), Aleja Niepodległości 775/2, 81-805 Sopot, 2) DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 3) Seban Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice; 4) 7 MG Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica, 5) Elposerwis Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) Zawada 26, 28-230 Połaniec, 6) Phoenix Business Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Kalinowa 9, 41-707 Ruda Śląska; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Matbex Sp. z o. o., ul. Podmiejska 71, 44-200 Rybnik** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26.03.2019 r., jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazuje odrzucenie oferty: Matbex Sp. z o. o., ul. Podmiejska 71, 44-200 Rybnik na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 w zw. z art.**

**7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych z uwagi na potwierdzenie się zarzutów wskazanych w odwołaniu.**

2. kosztami postępowania obciąża **PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) DGP Provider Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), Aleja Niepodległości 775/2, 81-805 Sopot, 2) DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 3) Seban Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice; 4) 7 MG Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica, 5) Elposerwis Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) Zawada 26, 28-230 Połaniec, 6) Phoenix Business Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Kalinowa 9, 41-707 Ruda Śląska; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) DGP Provider Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), Aleja Niepodległości 775/2, 81-805 Sopot, 2) DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 3) Seban Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice; 4) 7 MG Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica, 5) Elposerwis Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) Zawada 26, 28-230 Połaniec, 6) Phoenix Business Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Kalinowa 9, 41-707 Ruda Śląska; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica** kwotę **19 716 zł 63 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemset szesnaście złotych sześćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Prace czyszczeniowe obiektów urządzeń produkcyjnych w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział w Rybniku”, Numer referencyjny: 1001134000; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.01.2019 r. pod nr 2019/S 005-008103 przez PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 26.03.2019 r. (umieszczając na Portalu Zakupowym Zamawiającego: <https://pgeenergiasp.pl/eb2b.com.pl>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – Matbex Sp. z o. o., ul. Podmiejska 71, 44-200 Rybnik zwana dalej: „Matbex Sp. z o. o.” albo „MATBEX” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – Konsorcjum Firm: 1) DGP Provider Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), Aleja Niepodległości 775/2, 81-805 Sopot, 2) DGP Clean Partner Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), 3) Seban Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice; 4) 7 MG Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Najświętszej Marii Panny 14, 59-220 Legnica, 5) Elposerwis Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) Zawada 26, 28-230 Połaniec, 6) Phoenix Business Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), ul. Kalinowa 9, 41-707 Ruda Śląska; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica zwane dalej: „Konsorcjum DGP” albo „Odwołującym”.

W dniu 05.04.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum DGP wniosło odwołanie na czynność z 26.03.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (umieszczając na Portalu Zakupowym Zamawiającego: <https://pgeenergiasp.pl/eb2b.com.pl>). Zarzucił naruszenie:

1) art. 90 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę w sytuacji, gdy:

- Wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i jej istotnych części składowych, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- Wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: zadeklarowaną przez Wykonawcę ilość pracowników przeznaczonych do realizacji zamówienia, pominięcie w cenie oferty kilku pozycji kosztowych, zadeklarowaną w ofercie wysokość pozycji kosztów,
- Wykonawca nie doszacował istotnej części składowej ceny tj. pozycji cenowych w formularzu cenowym, a w konsekwencji
- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcy mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, mimo iż Wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,

2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się poprzez:

- wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż Wykonawca nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, a w tym:
  - odrzucenie oferty Wykonawcy,
  - wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, ponadto wnoszę o:
- 4) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed KIO.

Przedmiotem zamówienia jest utrzymanie czystości w obrębie kotłowni, maszynowni, odpopielania, odżużlania, czystości przestrzeni ciągów podawania paliwa i innych obiektów i terenów produkcyjnych oraz utrzymanie drożności kanalizacji w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział w Rybniku. Pozostałe cele to:

- zwiększenie bezpieczeństwa personelu,
- zwiększenie niezawodności pracy urządzeń i instalacji oraz komfortu pacy,
- zmniejszenie ryzyka wystąpienia atmosfery wybuchowej w strefach zagrożonych wybuchem. Zadanie obejmuje obiekty produkcyjne, w które również wchodzi pomieszczenia

biurowe i sanitarne w obrębie budynków produkcyjnych, np. nastawnie, toalety, klatki schodowe maszynowni i kotłowni. Granicami prac w obrębie budynków są drzwi zewnętrzne budynków lub jeżeli budynek produkcyjny jest połączony z budynkiem administracyjnym lub innym nienależącym do części produkcyjnej, granicą będą drzwi przeciwpożarowe oddzielające strefy pożarowe budynku produkcyjnego od pozostałych budynków.

Ad. 1. Zestawienie treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” z treścią przedłożonej przez Wykonawcę oferty w szczególności z treścią wyjaśnień złożonych w toku postępowania prowadzi do wniosku, iż oferta złożona przez Wykonawcę zawiera rażąco niską cenę, przede wszystkim Wykonawcy nie udało się skutecznie obalić domniemania, iż cena jest rażąco niska. Na końcu prezentacji argumentacji faktycznej i prawnej znajdują się tabele obrazujące całość przedstawionych poniżej wywodów. W ślad za dyrektywa klasyczną 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, dalej: „dyrektywa klasyczna”) ustawa Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek uzyskania od wykonawców wyjaśnień ofert, w których zaproponowana cena lub koszt będzie wydawać się zamawiającemu rażąco niski w stosunku do odnośnych usług.

Z dniem 28.07.2016 r. brzmienie art. 90 Pzp, uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), zwanej dalej: „nowelizacją”. Regulacja prawna zawarta w ww. przepisie została uszczegółowiona oraz, co stanowi konsekwencje zmian w zakresie kryterium oceny ofert o charakterze stricte ekonomicznym, odnosi się obecnie również do kosztu. W omawianej kwestii wypowiedział się Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który w swojej opinii wskazał, iż:

■ *„Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Obowiązek żądania wyjaśnień aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wskazanych wątpliwości zatem zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz dowodów zależy, co do zasady, od oceny oferty przez zamawiającego.*

■ *Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawie wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia*

wyjaśniań co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. W świetle powyższego zatem zamawiający będzie miał obowiązek występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w sytuacji gdy zostanie stwierdzona rozbieżność pomiędzy ceną ofertową (kosztem) w ofercie wykonawcy a wyceną przedmiotu zamówienia dokonywaną przez zamawiającego z należytą starannością w konkretnych warunkach gospodarczych i konkretnych okolicznościach sprawy.

■ W świetle znowelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).

■ Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

■ W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10).

■ Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

■ W wyroku z 06.08.2015 r. (sygn. akt: KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15) KIO stwierdziła, że: „(...) nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”. Stanowisko to potwierdził też SO w Olsztynie, który w wyroku z 09.12.2010 r. (sygn. akt: V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.

■ Jednocześnie, należy zwrócić uwagę na zastrzeżenia poczynione przez KIO w odniesieniu do możliwości ponownego żądania wyjaśnień. Izba w swoim orzecznictwie (por. wyrok z 17.07.2015 r.; sygn. akt: KIO 1410/15, czy z 27.07.2015 r. sygn. akt: KIO 1479/15) niejednokrotnie wskazywała, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania.

■ Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę „na pierwsze wezwanie”.

■ Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiązał jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp, ciężaru dowodu.”

Przenosząc powyższe uwagi na grunt przedmiotowego postępowania, należy wskazać, iż Zamawiający pismem z 25.02.2019 r., wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, „w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, kosztów zatrudnienia”. W dniu 28.02.2019 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia. Odwołujący zarzuca, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę są nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne, w tym - ze względu na poziom ich ogólności - odnoszą się w dużej mierze nie tylko do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, ale i do innych postępowań, w których Wykonawca bierze udział,

wobec czego Zamawiający nie był uprawniony przyjąć na ich podstawie, że zaoferowana przez Wykonawcę w tym postępowaniu cena ma charakter rynkowy.

W świetle wyroku KIO z 22.01.2018 r., sygn. akt: KIO 13/18: *"W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie stwierdza się, że wyjaśnienia, składane w trybie art. 90 ust 1 p.z.p., muszą być szczegółowe i wyczerpujące. Jeżeli są ogólnikowe i lakoniczne - wówczas przyjmuje się, że w ogóle nie zostały złożone - "wyjaśnienia w takim kształcie, jak zostały złożone, nie pozwalają na rozwianie wątpliwości, że zaoferowana cena w ofercie przystępującego wynika z nieoszacowania warunków sprawowania nadzoru w stosunku zakresu prac objętych nadzorem i czasu trwania usługi oraz obciążenia wykonawcy wszelkimi kosztami materiałowymi i logistycznymi sprawowania tej funkcji, co z mocy domniemania, wynikającego z faktu wezwania do wyjaśnień prowadzi do wniosków, iż zaoferowana cena pozostaje rażąco niska. Izba oceniła wyjaśnienia przystępującego, jako na tyle ogólne, że nie można uznać, że Wykonawca przedłożył wyjaśnienia i dowody dające podstawę do dokonania oceny czy cena jest rażąco niska, co z mocy art. 90 ust 3 p.z.p., na równi z potwierdzeniem się wprost okoliczności rażąco niskiej ceny - obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia są niepełne i nie pozwalają z całą pewnością uznać ceny oferty za realną, za którą dany wykonawca może w sposób prawidłowy zrealizować zamówienie."* (KIO 1363/13). Jak z powyższego wynika to w interesie samego Wykonawcy jest złożenie kompletnych wyjaśnień potwierdzonych dowodami. Wskazał również, że zgodnie z wyrokiem z 07.03.2017 r., sygn. akt: KIO 272/17: *"Brak udzielenia wyjaśnień, to zarówno sytuacja gdy wykonawca nie udziela wyjaśnień traktując milcząco wezwanie zamawiającego, a także, gdy udziela wyjaśnień pozornych, niewłaściwych, nie odpowiadających treści wezwania zamawiającego"*.

Zamawiający jest zobowiązany do żądania od wykonawcy stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny lub kosztu (albo ich istotnych części). Obowiązkiem wykonawcy jest rozwianie tych wątpliwości przez przedstawienie precyzyjnych wycień lub konkretnych dokumentów, z których wynikać będzie realność zaoferowanej ceny lub kosztu. Szczegółowość wyjaśnień wykonawcy niejednokrotnie była przedmiotem orzekania KIO m.in.

■ wyrok z 24.01.2017 r. sygn. akt: KIO 40/17: *"(...) dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę. Nie sposób ocenić, czy przyjęte stawki są stawkami realnymi, skoro nie zostały one poparte żadnymi dowodami. (...) Dodowami takimi mogą być umowy z dostawcami, faktury i rachunki potwierdzające koszty wykorzystywanych mediów, umowy o pracę z zatrudnionymi pracownikami, listy płac i wiele innych. Wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych ocena zasadności przyjętych wartości jest po prostu niemożliwa"*.

■ wyrok z 30.11.2015 r. sygn. akt: KIO 2528/15: „Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienie od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 59/09). Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Zauważyć należy, iż wezwanie to nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający, oceniając, czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnym, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały”,

■ wyrok z 13.10.2014r., sygn. akt: 2031/14 „złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp”,

■ wyrok z 25.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1561/14, 1577/14 „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny, oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Nie jest przy tym wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską”.

Mając na uwadze dotychczasowe doświadczenia Odwołującego jak i orzecznictwo KIO, wskazać należy, że od Wykonawcy oczekiwać należało przedstawienia szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej, popartej dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów ujętych w tej kalkulacji i poprawność założeń przyjętych na potrzeby jej dokonania. Samo rozbitcie ceny ofertowej na kilka składowych, nie pokazujące mechanizmu i uzasadnienia dla takiego poziomu kosztów nie spełnia wymogów stawianych wyjaśnieniom z art. 90 ust. 1 Pzp wskazanych na wstępie. Nie jest także wystarczające przedstawienie przez Wykonawcę ogólnej informacji przykładowo o realizowanych kontraktach na rzecz innych zamawiających. Każdy z tych elementów w wyjaśnieniach Wykonawcy - powinien zostać przełożony na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności, jakie z tego tytułu udało się osiągnąć Wykonawcy. Wyjaśnienia poparte powinny zostać precyzyjnymi kalkulacjami ceny

ofertowej popartej dowodami wskazującymi na rynkowy charakter kosztów ujętych w tej kalkulacji i poprawność założeń przyjętych na potrzeby jej dokonania. Każdy z tych elementów powinien zostać przełożony na konkretną wartość liczbową, tj. na wysokość oszczędności, jakie z tego tytułu udało się osiągnąć wykonawcy. Tymczasem Wykonawca opisuje, iż „cena oferty Wykonawcy stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia” jednakże w żadnym punkcie wyjaśnień nie przedstawia szczegółowej kalkulacji „sprzyjających i dostępnych warunków cenotwórczych”. Opisuje tylko jakie to posiada umowy z dostawcami, innymi klientami, nie przedstawia jednak żadnych konkretnych liczb pozwalających Zamawiającemu na dokonanie samodzielnej oceny czy mamy do czynienia ze „sprzyjającymi i dostępnymi warunkami cenotwórczymi” np. poprzez pokazanie odpisów amortyzacyjnych czy odległości w kilometrach poszczególnych klientów Wykonawcy. Najważniejsze zaś Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie przedstawionych twierdzeń. Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym w konsekwencji nie obalił domniemania iż cena przez niego zaoferowana jest rażąco niska. W zakresie wyjaśnień dotyczących realizacji innego kontraktu na rzecz PGE ENERGIA CIEPŁA S.A. co ułatwia rozruch i skutkuje obniżeniem kosztów organizacyjnych i administracyjnych, a także pozwala na skorzystanie po części z zaplecza sprzętowego osobowego jaki Wykonawca będzie posiadał na terenie zakładu, należy wskazać iż Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie żadnych konkretnych wartości liczbowych obrazujących poniesione „oszczędności”. Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nie można czynić oszczędności w ramach jednego kontraktu poprzez ujęcie kosztów w innym kontrakcie, każda z umów musi posiadać skalkulowanie pełnych kosztów realizacji.

Ponadto w zakresie kosztu zakupu środków czystości odzieży i środków bhp, posiadanego sprzętu, amortyzacji i materiałów eksploatacyjnych nie przedstawił dowodów w postaci np. umów z dostawcami środków czystości, sprzętu, materiałów obrazujących wysokość posiadanych rabatów, faktur potwierdzających cenę zakupionych środków, odzieży i środków bhp, sprzętu, a w przypadku argumentu w przedmiocie amortyzacji - poza fakturami, dokumentów księgowych pokazujących dokonywane odpisy amortyzacyjne. Nie przedstawił umów z innymi podmiotami obsługiwanymi w tym rejonie w czasie realizacji usługi objętej przedmiotowym postępowaniem, które to dokumenty uwiarygadniałyby twierdzenie o obniżonym koszcie logistyki, transportu i koordynacji. Brak jest również przedłożenia wraz z wyjaśnieniami zapisów księgowych magazynowych obrazujących posiadane zapasy w ujęciu ilościowym w rozbiciu na poszczególne zamówienia realizowane w tym czasie na rzecz innych podmiotów. W tym aspekcie podnieść należy, że idąc tokiem rozumowania przedstawionym w wyjaśnieniach, Wykonawca musiałby mieć zakupione

i zmagazynowane środki na 12 miesięcy trwania kontraktu, założenie nierealne z punktu widzenia doświadczenia i wiedzy w branży usług sprzątanía. Reasumując powyższy wątek rozważań podniósł, iż w wyjaśnieniach brak szczegółowych informacji na temat szczegółów ponoszonych przez Wykonawcę kosztów, przede wszystkim zaś dowodów na poprawność przyjętych w wyjaśnieniach wartości (np. w postaci ofert dostawców materiałów, stanów magazynowych z zapasami w ujęciu na poszczególne kontrakty, itp.), wyjaśnienia te pozostają wyjaśnieniami lakonicznymi, a Wykonawca nie podołał spoczywającemu na nim po myśli art. 90 ust. 2 Pzp ciężarowi dowodu.

Podniósł, że Wykonawca nie znajduje się w wyjątkowo korzystnej sytuacji, która uzasadniałaby zaoferowanie aż tak niskiej ceny ofertowej, np. oceniając to względem Odwołującego. Nadto, szereg kosztów, jakie wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu będą musieli ponieść wynika wprost z zapisów SIWZ i obowiązujących przepisów prawa (koszty zatrudnienia) i wykonawcy nie mają możliwości poczynienia w tym zakresie zbyt daleko idących oszczędności. Należałoby w związku z tym postawić pytanie, co w istocie różnicuje sytuację wykonawców, jak okoliczność ta przekłada się na koszty realizacji zamówienia i - co najważniejsze - czy istnienie tej przewagi konkurencyjnej Wykonawcy względem Odwołującego (i innych wykonawców<sup>1</sup>) zostało przez Zamawiającego zbadane. Kalkulacja ceny oferty zawsze powinna dotyczyć realizacji pełnego zakresu usługi, tym samym uwzględniać szereg czynników cenotwórczych wynikających z wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ. Poniżej wskazano jakie kluczowe czynniki cenotwórcze należało mieć na uwadze kalkulując cenę oferty w odniesieniu do pełnego zakresu oraz katalogu czynności wymaganych w dokumentacji przetargowej. Odwołujący zarzucił, że tak się nie stało, bowiem Wykonawca - poza wskazaniem kilku ogólnie opisanych okoliczności sprzyjających obniżeniu kosztów realizacji zamówienia i przedstawieniu najpewniej uproszczonej kalkulacji ceny ofertowej - w zasadzie nie przedstawił żadnych konkretnych dowodów potwierdzających poprawność swoich założeń.

Na podstawie przesłanych przez Wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty przedłożonej w niniejszym postępowaniu Odwołujący dokonał analizy poszczególnych elementów kosztowych. W ocenie Odwołującego powyższa analiza prowadzi do wniosku, iż:

1. informacje, które przekazuje Wykonawca są wewnętrznie sprzeczne:

a) z jednej strony Wykonawca określił, iż w chwili składania oferty posiada zmagazynowane zapasy środków czystości oraz odzieży i środków bhp niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. W dalszej części informuje, iż będzie korzystał z rabatów i upustów na zakup materiałów co zaprzecza informacji wcześniejszej tj. że ma zmagazynowane zapasy środków czystości oraz odzieży i środków bhp. Jednocześnie nawet zakładając, iż posiada zapasy

środków czystości, odzieży i środków bhp to w pozycji kosztowej niniejszego kontraktu powinien ująć koszt magazynowania ww. środków i odzieży. Dodatkowo, co zostało już wskazane powyżej Wykonawca nie pokazał w ujęciu kosztowym wielkości tych zapasów, w szczególności w odniesieniu na poszczególne realizowane przez siebie kontrakty. Nie ma bowiem pewności, że jeżeli nawet posiada zapasy magazynowe to zostaną one wykorzystane na potrzeby tego właśnie kontraktu.

b) Wykonawca stwierdza, iż „posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem lub zakupem sprzętu (pkt 7 wyjaśnień). Jednocześnie w punkcie 9 wyjaśnień informuje, iż korzysta z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów i sprzętu. Powyższe zaprzecza informacji z punktu 7 wyjaśnień. Jeżeli nawet Wykonawca posiada sprzęt przedstawiony w wyjaśnieniach ceny nie przedstawił kosztów związanych z eksploatacją tego sprzętu np. kosztów paliw, części zamiennych.

2. Kalkulacja kosztów przedstawiona przez Wykonawcę w wyjaśnieniach ceny zawiera szereg błędów:

a. Tabela w dwóch miejscach przedstawia różne ilości pracowników jakie Wykonawca przewidział do realizacji tj. w wierszu „pracownicy pełny koszt pracodawcy” Wykonawca wskazuje 25 osób a następnie w wierszu koszt administracyjny na 1 pracownika + koszt pośrednie wskazuje 20 pracowników,

b. W wierszu o nazwie Pomieszczenie techniczne został wskazany koszt 1800 zł ilość 1 wobec czego koszt miesięczny netto winien być 1800,00 zł a nie 21600,00 zł

c. W wierszu o nazwie „opróżnianie zbiorników szamba itp.” została wskazana ilość 1, koszt miesięczny netto 50000,00 zł i koszt roczny również 50000,00 zł. Zamawiający otrzymując takie zestawienie nie wie czy wskazany koszt jest kosztem miesięcznym czy rocznym. I tu możemy rozważyć trzy opcje :

- Jeżeli Wykonawca miał na myśli że raz do roku opróżni zbiorniki szamba itp. za kwotę netto 50000,00 zł to w pozycji razem mc netto winien napisać „nie dotyczy” tak jak to uczynił w pozycji „doszkalanie pracowników” zostawiając koszt roczny 50000,00 zł. Ponadto o czym będzie mowa poniżej nie jest możliwe zgodnie z postanowieniami SIWZ założenie ? wykonania ww. czynności jedynie raz w roku,

- Jeżeli Wykonawca miał na myśl i, że koszt miesięczny utylizacji opróżniania zbiorników szamba wyniesie 50 000,00 zł netto to wartość roczna winna wynosić 60 0000,00 zł co w konsekwencji sprawia że suma kosztów nie da nam ceny ofertowej Wykonawcy,

• Jeżeli Wykonawca miał na myśli, iż kwota 50 000 zł to koszt roczny utylizacji opróżnienia zbiorników szamba to wartość miesięczna wyniosłaby 4 167,00 zł - pozycja zdecydowanie niedoszacowana.

3. Wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji kosztów następujących pozycji:

- a) kosztów magazynowania środków czystości, odzieży i środków bhp,
- b) kosztów materiałów eksploatacyjnych sprzętu w szczególności: kosztów paliwa, części zamiennych,
- c) kosztów materiałów higienicznych, dodatkowo oprócz środków czystości, które są niezbędne do realizacji usługi, Wykonawca ma zabezpieczyć Zamawiającego w materiały higieniczne. Wykonawca w kalkulacji ceny nie uwzględnił istotnego elementu kosztowego jakim są wspomniane wyżej poszczególne materiały higieniczne, które nie można przypisać do żadnej pozycji kosztowej przedstawionej w wyjaśnieniach ceny Wykonawcy. Dodatkowo należy podkreślić, iż Wykonawca musiałby posiadać zapas środków i materiałów w takiej ilości aby zabezpieczyć 12 miesięcy trwania kontraktu,
- d) kosztów wynajmu szatni pracowników - Zamawiający określił, iż Wykonawca poniesie koszty szatni z łaźnią - 1 szafka 59,32 netto/miesiąc,
- e) kosztów dzierżawy pomieszczeń magazynu - Zamawiający określił, iż Wykonawca poniesie koszty udostępnienia pomieszczeń magazynowych: 14 zł netto za 1m<sup>2</sup>/miesiąc (ogrzewane), 10 zł netto za 1m<sup>2</sup>/miesiąc (nieogrzewane),
- f) kosztów wynajmu sprzętu WUKO - jest to sprzęt niezbędny do wykonania zamówienia, co znamienne nie został wskazany przez Wykonawcę w oświadczeniu Wykonawcy o dysponowaniu narzędziami w części Wykaz sprzętu przeznaczonego do wykonywania prac czyszczeniowych. Konieczność użycia w/w sprzętu wynika z pozycji 483 formularza cenowego pod nazwą: Opróżnianie kanalizacji w obrębie obiektów produkcyjnych urządzenia WUKO z obsługą, gdzie wskazano szacunkową ilość maszynogodzin tj. 360 w trakcie obowiązywania umowy.

Analiza formularza cenowego prowadzi do wniosku, iż pozycje kosztowe są niedoszacowane:

- a) poz. 138 Oczyszczalnia ścieków wraz z osadnikami I. osadniki prostokątne - piaskowniki a. czyszczenie osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt. 1,
- b) poz. 141 Oczyszczalnia ścieków wraz z osadnikami 2. osadniki wstępne I a. czyszczenie osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt. 2,
- c) poz. 144 Oczyszczalnia ścieków wraz z osadnikami 2. osadniki wyrównawcze I a. czyszczenie osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt. 3,
- d) poz. 147 Oczyszczalnia ścieków wraz z osadnikami 2. osadniki wyrównawcze I a. czyszczenie osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt. 4,

Poniżej przedstawiono w odwołaniu tabele zawierającą niedoszacowane pozycje formularza cenowego Matbex Sp. z o.o. wraz z zestawione z prawidłowo oszacowanymi kosztami.

Odwołujący przedstawił poniżej szczegółowe uzasadnienie danych zaprezentowanych powyżej w zakresie poszczególnych pozycji Formularza cenowego.

Niedoszacowane pozycje dot. oczyszczalni ścieków wraz z osadnikami:

1. Osadniki prostokątne- piaskowniki

a. Czyszczenie osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt 1 (poz. formularza cenowego 138)

Zamawiający w formularzu cenowym określił wymiary osadnika oraz jego powierzchnie i na tej podstawie została określona minimalna wielkość osadu do usunięcia. Cena za wywóz załadunku została określona na podstawie zebranych ofert od firm zajmujących się utylizacją odpadów. Bazując na własnym doświadczeniu w realizacji w/w usług minimalny czas, niezbędny do usunięcia w/w osadu przy użyciu technologii ładowarki próżniowej to 10,8 godzin (wydajność ładowarki próżniowej to 5 ton na godzinę). Dodatkowo minimalna ilość osób niezbędna do wykonania niniejszej usługi to 4 pracujących przez 10,8 godzin co daje łącznie 43 rbg. W/w osoby muszą posiadać odpowiednie uprawnienia. Koszt pracy przyjęto średnio 30zł/rbg. Na tej podstawie określono minimalne koszty niezbędne do wykonania niniejszej usługi:

<b>Odpad: 19 08 02 Zawartość piaskowników</b>			
Powierzchnia osadnika		1 800	m <sup>2</sup>
Grubość warstwy osadu min.		3	cm
Ilość osadu do usunięcia		54	m <sup>3</sup>
Technologia: ładowarka próżniowa			
Czas pracy ładowarki (wydajność 5 ton na godzinę)		10,8	godzin
Ilość osadu do usunięcia (1,5 tony na 1m <sup>3</sup> )		81	ton
Cena za utylizację osadu - kod 19 08 02		120	zł/tonę
KOSZTY UTYLIZACJI ODPADÓW		9 720	Zł
Ilość roboczogodzin ( 4 pracowników)		43	rbg
Cena rbg		30	Zł/rbg
Koszt rbg		1 296	zł

Powyższe wskazuje, iż koszt wykonania usługi czyszczenia osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt 1 (pozycja formularza cenowego 138) winien wynosić co najmniej 14964,36 zł. Natomiast Matbex Sp. z o.o. zaproponował wartość usługi na poziomie

376,00 zł. Wskazujemy, iż wartość ta nie pokrywa chociażby kosztu utylizacji odpadu, który dla w/w osadnika wynosi 9720,00 zł. Dodatkowo wskazujemy, iż Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 7 z 29.01.2019r., które dotyczyło pozycji formularza cenowego nr 137, 141, 144, 147 stwierdza, iż „Zgodnie z zapisem Specyfikacji Technicznej, koszty transportu, wywozu i utylizacji odpadów są po stronie Wykonawcy”.

## 2. Osadniki wstępne I

a. czyszczenie osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt. 2 (poz. formularza cenowego 141)

Zamawiający określił w formularzu cenowym wymiary osadnika oraz jego powierzchnie na tej podstawie została określona minimalna wielkość osadu do usunięcia. Cena za wywóz załadunku została określona na podstawie zebranych ofert od firm zajmujących się utylizacją odpadów. Bazując na własnym doświadczeniu w realizacji w/w usług minimalny czas niezbędny do usunięcia w/w osadu przy użyciu technologii ładowarki próżniowej to 3,54 godzin (wydajność ładowarki próżniowej to 5 ton na godzinę). Dodatkowo minimalna ilość osób niezbędna do wykonania niniejszej usługi to 4 pracujących przez 3,54 godzin co daje łącznie 14 rbg. W/w osoby muszą posiadać odpowiednie uprawnienia. Koszt pracy przyjęto średnio 30zł/rbg. Na tej podstawie określono minimalne koszty niezbędne do wykonania niniejszej usługi:

<b>Odpad: 19 08 05 Ustabilizowane komunalne osady ściekowe</b>			
Powierzchnia osadnika		590	m <sup>2</sup>
Grubość warstwy osadu min.		3	cm
Ilość osadu do usunięcia		17,7	m <sup>3</sup>
Technologia: ładowarka próżniowa			
Czas pracy ładowarki (wydajność 5 ton na godzinę)		3,54	godzin
Ilość osadu do usunięcia (1,5 tony na 1m <sup>3</sup> )		26,55	ton
Cena za utylizację osadu kod 19 08 05		160	zł/tonę
KOSZTY UTYLIZACJI ODPADÓW		4 248	Zł.
Ilość roboczogodzin ( 4 pracowników)		14	rbg
Cena rbg		30	zł/rbg
Koszt rbg		425	zł

Powyższe wskazuje, iż koszt wykonania usługi czyszczenia osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt. 2 (poz. formularza cenowego 141) winien wynosić co najmniej 4850,00 zł. Matbex Sp. z o.o. zaproponował wartość usługi na poziomie 376,00 zł. Wskazujemy, iż wartość ta nie pokrywa chociażby kosztu utylizacji odpadu, który dla w/w osadnika wynosi 4248,00 zł. Dodatkowo wskazujemy, iż Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 7 z 29.01.2019r., które dotyczyło poz. formularza cenowego nr 137, 141, 144, 147

stwierdza, iż „Zgodnie z zapisem Specyfikacji Technicznej, koszty transportu, wywozu i utylizacji odpadów są po stronie Wykonawcy”.

3. Osadniki wyrównawcze I

b. czyszczenie osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt 3 (poz. formularza cenowego 144)

Zamawiający określił w formularzu cenowym wymiary osadnika oraz jego powierzchnie na tej podstawie została określona minimalna wielkość osadu do usunięcia. Cena za wywóz załadunku została określona na podstawie zebranych ofert od firm zajmujących się utylizacją odpadów. Bazując na własnym doświadczeniu w realizacji w/w usług minimalny czas niezbędny do usunięcia w/w osadu przy użyciu technologii ładowarki próżniowej to 20,16 godzin (wydajność ładowarki próżniowej to 5 ton na godzinę). Dodatkowo minimalna ilość osób niezbędna do wykonania niniejszej usługi to 4 pracujących przez 20,16 godzin co daje łącznie 81rbg. W/w osoby muszą posiadać odpowiednie uprawnienia. Koszt pracy przyjęto średnio 30zł/rbg. Na tej podstawie określono minimalne koszty niezbędne do wykonania niniejszej usługi:

<b>Odpad: 19 08 05 Ustabilizowane komunalne osady ściekowe</b>			
Powierzchnia osadnika		3 360	m <sup>2</sup>
Grubość warstwy osadu min.		3	cm
Ilość osadu do usunięcia		100,8	m <sup>3</sup>
Technologia: ładowarka próżniowa			
Czas pracy ładowarki (wydajność 5 ton na godzinę)		20,16	godzin
Ilość osadu do usunięcia (1,5 tony na 1m <sup>3</sup> )		151,2	ton
Cena za utylizację osadu kod 19 08 05		160	zł/tonę
KOSZTY UTYLIZACJI ODPADÓW		24 192	Zł
Ilość roboczogodzin ( 4 pracowników)		81	rbg
Cena rbg		30	zł/rbg
Koszt rbg		2 419	zł

Powyższe wskazuje, iż koszt wykonania usługi czyszczenia osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt 3 (poz. formularza cenowego 144) winien wynosić co najmniej 27500,00 zł. Matbex Sp. z o.o. zaproponował wartość usługi na poziomie 376,00 zł. Wskazujemy, iż wartość ta nie pokrywa chociażby kosztu utylizacji odpadu, który dla w/w osadnika wynosi 24192,00 zł. Dodatkowo wskazujemy, iż Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 7 z dnia 29.01.2019r., które dotyczyło poz. formularza cenowego nr 137, 141, 144, 147 stwierdza, iż „Zgodnie z zapisem Specyfikacji Technicznej, koszty transportu, wywozu i utylizacji odpadów są po stronie Wykonawcy”.

4. Osadniki wyrównawcze I

a. czyszczenie osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt 4 (poz. formularza cenowego 147)

Zamawiający określił w formularzu cenowym wymiary osadnika oraz jego powierzchnie na tej podstawie została określona minimalna wielkość osadu do usunięcia. Cena za wywóz załadunku została określona na podstawie zebranych ofert od firm zajmujących się utylizacją odpadów. Bazując na własnym doświadczeniu w realizacji w/w usług minimalny czas niezbędny do usunięcia w/w osadu przy użyciu technologii ładowarki próżniowej to 15 godzin (wydajność ładowarki próżniowej to 5 ton na godzinę). Dodatkowo minimalna ilość osób niezbędna do wykonania niniejszej usługi to 4 pracujących przez 15 godzin co daje łącznie 60rbg. W/w osoby muszą posiadać odpowiednie uprawnienia. Koszt pracy przyjęto średnio 30zł/rbg. Na tej podstawie określono minimalne koszty niezbędne do wykonania niniejszej usługi:

<b>Odpad: 19 08 05 Ustabilizowane komunalne osady ściekowe</b>			
Powierzchnia osadnika		2 500	m <sup>2</sup>
Grubość warstwy osadu min.		3	cm
Ilość osadu do usunięcia		75	m <sup>3</sup>
Technologia: ładowarka próżniowa			
Czas pracy ładowarki (wydajność 5 ton na godzinę)		15	godzin
Ilość osadu do usunięcia (1,5 tony na 1m <sup>3</sup> )		112,5	ton
Cena za załadunek, transport i utylizację osadu kod 19 08 05		160	zł/tonę
KOSZTY UTYLIZACJI ODPADÓW		18 000	Zł
Ilość roboczogodzin ( 4 pracowników)		60	rbg
Cena rbg		30	zł/rbg
Koszt rbg		1 800	Zł

Powyższe wskazuje, iż koszt wykonania usługi czyszczenia osadników (z szlamów, nanosów, mułów itp.) dla pkt 4 (poz. formularza cenowego 147) winien wynosić co najmniej 20000,00 zł. Matbex Sp. z o.o. zaproponował wartość usługi na poziomie 376,00 zł. Wskazujemy, iż wartość ta nie pokrywa chociażby kosztu utylizacji odpadu, który dla w/w osadnika wynosi 18000,00 zł. Dodatkowo wskazujemy, iż Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 7 z 29.01.2019r., które dotyczyło poz. formularza cenowego nr 137, 141, 144, 147 stwierdza, iż „Zgodnie z zapisem Specyfikacji Technicznej, koszty transportu, wywozu i utylizacji odpadów są, po stronie Wykonawcy”.

W dalszej kolejności wskazał, iż z wyjaśnień ceny nie wynika jednoznacznie liczba pracowników jaką Wykonawca przewidział do realizacji przedmiotu zamówienia. W kalkulacji kosztów załączonych do wyjaśnień ceny z 28.02.2019 r. w poz. nr 1 wskazano 25 pracowników, natomiast w poz. nr 3 - 20 pracowników.

Nadto, bez względu na to którą ilość pracowników z ww. przewiduje Wykonawca, Odwołujący jako obecny wykonawca niniejszej usługi z doświadczenia wskazuje, iż ilość ta nie pozwala na rzetelną realizację usługi zgodnie z przedmiotem zamówienia a minimalna ilość to 35 pracowników. Zamawiający nie narzucał organizacji pracy ale narzucił w pkt 15 SIWZ ppkt 15.6.3.2, iż Wykonawca musi dysponować pracownikami o następujących uprawnieniach:

- 4 osoby posiadające świadectwo klasyfikacyjne typu „D” gr. I pkt.: 1,2, 3 (bez ograniczeń napięcia), 9, 10, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. *„w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci”* (Dz.U. Nr 89 poz. 828 z dnia 21 maja 2003 r).
- 4 osoby posiadające świadectwo klasyfikacyjne typu „D” gr. II pkt.: 1, 3, 8, 10 zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. *„w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci”* (Dz.U. Nr 89 poz. 828 z dnia 21 maja 2003 r).
- 8 osób posiadające świadectwo klasyfikacyjne typu „E” gr. I pkt.: 1, 2, 3 (bez ograniczeń napięcia), 9,10 zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. *„w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci”* (Dz.U. Nr 89 poz. 828 z dnia 21 maja 2003 r).
- 8 osób posiadające świadectwo klasyfikacyjne typu „E” gr. II pkt.: 1, 3, 8, 10 zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. *„w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci”* (Dz.U. Nr 89 poz. 828 z dnia 21 maja 2003 r),
- 10 osób posiadających przeszkolenie w zakresie stref wybuchowych Ex.

Łącznie 34 osoby.

Reasumując całość poczynionych powyżej uwag w ujęciu tabelarycznym, przedstawiają się one następująco: Kolorem żółtym wskazano prawidłową wartość poszczególnych kosztów.

Kolorem żółtym wskazano prawidłową wartość poszczególnych kosztów.

\*w tej pozycji Odwołujący z trzech możliwych opcji opisanych we wcześniejszej części odwołania, wybrał opcję najkorzystniejszą dla Wykonawcy

<b>Koszta Stałe Prace Czystościelskie obiektów i urzędzeń produkcyjnych w PGE EC S.A. RYBNIK S.A.</b>				
	<b>Jednostka netto</b>	<b>Ilość</b>	<b>Razem netto</b>	<b>MC Razem ROK</b>
Pracownicy Pełny Koszt Pracodawcy	4 500,00 zł	25	112 500,00 zł	1 350 000,00 zł
	4 500,00 zł	35	157 500,00 zł	1 890 000,00 zł
Nadzór	10 000,00 zł	1	10 000,00 zł	120 000,00 zł
Koszt administracyjny na 1 pracownika + Koszt pośrednie	567,00 zł	20	11 340,00 zł	136 080,00 zł
	567,00 zł	35	19 845,00 zł	238 140,00 zł
Pomieszczenia techniczne	1 800,00 zł	1	21 600,00 zł	259 200,00 zł
	1 800,00 zł	1	1 800,00 zł	21 600,00 zł
Sprzęt eksploatacyjny	6 000,00 zł	1	6 000,00 zł	72 000,00 zł
Narzędzia	2 000,00 zł	1	2 000,00 zł	24 000,00 zł
Opróżnianie Zbiorników Szamba itp.	50 000,00 zł	1	50 000,00 zł	50 000,00 zł
	50 000,00 zł *	1	4166,67 zł	50 000,00 zł
Doszkalanie pracowników	500,00 zł	60	ND	30 000,00 zł
<b>RAZEM KOSZTY MIESIĘCZNE</b>				170 106,67 zł
<b>RAZEM KOSZTY</b>				2 041 280,00 zł
	<b>Wartość przychodu netto</b>	<b>2 177 851,10 zł</b>	<b>Koszt roczny</b>	<b>2 041 280,00 zł</b>
	<b>Prawidłowa wartość przychodu</b>			<b>2 445 740,00 zł</b>
Nieuwzględnione koszty				
Koszt szatni pracowników	59,32 zł	35	2 076,20 zł	24 914,40 zł
Materiały higieniczne, koszt magazynowania środków czystości odzieży i środków bhp	3000,00 zł	1	3 000,00 zł	36 000,00 zł
Koszty eksploatacyjne np. paliwo	2000,00 zł	1	2 000,00 zł	24 000,00 zł
Wynajem sprzętu wuko	7050,00 zł	1	7 050,00 zł	84 600,00 zł
				169 514,40 zł
	<b>Prawidłowa wartość przychodu plus nieuwzględnione koszty</b>			<b>2 615 254,40 zł</b>

Brak skalkulowania wszystkich kosztów oraz kalkulacja kosztów opisanych przez Wykonawcę na założonym poziomie spowoduje, poszukiwanie na etapie realizacji zamówienia „oszczędności” kosztem jakości świadczonych usług a nawet konieczności zaprzestania wykonywania umowy.

Przypomnieć należy natomiast, że momentem, w którym Wykonawca winien wyjaśnić szczegóły kalkulacji i przyjęte założenia, zarówno co do ceny, jak też sposobu wykonania zamówienia, jest moment prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

To Zamawiający ma otrzymać na tyle wiarygodne i szczegółowe informacje, które pozwolą ustalić, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, czy też nie. Wszelkie dowodzenie i składanie wyjaśnień w postępowaniu odwoławczym przed Izbą należy uznać za spóźnione. W trakcie postępowania odwoławczego możliwe jest uzupełnienie informacji przekazanych Zamawiającemu w niewielkim zakresie. Nie jest natomiast możliwe wskazywanie na konkretne okoliczności, które przełożyły się na cenę oferty, ale Wykonawca nie wspominał o nich w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu.

Treść złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień wskazuje na niewiedzę Wykonawcy w zakresie rygorów rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i momentem w którym każdy wezwany wykonawca zobowiązany jest do wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Ustawodawca wprost literalnie formułuje obowiązek przedstawienia w tym zakresie dowodów. Znamienne jest, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień wyraźnie wskazał iż oczekuje od Wykonawcy nie tylko udzielenia wyjaśnień, „w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, kosztów zatrudnienia”. Nie będzie innego momentu badania i oceny ofert w toku trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w którym Wykonawca będzie miało możliwość przedstawienia dowód na potwierdzenie poprawności zaoferowanej ceny, w szczególności nie będzie to możliwe po etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Najważniejsze zaś Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie przedstawionych twierdzeń. Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym w konsekwencji nie obalił domniemania iż cena przez niego zaoferowana jest rażąco niska.

W ocenie Odwołującego Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, mimo iż Wykonawca, nie przedstawiając szczegółowych kalkulacji oraz dowodów na poparcie twierdzeń - nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.

Reasumując podniósł, że Wykonawca nie znajduje się w wyjątkowo korzystnej sytuacji, która uzasadniałaby zaoferowanie tak niskiej ceny ofertowej, np. oceniając to względem Odwołującego. Odwołujący zarzuca, że Wykonawca poza wskazaniem kilku ogólnie opisanych okoliczności sprzyjanych obniżeniu kosztów realizacji zamówienia i przedstawieniu uproszczonej kalkulacji ceny ofertowej - w zasadzie nie przedstawił żadnych konkretnych dowodów potwierdzających poprawność swoich założeń. Odwołujący wskazuje, że nie sposób przyjąć, by wyjaśnienia Wykonawcy mogły wyeliminować wątpliwości Zamawiającego co do rażąco niskiego charakteru ceny ofertowej Wykonawcy.

Uprzedzając ewentualną argumentację, Odwołujący wskazuje dodatkowo, że na gruncie art. 90 ust. 1 Pzp nie ma obowiązku wielokrotności wyjaśnień ceny danego wykonawcy. Kolejne wezwanie może więc służyć jedynie doprecyzowaniu złożonych wyjaśnień, czy też wyjaśnieniu niejasności, jakie powstały na tle złożonych przez wykonawcę w „pierwotnych” wyjaśnieniach dokumentów, stanowisk. W niniejszej sprawie Wykonawca nie skorzystał z możliwości złożenia odpowiednich wyjaśnień, a co za tym idzie w tej sytuacji nie sposób znaleźć uzasadnienia dla kierowania do niego kolejnego, uzupełniającego wezwania. Takie wezwanie służyłoby wyłącznie obejściu dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp. Innymi słowy, ponowne wezwanie winno służyć doprecyzowaniu wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, nie może zaś stanowić, wobec sankcji z art. 90 ust. 3 Pzp, czynności sanującej bierność Wykonawcy na etapie składania pierwotnych wyjaśnień, tj. bierność w wyjaśnieniu podstawowych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Ad. 2. Wszystkie wskazane powyżej uchybienia Zamawiającego polegające na niezgodnych z przepisami czynnościach Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz zaniechaniu czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, prowadzą do wniosku, iż niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przeprowadził z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe przejawiało się poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż Wykonawca nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Reasumując, uznał, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych powyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy Pzp. W związku z powyższym, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie, dlatego też wnoszę jak w petitum.

Zamawiający w dniu 05.04.2019 r. wezwał (umieszczając na Portalu Zakupowym Zamawiającego: [https:// pgeenergiaciepl.eb2b.com.pl](https://pgeenergiaciepl.eb2b.com.pl)) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.04.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Matbex Sp. z o. o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Matbex Sp. z o.o. stwierdził, że przystąpił do postępowania przetargowego ogłoszonego przez Zamawiającego dysponując doświadczeniem z wykonywania prac objętych przetargiem jako, że w okresie

poprzedzającym przetarg wykonywał prace nim objęte będąc podwykonawcą Odwołującego. To Matbex Sp. z o.o. dysponuje wiedzą i doświadczeniem w zakresie prac polegających na wykonywaniu prac czyszceniowych na obiektach i urządzeniach produkcyjnych w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział w Rybniku i to Matbex Sp. z o.o. jest w stanie zapewnić ich realizację w sposób prawidłowy w najlepszej cenie. Odwołujący jest de facto tylko podmiotem, który wygrywając przetarg podzleca prace takim podmiotom jak Matbex Sp. z o.o. i jego działania zmierzają nie do wykonania prac za najlepszą cenę dla Zamawiającego ale za ceną najwyższą. Żaden z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum nie ma swojej siedziby i oddziału w pobliżu miejsca wykonywania prac a tym samym kalkulowane koszty przez Odwołującego muszą ten element uwzględniać. Siedziba Matbex Sp. z o.o. położona jest w bezpośrednim sąsiedztwie wykonywanych prac co przekłada się na kalkulację kosztów. Ważnym do wskazania elementem jest to, że rzekome konsorcjum firm to w istocie jeden podmiot kontrolowany przez wspólników A. W. i S. W. /załączył jako dowód odpisy zupełne z KRS dla podmiotów wchodzących w skład konsorcjum./.

Dlatego też należy podmioty te traktować jako jeden organizm od strony prawnej i organizacyjnej z główną siedzibą w Legnicy. Dominującym zakresem usług jest sprzątanie niespecjalistyczne i usługi ochroniarskie. Ma to się nijak do przedmiotu przetargu i dobitnie świadczy o braku doświadczenia po stronie Odwołującego. Podniesione zarzuty przez Odwołującego były już przedmiotem wyjaśnień w toku postępowania przetargowego. Samo odwołanie pomimo, swej objętości nie zawiera w ocenie Matbex Sp. z o.o. argumentów merytorycznych. Powołano w odwołaniu szereg orzeczeń jednak nie powiązано ich z analizą stanu faktycznego a mają one jedynie uzasadniać oczywiste podstawy odwołania o ile one by zaistniały jednak wykazania ich spełnienia Odwołujący zaniechał. Dlatego też nie prowadzę polemiki z treścią uzasadnienia odwołania zawartą na str. od 4 do 8. Str. 9 odwołania to swoiste pomieszanie zarzutów i oczekiwań udostępnienia danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie wskazał na czym opiera swój zarzut o lakoniczności wyjaśnień Matbex Sp. z o.o. w postępowaniu przetargowym. Chcąc wykazać lakoniczność wyjaśnień Matbex Sp. z o.o. Odwołujący winien przedłożyć dokumenty na jakie wskazał na str. 9 odwołania w odniesieniu do swojej oferty realizując tym samym postawiony przez siebie postulat. Matbex Sp. z o.o. wykazał już na wstępie niniejszego pisma, że znajduje się w wyjątkowo korzystnej sytuacji wobec Odwołującego się a tym samym nie ma potrzeby dalszego dowodzenia tej okoliczności. Jeżeli Odwołujący nie dostrzega faktu, iż z Legnicy do Rybnika jest dalej niż z siedziby Matbex Sp. z o.o. w Rybniku do miejsca wykonywania prac w Rybniku i niesie to ze sobą określone koszty oraz, że Matbex Sp. z o.o. był w stanie wykonywać prace jako podwykonawca Odwołującego się zapewniając mu

realizację marży to trudno to dalej komentować. Nawiązując do zarzutów zawartych na str. 10-18 jako przedsiębiorstwo przystępujące do powyższego postępowania składającego się z 483 pozycji która każda została skalkulowana w sposób profesjonalny, każda z pozycji cenotwórczych posiada elementy przychodu oraz kosztu jako pochodna przychodu a co za tym idzie nie można traktować indywidualnie każdej z pozycji gdyż jest to ekonomicznie niemiarodajne, a ponadto wiele pozycji tabeli wykonania nie zostanie wykonana ze względu na brak takiej potrzeby ze strony zamawiającego (pozycje. Wg potrzeb) dlatego czynniki generujące koszt zostały równomiernie rozbite na 483 pozycji. Im większa wiedza techniczna i znajomość procesów panujących na takim zakładzie jak elektrownia węglowa tym większa dysproporcja w cenach dla konkretnych pozycji. Odwołujący powołując się na osadniki, zbiorniki osadowe nie brał przy tworzeniu odwołania najważniejszego czynnika ilości pozycji skalkulowanych jako elementy które dopiero połączone w całość cenową są płaszczyzną do wyliczenia marży oraz kosztu realnie poniesionego jak i również kosztów utylizacji odpadu oraz innych występujących wspólnie kosztów. Wszystkie z 483 pozycji trzeba traktować jako (Wycenę indywidualną każdego przedsiębiorstwa) a nie jak ma to miejsce ze strony odwołującego formę krajowych norm rzeczowych (KNR), obarczonych współczynnikiem roboczogodziny pracownika, motogodziny sprzętu oraz średniej czasowej dla wykonania danej pracy w określonych warunkach. Wycena indywidualna może znacząco odbiegać od cen rynkowych dla wybranych punktów gdyż dotyczy ona sumy wszystkich pozycji gdzie koszt sprzętu, pracowników, utylizacji jak i innych kosztów jest naniesiony na każdą z 483 pozycji. W odniesieniu do pkt 1a i 1b (str. 10 odwołania) informuję, że informacje te nie są wewnątrznie sprzeczne gdyż wykonawca posiada część zmagazynowanych zapasów a w razie konieczności może je dokupić korzystając z rabatów i upustów u firm z którymi współpracuje, a w związku z tym że posiada w przeciwieństwie do firmy odwołującej, siedzibę przy samej elektrowni nie ponosi kosztów magazynowania tychże środków. To samo tyczy się zaplecza sprzętowego, gdzie Wykonawca posiada sprzęt i urządzenia wymagane do realizacji przedmiotu zamówienia ale nie wyklucza to możliwości ich dokupienia lub wymiany po niskich cenach korzystając z atrakcyjnych rabatów gdy zajdzie taka potrzeba. Dlatego też opisane zostały zarówno stany faktyczne jakie Wykonawca posiada jak i możliwości co do zakupu sprzętu i materiałów, co nie wyklucza się wzajemnie. W odniesieniu do zastrzeżeń co do wymaganej ilości pracowników (strona 16 odwołania) to Zamawiający faktycznie wskazał w pkt 15 SIWZ ppkt 15.6.3.2, iż Wykonawca musi dysponować pracownikami o wyszczególnionych uprawnieniach, ale wskazał również pod tym wykazem iż: *„W przypadku dysponowania osobą posiadającą świadectwo/a kwalifikacyjne zawierające wyżej wymienione grupy i punkty lub przeszkolenie w zakresie stref wybuchowych Ex. Wykonawca może taką osobę wykazać w każdym z poszczególnych*

wymagań w punkcie 15.6.3.2, które spełnia dana osoba.”. Tak więc czytając ze zrozumieniem powyższy zapis a nie tylko wybiórczo to co wygodne, minimalna ilość osób zgodna SIWZ którą dysponować musi Wykonawca to 10 osób, gdyż jeden pracownik może posiadać zarówno świadectwo kwalifikacyjne D i E w wymaganych zakresach oraz przeszkolenie w zakresie stref wybuchowych EX.

W dniu 24.04.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu. W ocenie Zamawiającego Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że cena podana w ofercie MATBEX jest ceną rażąco niską. Należy podkreślić, iż w Odwołaniu Odwołujący przedstawił swoje subiektywne stanowisko nie przedstawiając żadnych dowodów na jego poparcie. Podniósł, iż to na Odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia twierdzeń zawartych w Odwołaniu. Jak trafnie wskazał SO w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25.05.2012 r., sygn. akt: XII Ga 92/12: Stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Jak zasadnie wskazała KIO w wyroku z 14.09.2018 r. sygn. akt: KIO 1665/18, 1675/18: *„(...) niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Jak dalej wskazała Izba w przytoczonym wyroku. Wprowadzenie w art. 190 ust. 1a pzp w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia reguły, że wpierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje takie postępowanie odwoławcze, musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Nie może się to sprowadzać do ogólnych stwierdzeń, że cena oferty jest albo nie jest rażąco niska, czy też, że ocena wyjaśnień powinna albo nie powinna prowadzić do takiej konkluzji, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku. W przypadku kwestionowania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w związku z negatywną oceną złożonych wyjaśnień oznacza to konieczność zawarcia w odwołaniu okoliczności podważających uzasadnienie tej decyzji na adekwatnym do jego szczegółowości poziomie konkretyzacji zarzutów.”*. Niezależnie od

powyższych stwierdzeń, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów Odwołującego zawartych w odwołaniu. Przede wszystkim podkreślił, iż swoje zarzuty Odwołujący oparł na następujących wadliwych twierdzeniach, tj.:

1. przyjął, iż wykonawca powinien dysponować co najmniej 34 osobami, podczas gdy takiego wymogu Zamawiający nie postawił;
2. przyjął, iż fakt, że MATBEX wskazał, iż posiada pewien zapas środków czystości, odzieży i środków bhp stoi w sprzeczności z informacjami, iż MATBEX będzie korzystał z przyznanych mu rabatów na zakup środków i materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia,
3. samodzielnie oszacował nakłady pracy niezbędne na wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów;
4. przyjął, iż MATBEX dokonał błędów w kalkulacji (pkt 2 str. 10 odwołania)
5. przyjął, iż MATBEX nie uwzględnił pewnych kosztów w kalkulacji (pkt 3 str. 11 odwołania)
6. przyjął błędne założenia w swoich obliczeniach, a także popełnił błędy dokonując obliczeń przedstawionych w odwołaniu.

Ad 1. Odwołujący swoje stanowisko w zakresie wymogu zatrudnienia 34 osób oparł na postanowieniach pkt 15.6.3.2. SIWZ - Wymagania dotyczące kwalifikacji personelu Wykonawcy, gdy tymczasem z postanowień tego punktu SIWZ w żaden sposób nie wynika taki obowiązek, wręcz przeciwnie, Zamawiający wskazał iż Wykonawca może taką osobę wykazać w każdym z poszczególnych wymagań w pkt 15.6.3.2., które spełnia dana osoba; Dodatkowo w odpowiedzi z 29.01.2019 r. na pytanie nr 5 Zamawiający wprost wskazał, iż nie określa minimalnych wymagań dotyczących minimalnej ilości osób do wykonania przedmiotu umowy. Wobec powyższego irrelewantne jest, czy MATBEX przewidział do świadczenia usług 20 czy 25 osób (zarzut na str. 16 odwołania), 20 osób jest z pewnością wystarczającą ilością osób do realizacji usług objętych niniejszym zamówieniem.

Ad 2. Odwołujący przyjął, iż fakt, że MATBEX wskazał, iż posiada pewien zapas środków czystości, odzieży i środków bhp stoi w sprzeczności z informacjami, iż MATBEX będzie korzystał z przyznanych mu rabatów na zakup środków i materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia, gdy tymczasem postanowienia te w żaden sposób się nie wykluczają. Podobnie należy odnieść się do zarzutu rzekomej sprzeczności wyjaśnień MATBEX w zakresie korzystania z posiadanego sprzętu czyszczącego.

Ad 3. Odwołujący wskazał na str. 11 odwołania, które pozycje kosztowe w ofercie MATBEX są jego zdaniem niedoszacowane. Należy podkreślić, iż Odwołujący samodzielnie oszacował nakłady pracy niezbędne na wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów. Fakt, iż Odwołujący oszacował, iż wykonanie danej czynności np. czyszczenie piaskowników zajmie przykładowo 4 osobom 10

godzin (str. 13 Odwołania) jest nie tylko założeniem w żaden sposób nie udowodnionym przez Odwołującego, ale jest założeniem błędnym. Zamawiający wyjaśnia, iż aby dokonać czyszczenia piaskowników na terenie Elektrowni, niezbędne jest uzyskanie stosownego zezwolenia na pracę. W załączeniu do niniejszej odpowiedzi na Odwołanie, Zamawiający przedkłada Zezwolenie na pracę - prace nieeksploatacyjne nr 29/AB/TPE/15 z dnia 30.11.2015 r., na podstawie którego miały zostać wykonane przez DGP prace polegające na czyszczeniu piaskowników nr 1, 2 i 3. Z treści zezwolenia wynika, że prace były wykonywane przez 2 osoby. Potwierdza to również Karta bieżącego składu brygady, wydana do tego zezwolenia, zgodnie z którą prace wykonywały 2 osoby, tj. kierujący zespołem pracowników E. P. oraz członek zespołu pracowników B. T. . Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że i pozostałe założenia Odwołującego są błędne. Przykładowo, w pozycji „Ilość osadu do usunięcia” wskazano 1,5 tony na 1m<sup>3</sup>. Zamawiający wyjaśnia, że powyższa wartość jest błędna. W czasie prowadzenia prac usuwany osad jest dodatkowo rozwodniony wodą zmywną a nie odsączony, co oznacza, że usuwane są również uwodnione ścieki. Tym samym przyjęty współczynnik jest nieprawidłowy. Przykładowo dla już odsączonych urobków przyjmuje się maksymalny współczynnik 1,3 t/m<sup>3</sup>.

Ad 4. W pkt 2 (str. 11 odwołania) Odwołujący podniósł, iż MATBEX dokonał błędów w kalkulacji kosztów. W zakresie zarzutu opisanego w punkcie a - Zamawiający podtrzymuje swoją argumentację zawartą w powyżej, w Ad 1. W ocenie Zamawiającego 20 pracowników do wykonania usług objętych niniejszym zamówieniem jest ilością wystarczającą, a fakt, iż MATBEX dodatkowo co miesiąc przewidział kwotę w wysokości 5 x 4500 PLN, czyli 22,500 PLN na dodatkowych pracowników świadczy tylko o odpowiednim „zapasie” przewidzianym przez MATBEX na realizację zamówienia. W zakresie zarzutu opisanego w pkt b - należy podkreślić, iż nawet gdyby MATBEX popełnił taki błąd, o jakim pisze Odwołujący, czyli powinien był przewidzieć koszt miesięczny za pomieszczenia techniczne w wysokości 1,800 PLN, to jest to ewentualna omyłka świadcząca tylko na korzyść MATBEX. W wyliczeniu kosztów zawartych w Wyjaśnieniach pozycja Pomieszczenie Techniczne wyceniona jest bowiem na kwotę 21.600 PLN miesięcznie, co daje rocznie kwotę 259.200 PLN (natomiast 12 x 1.800 PLN dawałoby kwotę 21.600 PLN rocznie). W zakresie zarzutu opisanego w pkt c) kwota 50,000 PLN dotyczy całego roku, co jasno wynika z tabeli kosztów stałych zamieszczonej w Wyjaśnieniach. Kwoty z pozycji Opróżnianie zbiorników szamba itp. oraz Doszkalanie pracowników stanowiące łącznie kwotę 80.000 PLN zostały podzielone na 12 miesięcy i w wysokości 6.666,66 zł zostały ujęte w pozycji Razem Koszty Miesięczne.

Ad 5. W pkt 3 (str. 11 odwołania) Odwołujący podniósł, iż MATBEX nie uwzględnił w swojej kalkulacji pewnych kosztów, gdy tymczasem koszty takie zostały przez MATBEX

uwzględnione. W zakresie kosztów opisanych w pkt a, b i c - są one ujęte w pozycjach pomieszczenia techniczne, sprzęt eksploatacyjny i narzędzia. W zakresie kosztów opisanych w punktach d i e - Zamawiający nie stawiał wymogu wynajmowania szatni dla pracowników oraz dzierżawy pomieszczeń magazynu. Zgodnie z odpowiedzią z 28.01.2019 r. na pytanie nr 13 - Zamawiający podaje koszty wynajmu szatni dla pracowników oraz pomieszczeń magazynowych, gdyby wykonawca był zainteresowany takim wynajmem lub dzierżawą. MATBEX posiada siedzibę i swoje pomieszczenia przy tej samej ulicy, przy której położona jest Elektrownia Rybnik - miejsce świadczenia usług objętych umową. W zakresie kosztów opisanych w punkcie f- koszty wynajmu sprzętu WUKO - zostały one zawarte w poz. 483 załącznika nr 1 do formularza „Oferta” zamieszczonego w ofercie MATBEX. Odwołujący w przywołanych pozycjach formularza kosztowego wskazał całkowite koszty związane z wywozem szlamów, nanosów i mułów z osadników. Jednak koszty zawarte w tych pozycjach formularza „Oferta” MATBEX (138, 141, 144 i 147) zawierają koszty wykonania poszczególnych czynności, a koszty wywozu nieczystości zawarte są w innych pozycjach formularza.

Ad 6. Odwołujący w tabeli zawartej na str. 16 - 17 odwołania, zawierającej podsumowanie rzekomych błędów MATBEX popełnił błędy jak wskazano powyżej w pkt 1-5. Błędne jest wyliczenie kosztów zatrudnienia dla 35 pracowników, co powoduje zasadniczy wzrost kosztów wykonania usługi. Również tabela zamieszczona na str. 17 Odwołania zatytułowana Nieuwzględnione koszty zawiera koszty, które MATBEX albo uwzględnił w ofercie, albo też nie był zobowiązany ich uwzględnić, gdyż nie było takich wymagań Zamawiającego. Szczegółowe wyjaśnienia przedstawił Zamawiający powyżej, w Ad 4.

Reasumując, dane zawarte w ofercie MATBEX, jak i informacje zawarte w Wyjaśnieniach potwierdzają, że w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną i Zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez MATBEX. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych w zakresie rażąco niskiej ceny jest bogate. W swoim odwołaniu Odwołujący przytoczył kilka stron orzecznictwa KIO dotyczącego rażąco niskiej ceny, jednak wyroki te zostały przedstawione w oderwaniu od przedmiotu niniejszego postępowania. W tym miejscu Zamawiający chciałby przypomnieć jeden z wyroków KIO dotyczących rażąco niskiej ceny dla zamówień, których przedmiotem jest świadczenie usług. W wyroku z 21.05.2018 r. sygn. akt: KIO 864/18, dotyczącym usługi projektowej KIO wskazała: *„Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę, po pierwsze koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców. Tego*

*typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny "zweryfikować" i poddać analizie - poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za prace, który to aspekt nie stanowił jednak podstawy sporu pomiędzy Stronami. Założenie takie jest bowiem wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba je świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca którą ma świadczyć - ustawodawca zaś w tym zakresie, poza jej minimalną wartością, nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów. (...)"*

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści ogłoszenia, postanowień SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia – specyfikacji technicznej /zał. nr 1 do SIWZ/, wzoru umowy /zał. nr 2 do SIWZ/, odpowiedzi na pytania nr 1 /pismo z 28.01.2019 r./, 2 /pismo z 29.01.2019 r./i 3 /pismo z 04.02.2019 r./, oferty Przystępującego (formularza ofertowego oraz formularza cenowego – tabela nr 1 i nr 2 oraz JEDZ-a/, wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp z 25.02.2019 r., wyjaśnień z 28.02.2019 r. udzielonych przez Przystępującego wraz z tabelą, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26.03.2019 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również załączone przez Przystępującego jako dowód do przystąpienia:

- dowód odpisy zupełne z KRS dla podmiotów wchodzących w skład konsorcjum Odwołującego.

Izba zastrzega jednakże, że zaliczenia tego dowodu ma charakter formalny, gdyż został on załączony na okoliczność zarzutów, które Przystępujący względem Odwołującego

sformułował samodzielnie w przystąpieniu w oderwaniu od odwołania. Izba przypomina, że Przystępujący nie może formułować samodzielnie tego rodzaju zarzutów, gdyż jego zgłoszone przystąpienie ma charakter akcesoryjny względem wniesionego odwołania i zawartych tam zarzutów oraz do jednej ze stron. Z tych też względów Izba ich nie rozpatrywała.

Podobnie, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również załączone przez Zamawiającego jako dowód do odpowiedzi na odwołanie:

- 1) Kopie zezwolenie na prace - prace nieeksploatacyjne nr 29/AB/TPE/15 z 30.11.2015 r., na podstawie którego miały zostać wykonane przez DGP prace polegające na czyszczeniu piaskowników nr 1, 2 i 3;
- 2) Kopie Karty bieżącego składu brygady do wskazanego wyżej zezwolenia.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Odwołującego jako dowód na rozprawie:

- 1) kserokopię umowy nr 1/ TU/2014 na analogiczne zamówienie realizowane przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego w latach 2014 - 2019 r.,
- 2) kserokopie umowy nr 3300000894 Odwołującego z Przystępującym który był jego podwykonawcą w latach 2014 – 2017 przy realizacji analogicznego zamówienia na rzecz Zamawiającego w latach 2014 - 2019 r.,
- 3) zlecenia na rzecz Przystępującego z okresu, w którym Przystępujący był podwykonawcą Odwołującego w latach 2014 - 2017 r. przy realizacji analogicznego zamówienia na rzecz Zamawiającego w latach 2014 - 2019 r.,
- 4) kalkulacje dalszych pozycji kosztorysu cenowego przedstawionego przez Przystępującego, które w jego ocenie są niedoszacowane, zawierające także 4 pozycje zawarte w odwołaniu,
- 5) wyciąg ze specyfikacji (str. 4 i 29 z 30) w ramach postępowania z 2013/2014,
- 6) kserokopie uchwał zgromadzenia wspólników wraz z cennikami dotyczące RIPOKów (uchwała nr 1/2017, uchwała nr 3/2017 i uchwała nr 1/2019), z których wynikają koszty zagospodarowania opadów, przedstawione w odwołaniu w zakresie 4 zakwestionowanych pozycji,
- 7) trzy oferty handlowe od firm, które realizują tego rodzaju usługę w zakresie pozycji WUKO na rzecz Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę gdy:

- Wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i jej istotnych części składowych, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- Wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w szczególności z uwagi na: zadeklarowaną przez Wykonawcę ilość pracowników przeznaczonych do realizacji zamówienia, pominięcie w cenie oferty kilku pozycji kosztowych, zadeklarowaną w ofercie wysokość pozycji kosztów,

- Wykonawca nie doszacował istotnej części składowej ceny tj. pozycji cenowych w formularzu cenowym, a w konsekwencji

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcy mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się poprzez:

- wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż Wykonawca nie obalił domniemania prawnego, iż oferta zawiera rażąco niską cenę.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie. Istotna jest również treść wezwania i udzielonych wyjaśnień wskazanych w odwołaniu.

W ramach wezwania z 25.02.2019 r. Zamawiający stwierdził: „(...) Zgodnie z Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa Państwa do przedstawienia dokumentów potwierdzających, iż zaoferowana cena gwarantuje prawidłową realizację prac, tj. zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ.

W związku z powyższym prosimy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, kosztów zatrudnienia. Wyjaśnienia i dokumenty winny być

złożone w formie elektronicznej poprzez zakładkę „Pytania/informacje” portalu zakupowego eB2B: <https://pgeenergiasiepla.eb2b.com.pl/> w terminie do dnia 04.03.2019 r. do godziny 11:00. Niezłożenie w/w dokumentów we wskazanym terminie spowoduje wykluczenie Państwa z postępowania. Dokumenty winny być podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby/osób uprawnionych do Państwa reprezentacji.(...). Z kolei w wyjaśnieniach z 28.02.2019 r. Przystępujący stwierdził: „(...)Cena oferty wykonawcy, w kwocie 2 678 756,85 zł brutto stanowi bilans sprzyjających i dostępnych Wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na:

1) posiadaniu własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa Wykonawcy zlokalizowanych w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia co skutkuje obniżeniem kosztów transportu

2) wykonawca zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie co sprowadza koszty dowozu pracowników do zera.

3) ponadto Wykonawca realizował w przeszłości usługę, która jest przedmiotem zamówienia z pozytywnym skutkiem a w chwili obecnej realizuje podobne usługi na innych elektrowniach również z pozytywnym skutkiem. Dzięki temu przedsiębiorstwo miało i ma możliwość realnie oszacować koszty związane z obsługą kontraktu i zaproponować konkurencyjną kwotę.

4) Wykonawca będzie realizował od marca 2019r. inną umowę na Prace czyszceniowe powierzchni płaskich na obiektach produkcyjnych w: PGE ENERGIA CIEPŁA S.A. Oddział w Rybniku”, co znacznie ułatwi rozruch kontraktu, skutkuje obniżeniem kosztów organizacyjnych i administracyjnych a także pozwala na skorzystanie po części z zaplecza sprzętowego i osobowego jaki Wykonawca będzie posiadał na terenie zakładu.

5) obiekt przedmiotu zamówienia zlokalizowany jest w bardzo bliskim sąsiedztwie innych obiektów, w którym nasze przedsiębiorstwo obecnie wykonuje usługi i jest w stanie realizować zamówienie w sytuacjach awaryjnych bądź zwiększonego zapotrzebowania na pracowników posiłkując się pracownikami oddelegowanymi do realizacji tych zadań. Osoby te zatrudnione są w wymiarze pełnego etatu pracy, jednakże z uwagi na specyfikę sprzątanymi obiektów, ich czas pracy ogranicza się od 3 do 5 godzin dziennie w zależności od lokalizacji. Dzięki temu jesteśmy w stanie uniknąć kosztów związanych z rekrutacją nowych pracowników oraz ograniczyć koszty administracyjne.

6) Wykonawca zatrudnia pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia niższe od średnich rynkowych i w ten sposób zmniejsza koszty prac w stosunku do kwot ogólnie przyjętych za tego rodzaju zamówienia.

7) Wykonawca posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem lub zakupem sprzętu.

8) Posiadaniu - w chwili składania oferty zmagazynowanych zapasów środków czystości oraz odzieży i środków bhp niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje oszczędnościami przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia

9) Korzystaniu z atrakcyjnych rabatów na zakup materiałów i sprzętu. Wykonawca działając w znaczącej skali współpracujący z bezpośrednimi producentami posiada atrakcyjne rabaty i upusty cenowe na zakup ww. środków. Powyższe skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia.

Jednocześnie oświadczam, iż w cenie oferty zostało uwzględnione wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w SIWZ, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, oraz został uwzględniony zysk wykonawcy. (...)

Dodatkowo została załączona do wyjaśnień tabela: „Koszty Stałe Prace czyszczeniowe obiektów i urządzeń produkcyjnych w PGE EC SA RYBNIK SA” zawierająca pozycje przywołane tak w odwołaniu przez Odwołującego oraz odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego.

W ramach odpowiedzi na pytania – pismo z 28.01.2019 r. na 8 pytanie: „Dot. 55 PRAWA I OBOWIĄZKI STRON pkt 5.1.10 Wnosimy o wyjaśnienie definicji media konieczne - czy media są udostępniane odpłatnie?”. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Media konieczne, są to media niezbędne do realizacji przedmiotu umowy. Na Wykonawcy spoczywa obowiązek określenia mediów, które będą konieczne dla wykonania przedmiotu zamówienia i dostarczenie tej informacji Zamawiającemu. Zamawiający zmienia postanowienie pkt. 5.1.10 ppkt. a), który przyjmuje poniższe brzmienie. Pkt 5.1.10 ppkt a): „na potrzeby realizacji Prac na Terenie Prac (koszt mediów zużytych do wykonania Prac na Terenie Prac ponosi Zamawiający);”.

W ramach odpowiedzi na pytania – pismo z 28.01.2019 r. na 13 pytanie: „Czy udostępnienie pomieszczeń, mediów itd. jest nieodpłatne?” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Udostępnianie pomieszczeń sanitarnych oraz pomieszczeń ogólnodostępnych jest nieodpłatne. Natomiast ewentualne udostępnianie pomieszczeń jak szatnie, prysznic, magazyny jest odpłatne zgodnie z poniższym.

Cena wynajmu wynosi:

- na pomieszczenia magazynowe ogrzewane 14 zł netto za 1 m<sup>2</sup>/ miesiąc,
- nieogrzewane 10 zł za 1 m<sup>2</sup>/ miesiąc,
- szatnia z łazienką 1 szafka 59,31 netto/ miesiąc,
- pomieszczenia ogólnodostępne socjalne są darmowe (bufet, stołówka).

Zamawiający zaznacza, że:

- w związku ze zmianą brzmienia pkt. 5.1.10 ppkt. a) Umowy media służących bezpośrednio do realizacji przedmiotu usługi ponosi Zamawiający.

- media dostarczane do najmowanych pomieszczeń przez Wykonawcę na podstawie odrębnej umowy najmu są płatne według zużycia lub według ryczaftu.”.

W ramach odpowiedzi na pytania – pismo z 29.01.2019 r. na 5 pytanie: „Czy Zamawiający określa minimalne wymagania względem ilości osób do zatrudnienia do wykonania przedmiotu umowy? Jeżeli tak, prosimy o podanie ilości osób/ etatów.” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający nie określa minimalnych wymagań dotyczących minimalnej ilości osób do wykonania przedmiotu umowy.”.

W ramach odpowiedzi na pytania – pismo z 29.01.2019 r. na 7 pytanie: „W załączniku nr 1 do formularza oferty - formularz cenowy w pozycjach nr 137, 141,144,147 Zamawiający określił zakres czynności jako: czyszczenie osadników (z szlamów, nanosów, mułów, itp.). Prosimy o informację po czyjej stronie leży koszt transportu, wywozu i utylizacji odpadów?” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zgodnie z zapisem Specyfikacji Technicznej, koszty transportu, wywozu i utylizacji odpadów są po stronie Wykonawcy.”.

W ramach odpowiedzi na pytania – pismo z 29.01.2019 r. na 10 pytanie: „W pozycji 21 załącznika nr 1 do formularza oferty — formularz cenowy, Zamawiający wskazał obiekt Pompownia wody powrotnej IPWP wraz z rurociągami i osadnikami. Prosimy o informację czy Wykonawca dobrze rozumie, iż cenę należy podać za łącznie trzy osadniki ?” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający informuje, że czynność czyszczenia dla pozycji 21 obejmuje trzy osadniki wraz z kanałami przepływowymi plus dwa osadniki wstępne przy murze oporowym składowiska żużla pod suwnicą SO-1.”.

W ramach odpowiedzi na pytania – pismo z 29.01.2019 r. na 11 pytanie: „W pozycji 26 załącznika nr 1 do formularza oferty — formularz cenowy, Zamawiający wskazał obiekt Pompownia wody powrotnej 2PWP wraz z rurociągami i osadnikami. Prosimy o informację czy Wykonawca dobrze rozumie, iż cenę należy podać za łącznie trzy osadniki?” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający informuję, że zakres zadania określony w pozycji 26 obejmuje czynności określone w pozycjach od 27 do 31 zawierających między innymi trzy osadniki.”.

W ramach odpowiedzi na pytania – pismo z 29.01.2019 r. na 12 pytanie: „W pozycji 275 załącznika nr 1 do formularza oferty — formularz cenowy, Zamawiający wskazał mycie umywalek, uzupełnianie mydła i ręczników. Prosimy o informację czy zakup ww. materiałów higienicznych leży po stronie Wykonawcy. Jeżeli tak, prosimy o wskazanie ilości osób, które będą korzystały z danego pomieszczenia.”. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

*„Zakup materiałów higienicznych leży po stronie Wykonawcy. Ilości osób, które będą korzystały z danego pomieszczenia - 2 osoby dziennie.”*

W pkt 15 SIWZ ppkt 15.6.3.2, iż Wykonawca musi dysponować pracownikami o wyszczególnionych w odwołaniu uprawnieniach, ale wskazano tam również pod tym wykazem iż: *„W przypadku dysponowania osobą posiadającą świadectwo/a kwalifikacyjne zawierające wyżej wymienione grupy i punkty lub przeszkolenie w zakresie stref wybuchowych Ex. Wykonawca może taką osobę wykazać w każdym z poszczególnych wymagań w punkcie 15.6.3.2, które spełnia dana osoba.”*

Nadto, Izba wskazuje na pkt 23 SIWZ. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY zgodnie z którym: *„23.1 Cena Oferty musi być podana w polskich złotych. Całość rozliczeń między Zamawiającym, a Wykonawcą będzie prowadzona w złotych polskich.*

*23.2 Cena Oferty uwzględnia wszelkiego rodzaju opłaty oraz podatki oraz wszystkie koszty związane z realizacją Zamówienia, transport, ewentualne upusty i rabaty oraz pozostałe składniki cenotwórcze. Podana cena nie ulega zmianie przez okres realizacji (wykonania) Zamówienia, z zastrzeżeniem warunków wynikających z Umowy w sprawie Zamówienia, której projekt stanowi Załącznik Nr 2 do SIWZ.*

*23.3 Wykonawca określi cenę realizacji Przedmiotu Zamówienia poprzez wskazanie łącznej ceny netto, podatku VAT oraz ceny brutto Zamówienia. Wyliczenia ceny Oferty należy dokonać zgodnie z tabelą zamieszczoną w Formularzu Oferty stanowiącym Załącznik Nr 4 do SIWZ.*

*23.4 Do porównania Ofert brana będzie pod uwagę cena całkowita brutto za wykonanie Zamówienia.*

*23.5 Cena (wartość) brutto musi zostać wyrażona cyfrowo i słownie. W przypadku rozbieżności przyjmuje się cenę wyrażoną słownie.”*

Dodatkowo na § 4 wzoru umowy (§ 4 WYNAGRODZENIE I WARUNKI PŁATNOŚCI):

*„4.1. Szacunkowe Wynagrodzenie Umowne za wykonanie przedmiotu Umowy zgodnie z zakresem określonym w §2 oraz Załączniku nr 2 w okresie obowiązywania Umowy przewiduje się na kwotę ..... PLN netto (słownie: ..... złotych 00/100 netto) plus podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, przy czym szacunkowe Średnioroczne Wynagrodzenie Umowne przewiduje się na kwotę ..... PLN netto (słownie: ..... złotych 00/100 netto) plus podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.*

*Ostateczna wartość Wynagrodzenia Umownego stanowić będzie sumę wartości wynagrodzeń za faktycznie zrealizowane przez Wykonawcę i odebrane przez Zamawiającego Prace w okresie obowiązywania Umowy.*

*4.2. Rozliczanie wykonanych Prac, prac realizowanych w ramach Zleceń Wykonania Usługi / Zamówień (zależnie od systemu zlecenia prac) w ramach Umowy będzie się odbywało na podstawie kosztorysów powykonawczych na podstawie i z zachowaniem kolejności następujących cen i stawek:*

*4.2.1 -----*

*4.2.2 stawek określonych w Katalogu Czynności, stanowiącym Załącznik nr 4b do Umowy;*

*4.2.3 -----*

*4.2.4 robocizny i sprzętu z uwzględnieniem kosztów pośrednich i zysku zawartych już w cenach roboczogodzin i maszynogodzin określonych w Załączniku nr 4a oraz kosztów zakupu zaakceptowanych przez Zamawiającego lub określonych Załącznik nr 4a do Umowy oraz rzeczywistych nakładów pracy.*

*4.2.5 cen i stawek rynkowych, które będą cenami materiałów i prac z rejonu adekwatnego do lokalizacji Zamawiającego, w której wykonywane są Prace, określonych w odpowiednich informatorach SEKOCENBUD w zakresie, w jakim ust. 4.2.1 do 4.2.4 nie mają zastosowania.*

*4.2.6 na podstawie wystawionych Wykonawcy faktur za materiały lub usługi, pod warunkiem, że przed realizacją dostawy lub wykonaniem usługi Wykonawca przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia cenniki dostarczanych materiałów, części zamiennych lub usług. Do powyższych cen zostanie doliczony koszt zakupu, o którym mowa w 4.2.4 Postanowienia niniejszego punktu dotyczą tzw. specjalistycznych materiałów, części zamiennych i usług, tj. takich, które nie są typowymi, ogólnie dostępnymi pracami lub dostawami i wymagają odpowiednich kwalifikacji lub dokumentacji wykonawczej.*

*4.3. -----*

*4.4. W przypadku rozliczania Prac według Załącznika nr 4a do Umowy, w cenach ryczałtowych jednostkowych zawarty jest koszt materiałów wymienionych w Specyfikacji Technicznej. (...)"*. Przywołany powyżej zał. nr 4b do Umowy to formularz cenowy załączony do oferty plik „EXCEL” co wynika ze str. 41 wzoru umowy (zał. nr 2 do SIWZ).

Powyższy § 4 wzoru umowy potwierdza, że płatność będzie za faktycznie zlecone i wykonane usługi, a należało każdą pozycję w sposób odrębny wycenić, ujmując wszelkie konieczne koszty. Ta okoliczność przyznał na rozprawie także Zamawiający, co Izba uznaje za okoliczność przyznana nie wymagająca dowodu („Zamawiający potwierdza, iż sposób rozliczenia poszczególnych pozycji kosztorysowych będzie miało miejsce na tej samej zasadzie jak w wskazywał Odwołujący na rozprawie. Przywołuje § 4 ust. 2 wzoru umowy.”)

Istotna jest także treść formularza ofertowego oraz formularza cenowego Przystępującego (tabela nr 1 – Katalog czynności, szczegółowa wycena prac /poz. od 1 do

474/ i tabela nr 2 – Czynności dla prac nie ujętych w tabeli – katalog czynności /poz. od 477 do 483/). Izba wskazuje także na ranking złożonych ofert wynikający z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26.03.2019 r. Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania zarzutów w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba z uwagi na charakter sformułowanych zarzutów w odwołaniu odniosła się do nich łącznie, uznając ze zostały one (w/w wskazane zarzuty) potwierdzone, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

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, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena

całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W myśl ust. 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.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. 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.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego z rozprawy z uwagi na zaistnienie okoliczności wynikających z przepisów (art. 90 ust. 1 a Pzp) stosowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej zostało wystosowane do trzech z czterech podmiotów które złożyły ofertę w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że mimo iż zasadnie Zamawiający podnosił w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, że na Odwołującego ciąży obowiązek udowodnienia twierdzeń zawartych w odwołaniu, a art. 190 ust. 1 a Pzp wprowadzając szczególny rozkład ciężaru dowodu odnośnie rażąco niskiej ceny (pkt 1 – na Wykonawcę, który ją złożył, jeśli jest stroną albo uczestnikiem postępowania, pkt 2 – na Zamawiającego, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania) nie zwalnia Odwołującego z reguły, że wprawdzie muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne (podobnie w wyroku SO w Warszawie z 05.11.2018 r., sygn. akt: XXIII 423/18), to w przedmiotowej sprawie Odwołujący sprostał powyższemu obowiązkowi.

Nie budzi bowiem wątpliwości, że swoje odwołanie i zawarte tam zarzuty oparł Odwołujący na wyjaśnieniach i informacjach w nich zawartych (w tym tabeli), a złożonych przez Przystępującego. Wskazał ich ogólnikowy i hasłowy charakter oraz przede wszystkim

brak dowodów mimo wyraźnego wezwania do ich złożenia skierowanego przez Zamawiającego.

Jednocześnie sam Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do istoty samych zarzutów i tego na czym się one opierają i z jakich okoliczności wynikają, czemu dał wyraz przykładowo na str. 4 odpowiedzi na odwołanie w szczęściu punktach.

Okoliczność, że sam Zamawiający zastosował się do obowiązku wezwania wynikającego z okoliczności wyrażonych w art. 90 ust. 1a Pzp mimo, że sam w swojej ocenie takich wątpliwości i podstaw nie dostrzegał nie zmienia obrazu zaistniałego stanu faktycznego. Po pierwsze dostrzeżenia wymaga, że z mocy tego przepisu Ustawodawca w swej mądrości uznał, iż takie wątpliwości niejako „z urzędu” muszą mieć miejsce, po drugie skoro Przystępujący nie kwestionował samego wezwania był nim bezwzględnie związany.

W dalszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający w samym wezwaniu wprost odniósł się do obowiązku złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami w zakresie wyliczenia ceny, czy też kosztów zatrudnienia. Izba stwierdza, że mimo iż w pewnych okolicznościach nie jest konieczne złożenie dowodów, to w sytuacji gdy podmiot powołuje się na korzystne rabaty, stany magazynowe, pozostałości z poprzednich postępowań, nadwyżki z wcześniejszych zakupów stosowne dowody w postaci faktur, dokumentów wewnętrznych obrazujących stany magazynowe, dokonane zakupy wcześniej na „zapas” winny być złożone.

Dodatkowo w zakresie konieczności załączenia dowodów do wyjaśnień Izba podkreśla za wyrokiem KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16: *„W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność.”*

Jeśli niektóre z tych dowodów stanowią tajemnice przedsiębiorstwa mogą zostać zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa przy czym takie zastrzeżenia, tj. zasadności

takiego zastrzeżenia musi również zostać wykazana i może opierać się co do zasady, czy też mieć swoje „źródło” np. w stosownej klauzuli zawartej w umowie z dostawcą sprzętu lub materiału (co do korzystnego rabatu). W przedmiotowym stanie faktycznym Przystępujący powołał się na tego rodzaju okoliczności, lecz nie przedstawił takiego dowodu.

Izba zmuszona jest również przyznać racje Odwołującemu, że nie jest bez znaczenia czy Przystępujący zamierza skierować do realizacji zamówienia 10, 20, czy też 25 pracowników. Należy zauważyć, że w wyjaśnieniach raz jest mowa o 20 raz o 25 pracownikach (w ramach złożonej tabeli), zaś w przystąpieniu już tylko o 10 pracownikach (przy czym bez znaczenia jest taki czy inny kontekst). Izba naturalnie wzięła pod uwagę okoliczności wskazywane przez Przystępującego oraz Zamawiającego, iż jeden pracownik mógł się legitymować nawet kilkoma certyfikatami, lecz nie zmienia to faktu, że dalej nie wiadomo ilu pracowników będzie, czy też miało pracować przy realizacji zamówienia i koszty ilu pracowników zostały ujęte przez Przystępującego w przyjętej wycenie.

W dalszej kolejności, Izba wskazuje, że dostrzega skrupulatność Zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, ale ani „znajomość” Przystępującego z uwagi na jego bliskie sąsiedztwo z oddziałem którego dotyczy postępowanie przetargowe, ani zaufanie Zamawiającego, jakim cieszy się ten podmiot nie zwalnia Przystępującego ze złożenia rzetelnych wyjaśnień, ani nie daje podstawy do zastępowania Przystępującego przez Zamawiającego i interpretowania otrzymanych wyjaśnień, w tym wypadku dołączonej do wyjaśnieni tabeli i zawartych tam pozycji. Zamawiający ma bowiem ocenia złożone wyjaśnienia, a nie je interpretować. Same zaś wyjaśnienia w trybie art. 90 ust.1 Pzp składa Wykonawca, w tym wypadku Przystępujący, a nie Zamawiający. Z przedstawionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie stanowiska, jak i rozprawy wynika, że to Zamawiający doszukiwał się w pozycjach tabeli brakujących kosztów, mimo, że bardzo niewiele na to wskazywało, albo zupełnie nic, jak np. w zakresie kosztów wynajmu szatni, czy też kosztów dzierżawy pomieszczeń magazynowych. Wyjaśnienia ani jednym słowem nie odnosiły się do tego, że Wykonawca nie będzie korzystał z szatni Zamawiającego, ani do tego, że pomieszczenia magazynowe to własność, a nie dzierżawa Przystępującego. Podobnie interpretacja Zamawiającego innych pozycji tabeli przedstawionej przez Przystępującego („Koszty Stałe Prace czyszczeniowe obiektów i urządzeń produkcyjnych w PGE EC SA RYBNIK SA”) ma stricte autorski charakter z jego strony. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko wyrażone w wyrok KIO z 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16: „(...) Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie, z enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...) wyprowadził własne uzasadnienie oferowanych cen (...), w istocie bazując na swojej własnej wiedzy, a nie na złożonych

wyjaśnieniach. (...) zamawiający, wbrew postanowieniom art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - przejął na siebie obowiązek uzasadnienia prawidłowości ceny oferty wykonawcy (...) Sam fakt uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp potwierdza, że zamawiający powziął wątpliwości co do realności cen wezwanego wykonawcy, które w konsekwencji, bez wyjątku wymagają wyjaśnienia w myśl wskazań danej normy i oceny tychże wyjaśnień. Zgłoszone dowody odnoszą się ogólnej wiedzy zamawiającego na temat kształtowania się cen danych usług, a nie do enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...). Można rzec, zamawiający "wyręcza" wykonawcę (...) w zakresie złożenia dowodów na okoliczności zaprzeczenia - rażąco niskiej ceny oferty (...)"

Podobnie za wyrokiem KIO z 19.01.2017 r., sygn. akt: KIO 28/17, czy też wyrokiem KIO z 05.04.2017 r., sygn. akt: KIO 539/17: „Żądanie wyjaśnień i dowodów na ich potwierdzenie, jest niezależne od tego, czy Zamawiający aktualnie współpracuje z danym wykonawcą, czy też nie. Zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający jest zobowiązany wymagać wyjaśnień pełnych i obiektywnych, potwierdzonych dowodami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny oferty w równym stopniu od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie może opierać się w tym zakresie wyłącznie na własnej wiedzy lub informacjach ogólnodostępnych (np. składanych przez wykonawcę w innym postępowaniu). Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Zamawiający nie może zwolnić wykonawcy z tego obowiązku z tego względu, że wykonawca realizuje na jego rzecz umowę na zbliżony przedmiot zamówienia. Takie działanie stanowi naruszenie elementarnych zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”. (str. 16-17 uzasadnienia)

W zakresie kosztów WUKO Odwołujący przedstawił na rozprawie trzy oferty handlowe na potwierdzenie nierynkowego charakteru zaoferowanej ceny w tym zakresie przez Przystępującego. Ani Zamawiający, ani Przystępujący tego nie uczynili, abstrahując w tym momencie od tego czy mogli to uczynić na tym etapie, ale nawet nie podjęli takiej próby.

Kwestia przesadzając jest kwestia czterech pozycji wskazanych w odwołaniu przez Odwołującego nr 138, 141, 144 i 147 formularza cenowego. W tym wypadku, z uwagi na okoliczność, że ich zlecenie będzie miało miejsce wg. potrzeb, brak jest podstaw do uznania że nie mają one charakteru nieistotnego, gdyż może być ich zarówno 1 jak i 100. W efekcie tak naprawdę każda pozycja (wg. potrzeb) i wynikająca z niej cena jednostkowa może być istotną częścią składową ceny oferty. Kontynuując rozpoczętą kwestię, Izba podnosi, że

Odwołujący wykazał dowodami złożonymi na rozprawie /kserokopie uchwał zgromadzenia wspólników wraz z cennikami dotyczące RIPOK-ów (uchwała nr 1/2017, uchwała nr 3/2017 i uchwała nr 1/2019), z których wynikają koszty zagospodarowania opadów/, że ceny nie zawierają kosztów utylizacji odpadów. Argumentacja Zamawiającego z rozprawy, ale także z odpowiedzi na odwołanie przeczy odpowiedzi nr 7 pismo z 29.01.2019 r. Nadto, stoi w sprzeczności z charakterem tabeli nr 2 formularza cenowego poz. 479 - 483. Pewne nieścisłości w argumentacji Odwołującego zawarte w odwołaniu a skorygowane w ramach wyliczeń tabelarycznych złożonych na rozprawie względem czterech zakwestionowanych pozycji, czy też polemika co do liczby odpadów w ramach tych pozycji nie zmienia tego, że Zamawiający przyznał de facto przed rozprawa bo w ramach odpowiedzi na odwołanie, że nie są ujęte w tych pozycjach koszty utylizacji odpadów, gdyż znajdują się bowiem one w innych pozycjach. Tego rodzaju jednakże działanie było niedopuszczalne w świetle przywołanej odpowiedzi na pytanie nr 7.

W tym kontekście Izba wskazuje na § 4 wzoru umowy który potwierdza, że płatność będzie za faktycznie zlecone i wykonane usługi, a należało każdą pozycję w sposób odrębny wycenić, ujmując wszelkie konieczne koszty. Ta okoliczność przyznał na rozprawie także Zamawiający, co Izba uznaje za okoliczność przyznana nie wymagająca dowodu /art.190 ust. 5 zd. 1 Pzp/ („Zamawiający potwierdza, iż sposób rozliczenia poszczególnych pozycji kosztorysowych będzie miało miejsce na tej samej zasadzie jak w wskazywał Odwołujący na rozprawie. Przywołuje § 4 ust. 2 wzoru umowy.”).

W tym kontekście, jak i wobec odmiennego zapatrywania Przystępującego w jego przystąpieniu, Izba wskazuje na wyrok KIO z 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16, gdzie stwierdzono, iż: *"Okoliczność, że ceny jednostkowe w postępowaniu mają charakter wynagrodzenia ryczałtowego, nie zwalnia wezwanego wykonawcy od przedstawienia kalkulacji ceny oferty, przynajmniej w zakresie głównych czynników cenotwórczych oraz przedstawienia bezpośrednich dowodów ich ponoszenia na wskazanym poziomie. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 p.z.p. posiadała walor wystarczających wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - musi być w miarę szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę. Stopień ogólności podanych informacji przez wybranego wykonawcę i ich niekompletność powoduje, iż nie mogą one stanowić wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 3 p.z.p. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien, bowiem wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, zatem nie*

stwarza zagrożenie dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków umownych".

W tym miejscu Izba wskazuje, że mimo formalnego dopuszczenia złożonych przez Odwołującego na rozprawie kalkulacji dalszych pozycji kosztorysu cenowego przedstawionego przez Przystępującego, które w jego ocenie są niedoszacowane, zawierające także 4 pozycje zawarte w odwołaniu oraz wyciąg ze specyfikacji (str. 4 i 29 z 30) w ramach postępowania z 2013/2014, rozpatrywane były powyższe dowody tylko i wyłącznie w kontekście wskazanych w odwołaniu czterech pozycji. Nowe pozycje de facto podważone na rozprawie poprzez w/w materiały dowodowe nie były objęte zarzutami zawartymi w odwołaniu i z tych powodów z uwagi na art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie odniesie się do nich. Należy bowiem zauważyć, że zarzutami nie jest jedynie wskazanie podstawy prawnej, ale wskazania wraz z tą podstawą okoliczności faktycznych i prawnych, czyli także pozycje formularza cenowego (jak w tym wypadku) zaskarżonych w odwołaniu. Niedopuszczalne jest rozszerzanie w konsekwencji liczby zaskarżonych pozycji formularza cenowego o pozycje nie ujęte pierwotnie w odwołaniu.

Wymaga także podkreślenia że udzielone wyjaśnienia i okoliczności wskazane przez Przystępującego winny zostać przez Przystępującego stosownie przeliczone na wartości ekonomiczne tak, aby można było w sposób rzetelny ocenić ich wpływ na zaoferowaną cenę. Co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym. Przykładowo, bliskie sąsiedztwo, stany magazynowe, zapasy, Przystępujący powinien wskazać, o ile wpłynęło to na obniżenie jego kosztów. W tym wypadku Izba powołuje się na wyrok z 14.06.2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18: *„Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytne wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny.”*

Nadto, Izba zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że niedoszacowanie jednego kontraktu kosztem drugiego kontraktu, a taka argumentacja znajduje się w wyjaśnieniach

Przystępującego, że będzie korzystał z zasobów przeznaczonych na realizację innego kontaktu, jak i pracowników, którzy będą w sytuacjach awaryjnych kierowani do realizacji aktualnego zamówienia, a pracujący przy realizacji innego, jest niedopuszczalna. Nawet ewentualne przyjęcie takiej możliwości teoretycznie i rozłożenia kosztów tej samej osoby winno być proporcjonalnie przedstawione i wyliczone w ramach udzielonych wyjaśnień. Ile godzin na jednym kontrakcie, ile na drugim, i jaki koszt to generuje.

Nadto, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień (Izba wielokrotnie na powyższą okoliczność wskazywała i nadal wskazuje, nie rozumiejąc bagatelizowania tej instytucji przez wielu profesjonalnych uczestników rynku). Ogólne wyjaśnienia, nie uzasadniające wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewające wątpliwości co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, powinny skutkować odrzuceniem oferty. W orzecznictwie przesądzono także, że wyłącznie formalne zrealizowanie obowiązku przez wykonawcę, a więc złożenie wyjaśnień ogólnych, lakonicznych i nie stanowiących wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, nie może prowadzić do pozytywnej ich weryfikacji. Uznano bowiem, że skoro wykonawca nie uzasadnił i nie wykazał elementów kosztotwórczych zaoferowanej ceny, to tym samym nie jest możliwa ocena, czy stanowi ona cenę realną. Podkreślenia przy tym ponownie wymaga, że Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których sam wykonawca nie opisuje własnej sytuacji i które pozostają nieudowodnione. Pogląd ten jest wielokrotnie powtarzany w orzecznictwie KIO (wyroki KIO o sygn. akt: KIO 267/15, KIO 2721/15, KIO 2813/15, KIO 2785/15, KIO 371/16, KIO 482/16, KIO 484/16, KIO 559/16, KIO 2406/15, KIO 818/15, KIO 925/15, KIO 1410/15, KIO 1415/15, KIO 422/17, KIO 416/17), a z ich treści wynika, iż wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie Pzp, powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne, uniwersalne, rozległe, bez przywołania niezbędnych dowodów. Podobnie w wyroku KIO o sygn. akt: KIO 1363/13 oraz wyrok KIO o sygn. akt: KIO 239/14.

Dodatkowo pewne stwierdzenia podnoszone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie Izba traktuje jako o charakterze polemicznym, gdyż po pierwsze dowody Zamawiającego załączone do odpowiedzi na odwołanie (Kopie zezwolenie na prace - prace nieeksploatacyjne nr 29/AB/TPE/15 z 30.11.2015 r., na podstawie którego miały zostać wykonane przez DGP prace polegające na czyszczeniu piaskowników nr 1, 2 i 3;

Kopie Karty bieżącego składu brygady do wskazanego wyżej zezwolenia) co do liczby pracowników nie mają charakteru rozstrzygającego, gdyż dotyczą tylko jednej z zakwestionowanych czterech pozycji, po drugie nie odnoszą się do roboczogodzin, ani w żaden sposób nie odpowiadają na pytanie ilu pracowników założył Przystępujący do realizacji zamówienia i jak wpłynęło to na zaoferowaną przez niego cenę (a o koszty zatrudnienia był pytany w wezwaniu).

Izba zastrzega, że nie widzi podstaw do ewentualnego ponownego wezwania do wyjaśnień, po pierwsze dlatego, że wezwanie jednoznacznie wymagało złożenia dowodów i wykazanie kosztów zatrudnienia, czyli okoliczności które obejmowało już pierwotne wezwanie, po drugie ewentualne dodatkowe wyjaśnienia wiązałyby się z całościowym przebudowaniem przedłożonej tabeli w szczególności w zakresie kosztów zatrudnienia i ostatecznej liczby pracowników przewidzianych i założonych do wyceny przez Przystępującego. Izba w tym zakresie podnosi, za wyrokiem KIO z 25.04.2014 r., sygn. akt: KIO 725/14: „(...) *prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy*”. Izba także przypomina za wyrokiem KIO z 06.08.2015 r., sygn. akt: KIO 140/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15: „(...) *Nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)*”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek

Odwołującego o zasądzenie kosztów w wysokości - 4.716,63 zł, tzn. wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 1116,63 zł zgodnie z przedłożonymi rachunkami (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia)

**Przewodniczący:**

.....