

**WYROK  
z dnia 24 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez Odwołującego: Rafako Engineering sp. z o.o., ul. Łąkowa 33, 47- 400 Racibórz w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o., ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa

przy udziale wykonawcy R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi elektryczne i elektroenergetyczne R. D., Wysogotowo zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 641/18 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Rafako Engineering sp. z o.o., ul. Łąkowa 33, 47- 400 Racibórz i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Rafako Engineering sp. z o.o., ul. Łąkowa 33, 47- 400 Racibórz tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego: Rafako Engineering sp. z o.o., ul. Łąkowa 33, 47- 400 Racibórz na rzecz Zamawiającego: Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o., ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:.....**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o., ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa wszczął postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia pn: „Eksploatacja gazociągów w/c w zakresie układów technologicznych, ochrony antykorozyjnej i części elektrycznej oraz usuwania awarii i stanów awaryjnych na terenie działania PSG sp. z o.o. Oddział Zakład Gazowniczy w Koszalinie, Szczecinie i Gorzowie Wielkopolskim z podziałem na 8 zadań/części”, nr referencyjny 2017/WBOO/WP-000479 - zadania 2, 4, 6.

Ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 grudnia 2017 r. r. pod numerem 2017/S 232-484393.

W dniu 23 marca 2018r. Odwołujący: Rafako Engineering sp. z o.o., Wysogotowo, ul. Łąkowa 33, 47- 400 Racibórz powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi elektryczne i elektroenergetyczne R. D., zwanego dalej R. D. lub Przystępujący.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań w zadaniu 2, 4 i 6 polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy R. D.,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez R. D. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt.

Powyższym czynnościom zarzucił naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty R. D. i wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt,

2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona.

Z uwagi na powyższe zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert dokonanej w postępowaniu w zakresie zadania 2,4 i 6 i:

- a. dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty R. D.,

b. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący przyznał, że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym nie ma wątpliwości co do tego, że Zamawiający miał prawo i słusznie skorzystał z instytucji wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), bowiem cena zaofferowana przez wykonawcę R. D. na zadaniu 2, 4 i 6 - jest niższa o ponad 30% - od wartości zamówienia i o 30% niższa od średniej pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

W konsekwencji, podniósł, że w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający miał nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek zastosować procedurę wyjaśnienia ceny.

Zauważył przy tym, że Zamawiający nie może korzystać z tej procedury niejako tylko dla formalizmu, tj. wówczas gdy ma uzasadnione przekonanie, że złożona oferta jest prawidłowo wyceniona, ale dla zwykłej formalności, ze względu na obowiązek z art. 90 ust. 1 Pzp, wzywa do tych wyjaśnień, w istocie ich wcale nie oczekując.

Wskazał także, że zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy.

Zatem powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli chce je obalić, musi wykazać, iż zaofferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia.

Zwrócił także uwagę, że domniemanie rażąco niskiej ceny powoduje dla wykonawcy taki skutek, że musi on je obalić w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w ramach procedury oceny ofert.

W konsekwencji w razie złożenia odwołania na ewentualny wybór podmiotu wcześniej wezwanego do wyjaśnień ocenie podlegać powinno to, czy zamawiający dysponując takimi, a nie innymi wyjaśnieniami prawidłowo je ocenił i wybrał ofertę danego wykonawcy.

Dodatkowo podkreślił, że sam brak wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbytnia ogólnikowość) stanowi podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że na zadaniach 2, 4 i 6 R. D. złożył następujące oferty:

- a) zadanie 2 - 338.791,20 zł brutto (kwota jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający- 611.700,89 zł brutto);
- b) zadanie 4 - 212.236,50 zł brutto (kwota jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający- 414.566,33 zł brutto);
- c) zadanie 6 - 125.583,00 zł brutto (kwota jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający- 247.951,21 zł brutto).

Stwierdził przy tym, że już pobieżna analiza tych cen wskazuje, iż znacząco obiegają one od kwot które przeznaczył Zamawiający na realizację Zamówienia (odpowiednio: zadanie 2 - ok. 45%, zadanie 4 - ok. 49%, zadanie 6 - ok. 49%).

W ocenie Odwołującego - ceny zaoferowane przez R. D. na tych zadaniach są rażąco niskie.

Analizując treść złożonych przez R. D. wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny – Odwołujący zwrócił uwagę, iż jako dowód należytego wyliczenia ceny R. D. przedstawił umowy przedwstępne z osobami, które zamierza zatrudnić.

Zaznaczył przy tym, iż zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, Zamawiający wymagał zatrudnienia tych osób na umowę o pracę (punkt 4.10 i nast. SIWZ).

Według Odwołującego treść tych umów wskazuje, iż przyjęta w nich wysokość wynagrodzenia jest nierealna, bowiem R. D. przyjął zatrudnienie tych osób w przeliczeniu na pełen etat za kwotę 2.100 brutto, co stanowi kwotę niewiarygodną, albowiem średnia wynagrodzeń na tego typu stanowiskach jest co najmniej dwukrotnie wyższa.

Odwołujący wskazał, iż na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 397/18, która odbyła się w dniu 16 marca 2018 r., R. D. podnosił, iż utajnienie wykazu osób oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny spowodowane było m.in. faktem, iż osoby przedstawione do realizacji zamówienia przez R. D. mają wyjątkowe kwalifikacje, a takich osób jest bardzo mało w skali kraju, stąd też konieczność chronienia ich danych.

Zdaniem Odwołującego - wyjaśnienia te pozostają jednak w sprzeczności z przyjętym wynagrodzeniem tych osób, o stawce bardzo niskiej, zasadnej dla osób bez żadnych kwalifikacji i doświadczenia.

Według Odwołującego - oparcie swego wyliczenia dla osób z doświadczeniem i stosownymi uprawnieniami budzi poważne wątpliwości co do ich wiarygodności i rzetelności.

Oprócz przyjętej stawki wynagrodzenia wątpliwości Odwołującego wzbudził także przyjęty czas realizacji w warunkach, gdy oferty składane były w dniu 4 stycznia 2018r., a realizacja zamówienia na tych zadaniach trwać miała do 31 grudnia 2018r.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że poza samymi przeglądami, w zakres zadania wchodziło usuwanie awarii i stanów awaryjnych, co oznaczało konieczność utrzymywania tych osób w gotowości przez cały okres trwania zamówienia, podczas gdy w swoich wyliczeniach R. D. przyjął okres rozliczenia pracowników za 7 miesięcy na całość zadań, co - zdaniem Odwołującego - jest zaniżone i nie uwzględnia specyfiki zamówienia, a w szczególności konieczności utrzymania całego zespołu przez okres blisko 12 - miesięcy (czas na moment składania ofert).

W ocenie Odwołującego - konieczność utrzymania całego zespołu potwierdza także treść umów przedwstępnych, z których wynika czas trwania umowy o pracę do dnia 31 grudnia 2018 r.

Odnosząc się do wyliczonego przez R. D. nakładu pracy, Odwołujący wskazał, iż posiada doświadczenie w realizacji tego typu zamówienia, gdyż wykonywał te czynności wcześniej.

Natomiast, zauważył, że doświadczenie R. D. sprowadza się do wykonania pewnych czynności na gazociągu w trakcie budowy oraz wykonania prac serwisowych na krótkim odcinku gazociągu.

Stąd też - zdaniem Odwołującego - wynika niedoszacowanie czasu pracy przez R. D. i tym samym zaniżenie przez niego kosztów.

Odwołujący zaznaczył również, że R. D. założył ilość wyjazdów związanych z realizacją zamówienia w oparciu o założenia, iż nie wystąpią jakiegokolwiek komplikacje, co stanowi założenie nierealne, co dodatkowo potwierdza, że oferta jest niedoszacowana.

Odwołujący wskazał, iż według harmonogramów zeszłorocznych, które realizował w tych samych terminach należało wykonywać prace w różnych zakładach, a wg przedstawionej oferty R. D. na każdym z zakładów podane zostały te same osoby (dwie brygady po dwie osoby).

Odwołujący wyjaśnił również, że przez cały okres eksploatacji (2017) były przypadki, gdy część instalacji była uszkodzona (uszkodzona Stacja Ochrony Katodowej, zwana dalej SOK), należało stację zdemontować, a następnie przekazać do serwisu i po około tygodniowej naprawie należało ponownie zamontować naprawioną stację i wykonać ponownie pomiary wg harmonogramu.

Zdarzały się przypadki, że w trakcie częściowo wykonanych pomiarów w ochronie przeciwkorozyjnej następowała usterka i pomiary musiały być przerwane, a następnie po usunięciu usterki ponownie wykonane, co oznaczało, iż wyższa ilość wyjazdów niż była pierwotnie szacowana.

Wskazał również, że zgodnie z harmonogramami przeglądy SOK były wykonywane w innych terminach niż przeglądy zasilania SOK, co oznacza, że na każdej stacji ochrony katodowej potrzeba być przynajmniej 2 razy, a zgodnie z harmonogramami było to 4 razy.

Zauważył również, że w latach poprzednich Zamawiający (PSG) życzył sobie, aby przeglądy punktów wykonywać w innych terminach niż konserwację tych punktów (najpierw przegląd punktów i wg przeglądu konserwacja łącznie z naprawami i uzupełnieniem np. drobnych braków zaciski itp.).

Dlatego – w opinii Odwołującego - w wycenie nie można ujmować tylko wyjazdu jednorazowego do danego punktu tylko minimum 2 razy.

Dodatkowo zaznaczył, iż zgodnie z SIWZ szacowane wynagrodzenie uwzględniać powinno kwoty za usuwanie stanów awaryjnych, przy czym prace dotyczące usuwania stanów awaryjnych są pracami hipotetycznymi, których Zamawiający nie musi zlecić.

Natomiast w kwocie ryczałtowej R. D. przyjął te kwoty w pełnej wysokości jako przychód: zadanie 2 - 23.790,00 zł, zadanie 4 - 61.650,00 zł, zadanie 6- 28.900,00 zł (szczegółowy formularz ofertowy).

Według Odwołującego - oparcie przychodu na tych kwotach jest dalej idącym ryzykiem i

nie może stanowić podstawy kalkulacji pewnego przychodu.

Odwołujący wskazał, iż suma wszystkich napraw stanów awaryjnych w 2017 roku, na wszystkich trzech zadaniach wynosiła 7.650,00 zł.

Tymczasem R. D. wlicza do przychodu kwotę ponad 100.000,00 złotych wykazując, iż dzięki temu osiągnie dochód.

Powyższe, wydaje się Odwołującemu zawyżone i w związku z tym wskazał, iż cena jest rażąco niska, zwłaszcza, że wartość łączna ofert na zadania 2, 4 i 6 to ok. 600.000,00 zł, tj. założona wartość 100.000,00 zł za usuwanie stanów awaryjnych stanowi, aż 17% tego wynagrodzenia.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, iż każdy wykonawca musi przewidzieć koszt wykonania takiej usługi i zapewnić zatrudnienie pracowników na wypadek wystąpienia takich zdarzeń, zwłaszcza, iż umowa przewiduje bardzo krótki czas na reakcję wynoszący 120 min. od daty zgłoszenia oraz kary umowne za opóźnienie w realizacji.

Odwołujący wskazał również, iż w ofercie R. D. nie ujął kosztów obsługi przez specjalistę ds. BHP, który musi być brany pod uwagę przy uzgadnianiu prac gazo - niebezpiecznych w danym Zakładzie PSG, a wymóg ten zawarty jest w instrukcji eksploatacji.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2018r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca R. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi elektryczne i elektroenergetyczne R. D., Wysogotowo, zwany dalej Przystępującym.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 5 lutego 2018r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 7 lutego 2018r. wraz z wyjaśnieniami do części II, IV i VI oraz kalkulacjami, protokołu postępowania, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 marca 2018r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 14 kwietnia 2018r., pisma procesowego



Przystępującego z dnia 17 kwietnia 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z przedmiotowego przetargu z powodu rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zaoferowana przez Przystępującego cena brutto wynosiła następujące kwoty:

- 1) zadanie 2 - 338.791,20 zł brutto;
- 2) zadanie 4 - 212.236,50 zł brutto;
- 3) zadanie 6 - 125.583,00 zł brutto.

Izba ustaliła również, że przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości brutto 2 485 489, 83 zł, przy czym na zadanie nr 2 – 611 700,89 zł brutto, na zadanie nr 4 – 414 566, 33 zł brutto oraz na zadanie nr 6 – 247 951, 21 zł brutto.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba stanęła na stanowisku, że powołane na wstępie wyjaśnienia Przystępującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny nie dawały Zamawiającemu podstawy do potwierdzenia jej istnienia.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do

przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W związku z tym, że wzbudziły wątpliwości Zamawiającego pewne elementy kosztowe zaoferowanej przez Przystępującego ceny, a także wystąpiły powyższe przesłanki ustawowe Zamawiający miał podstawę prawną do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę.

Jednocześnie, należy zaznaczyć, że w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana

ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi przez Przystępującego dowodami potwierdziła, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym także rażąco niskiego kosztu osobowego.

Zdaniem Izby - przedłożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz dowodem w postaci siedmiu umów przedwstępnych o pracę z dnia 2 stycznia 2018r. przewidujących wynagrodzenie zasadnicze za pracę w wysokości 2100 zł brutto za etat (4 umowy), 1050 zł brutto za ½ etatu(2 umowy), 525, 00 zł za ¼ etatu(1 umowa) na czas określony do 31 grudnia 2018r., kalkulacje kosztowe 2018r., wykazały realność ceny w zakresie ceny/kosztu odnoszącego się do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

Poza tym - w przekonaniu Izby - Przystępujący udowodnił, że zaoferowana przez niego cena ma charakter rynkowy, bowiem powołane wyżej wyjaśnienia w tym zakresie zawierają stosowną kalkulację poszczególnych kosztów za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Należy wskazać, że Przystępujący w swojej kalkulacji podał koszty bezpośrednie uwzględniające wynagrodzenie 7 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę stosownie do wymagań SIWZ według stawki nie niższej niż minimalne wynagrodzenie przewidziane obowiązującym prawem, koszt utrzymania pojazdów wraz z podaniem planowanej liczby kilometrów, diety pobytowe na delegacji, koszty noclegów, wydatki związane z delegacjami, a także koszty materiałów związanych z usuwaniem awarii.

Przedmiotowa kalkulacja zawierała również zestawienie kosztów pośrednich, które w szczególności obejmowały:

- 1) amortyzację sprzętu pomiarowego,
- 2) koszty prowadzenia biura,
- 3) rezerwę na ryzyka,

Jednocześnie, w swojej kalkulacji Przystępujący pokazał bilans obejmujący zysk brutto przed opodatkowaniem, a także przewidział premię motywacyjną dla pracowników.

Ostatecznie, Przystępujący wskazując obciążenie podatkowe z tytułu wykonania usługi określił wysokość zysku netto.

W swoim odwołaniu Odwołujący nie podważał powyższych wyliczeń kalkulacyjnych, poza kosztami wynagrodzenia pracowników.

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień(dowodów) przedłożonych przez Przystępującego - według zapatrywania Izby - celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej istotnych kosztów.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący nie udowodnił, że koszty osobowe w ofercie Przystępującego są nierealne.

W powyższym zakresie Izba oparła się o powołane wyżej przedwstępne umowy o pracę.

Jeżeli chodzi o przedstawione przez Odwołującego umowy o pracę w ramach dowodu nr 5, które były zawarte w dniu 20 czerwca 2007r. na kwotę 2 500 zł brutto miesięcznie i aneksowane w dniu 1 stycznia 2018r. na kwotę 4 400 zł, Izba stwierdziła, że aneksy nie zawierały danych osób związanych umową o pracę, a także podpisu pracownika.

Powyższe braki nie przekonały Izby, co do możliwości dojścia do skutku tych zmian umownych.

Jednocześnie - w ocenie Izby – okoliczność obowiązywania określonej stawki wynagrodzenia z tytułu umowy o pracę u jednego wykonawcy nie może stanowić skutecznego przeciwdowodu wobec stawki wynagrodzenia u innego wykonawcy.

Nadto, z treści samych umów nie wynika zakres obowiązków pracownika, który może być zupełnie inny u różnych pracodawców, a w związku z tym wycena danego wykonawcy nie musi być na poziomie takim, jak chce Odwołujący.

Przedłożone przez Odwołującego umowy mogą, co najwyżej dowodzić możliwości i zdolności pozyskania pracownika za określoną wartość, lecz nie przesądzają o tych możliwościach u Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu nie uwzględnienia w kosztach czasu realizacji zamówienia Izba stwierdziła, że harmonogram wynikający z załącznika nr 3.2 do wzoru umowy będzie określał częstotliwość wykonywania poszczególnych czynności.

Wymaga jednak zauważenia, że Zamawiający nie określił w SIWZ w jakim czasie w wymiarze miesięcznym nastąpi wykonanie czynności eksploatacyjnych.

Izba przy tym uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że założenie Przystępującego przyjmujące za wystarczający na realizację tego zadania okres 7 miesięczny do dnia 31 grudnia 2018r. jest wadliwe.

Należy również zaznaczyć, że Przystępujący wbrew twierdzeniom Odwołującego przewidział możliwość wystąpienia komplikacji przy wyjazdach na realizację usługi, co potwierdza założona w kalkulacji rezerwa na ryzyka.

Nadto, Izba postanowiła nie uwzględniać dowodów od nr 1 do nr 4 jako niezwiązanych bezpośrednio z obecnie realizowanym przedmiotem zamówienia, a także niezawierających jakiejkolwiek motywacji poza ogólnymi tezami dowodowymi, nie odnoszącymi się do kalkulacji Przystępującego.

W zakresie zarzutu Odwołującego niedoszacowania przez Przystępującego kosztów wynikających z obsługi stanów awaryjnych Izba doszła do przekonania, że szacunek w tym zakresie zawsze będzie miał charakter uznaniowy danego wykonawcy, bowiem ryzyko z tym związane wynika z okoliczności nieprzewidywalnych.

Odwołujący nie wykazał przy tym, że stan techniczny instalacji będącej przedmiotem zamówienia przed złożeniem oferty był przedmiotem oględzin wykonawców, umożliwiając im lepszą ocenę ryzyka, co potwierdza istnienie ich ograniczonej wiedzy w tej materii, a wobec tego szacowane przez Przystępującego koszty w tym zakresie – w ocenie Izby - mieszczą się w granicach ryzyka gospodarczego.

W związku z tym Izba przyjęła za wystarczającą wskazaną w kalkulacji Przystępującego rezerwę na ryzyka.

Ostatecznie, Izba nie uznała zarzutu Odwołującego odnoszącego się do obowiązku Przystępującego poniesienia dodatkowych kosztów obsługi przez specjalistę BHP, z tego powodu, że nie uzasadnił istnienia takiego zobowiązania.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, w warunkach, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:.....**