

**Sygn. akt: KIO 1789/18**

**WYROK**  
**z dnia 21 września 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2018 r. przez Odwołującego: ENGIE Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Szpital Bielański im. ks. Jerzego Popiełuszki - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy STRABAG Property and Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: ENGIE Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: ENGIE Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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) 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

Szpital Bielański im. ks. Jerzego Popiełuszki - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Kompleksowa obsługa techniczna i eksploatacyjna Szpitala Bielańskiego w Warszawie” (numer postępowania ZP-49/2018), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 czerwca 2018 roku pod nr 2018/S 114-259639.

W dniu 7 września 2018 r. wykonawca ENGIE Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego i zarzucił mu naruszenie:

1. art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG Property and Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej Przystępujący lub Strabag), mimo, że zaistniały ku temu przesłanki, w postaci niezłożenia przez Strabag należytych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 90 ust. 2 Pzp, przez uznanie, że Strabag wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, polegające na wyborze oferty niezgodnie z kryteriami opisanymi w SIWZ - Zamawiający wybrał ofertę, która winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności - odrzucenie oferty Przystępującego, z uwagi na nie złożenie przez Strabag należytych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz brak wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
  2. powtórna ocenę ofert złożonych w postępowaniu,
  3. wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego,
- oraz
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 15 000 zł uiszczonej przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15 000 zł, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odwołujący od 8 lat realizuje umowy o zakresie analogicznym do przedmiotu zamówienia, więc doskonale zna koszty związane z realizacją tego typu zadań. Był wobec tego świadomy, że nie jest możliwym wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę wskazaną przez firmę Strabag, dlatego też pismem wysłanym do Zamawiającego dnia 7 sierpnia 2018 roku, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający, 8 sierpnia 2018 roku poinformował uczestników postępowania o anulowaniu powyższej czynności oraz o zamiarze ponownego badania i oceny złożonych ofert. Następnie, w trybie art. 90 Pzp, zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty.

W odpowiedzi na powyższe Strabag, pismem z 14 sierpnia 2018 r. zatytułowanym „Wyjaśnienie Wykonawcy dotyczące zaoferowanej ceny”, stwierdził, że:

1. Na wysokość ceny miały wpływ następującego okoliczności:
  - a. fakt posiadania zespołów mobilnych o niewykorzystanych zasobach osobowych,
  - b. wykonanie prac siłami własnymi,
  - c. obecność Strabag na polskim rynku usług technicznych od kilkunastu lat,
  - d. realizacja wielu kontraktów,
  - e. brak uwzględnienia pomocy publicznej przy obliczaniu ceny.
2. Stawka godzinowa oparta została o koszt wynagrodzenia techników na podstawie umów o pracę, a przyjęte koszty pracy nie były niższe od minimalnego wynagrodzenia.

3. Wykonanie umowy za wskazaną cenę zapewni osiągnięcie zakładanego przez wykonawcę zysku i będzie opłacalne przy zachowaniu obowiązujących reguł rynkowych.

W załączeniu do pisma, Przystępujący przedstawił tabelę wskazującą zakładane wynagrodzenie 20 osób zatrudnionych na pełen etat, koszty materiałów (1 450 złotych), koszty środków łączności, abonamentów, komputer, drukarka, warsztat narzędziowy (3 450 złotych), odzież robocza środki BHP (4 780 złotych), koszty letniego utrzymania w tym sprzęt mechaniczny taki jak mikrociągnik spalinowy, kosa spalinowa (9 650 złotych), rezerwa osobowo-techniczna (28 917,46 złotych), zakładany zysk (6 879,14 złotych). W związku z powyższymi wyjaśnieniami, 29 sierpnia 2018 roku, Zamawiający ponownie, jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Przystępującego. W odpowiedzi, tego samego dnia Odwołujący wskazał, że powyższe wyjaśnienia były niewłaściwe i niewystarczające. Zamawiający niezgodnie z przepisami Pzp nie odrzucił oferty Przystępującego, z uwagi na brak złożenia (złożenie nienależyte) wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Skoro Zamawiający, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie ceny oferty, powinien był udzielić wyjaśnień przeanalizować. Wtedy stwierdziłby, że pismo Przystępującego, mimo tytułu, nie zawierało wyjaśnień – jedynie kilka lakonicznych twierdzeń, na podstawie których w żaden sposób nie można było ustalić, w jaki sposób wyliczył cenę oferty i tym samym, czy cena ta jest stosowna do przedmiotu zamówienia. Załączona do pisma tabela nie stanowiła natomiast kalkulacji ceny, a jedynie wypisanie części kosztów związanych z wykonaniem umowy - i to z błędami.

Zaproponowany przez Przystępującego skład osobowy do wykonania przedmiotu umowy był zbyt mały. Założone w ofercie 20 osób nie byłoby w stanie wykonać przedmiotu zamówienia - brak co najmniej 8 pełnych etatów. Odwołujący wykonując porównywalne umowy, zatrudniał przy ich wykonaniu 30 osób na pełen etat. Dopiero taki skład pozwalał na wykonanie przedmiotu umowy.

Z wyjaśnień Przystępującego wynikało, że nie uwzględnił między innymi:

1. osób niezbędnych do wykonania prac budowlanych - dotychczasowe zapotrzebowanie Szpitala wskazywało, że powinny to być minimum 2 osoby, które przez cały rok będą wykonywać prace codzienne związane z naprawami i remontami budowlanymi pomieszczeń szpitalnych,
2. osób niezbędnych do wywożenia odpadów medycznych i komunalnych – ze względów jak wyżej powinny to być minimum 4 osoby - nieregularne wywożenie odpadów medycznych z Oddziałów szpitalnych jest nie zgodne z instrukcjami BHP obowiązującymi w Szpitalu Bielańskim oraz z przepisami prawa,
3. osób niezbędnych do codziennego porządkowania terenu (zamiatanie, opróżnianie

koszy, odśnieżanie, koszenie, wycinanie drzew, itp.). Osoby te wykonują także codzienne prace transportowe związane z funkcjonowaniem Szpitala - powinny to być minimum 2 osoby,

4. osób niezbędnych do wykonania znacznej ilości prac ślusarskich związanych z naprawami wyposażenia Szpitala - powinny to być minimum 3 osoby.

Ponadto Przystępujący nie uwzględnił szeregu kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, między innymi:

1. czyszczenia wentylacji zgodnie z wymogami SIWZ i obowiązującymi przepisami (28 000 złotych netto za jednorazowe czyszczenie - koszt roczny),
2. pomiarów elektrycznych pięcioletnich, zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ,
3. kosztu zakupu wózków do odpadów medycznych zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ,
4. utrzymania zimowego,
5. zakupu narzędzi indywidualnych, wyposażenia warsztatu, wyposażenia szatni pracowniczej i wyposażenia biura,
6. prac alpinistycznych na dachach zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ,
7. wynajmu „WUKO” w celu udrażniania kanalizacji szpitalnej,
8. wymaganych prawem specjalistycznych badań lekarskich pracowników,
9. wynajęcia pomieszczeń od Szpitala zgodnie z umową stanowiącą załącznik do SIWZ.

W wyjaśnieniach Strabag pozycja „koszt materiałów” określona została na kwotę 1 450 złotych brutto na miesiąc. Koszt ten być może uwzględnił drobne materiały do prac konserwacyjnych, ale z całą pewnością nie materiały określone w pkt 10 ppkt 5 Opisu Przedmiotu Zamówienia. Zgodnie z kalkulacją Odwołującego, przy uwzględnieniu wyżej powołanego postanowienia OPZ, koszt ten powinien wzrosnąć o co najmniej 1 700 złotych brutto miesięcznie. Przedstawiona kalkulacja nie zawierała również kosztów prowadzenia działalności (koszty pośrednie).

Kalkulacja zawierała istotny błąd zaniżający koszty personelu: w kolumnie „wynagrodzenia brutto brutto miesięcznie” Strabag nie uwzględnił kosztu VAT 23%. Mimo to traktował te koszty jakby VAT był wliczony - sumaryczną wartość kosztów „wynagrodzeń brutto brutto miesięcznie” Przystępujący zsumował dalej łącznie z innymi składnikami kosztów w ujęciu brutto. W efekcie otrzymał wartość brutto miesięcznego ryczaftu 171 978,60 zł, czyli wartość zgodną z wartością brutto z oferty przetargowej. W wyniku tylko tego błędu koszty zostały zaniżone o 26 875,96 zł miesięcznie.

Przystępujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu dla wykazania, że cena jego oferty nie była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, po otrzymaniu wyjaśnień Przystępującego, powinien odrzucić ofertę, mimo,

że przysługiwało mu prawo wezwania wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień. Jednak aby zamawiający mógł „dopytać” wykonawcę najpierw musi otrzymać wyjaśnienia - nie jakiegokolwiek, ale konkretne, będące odpowiedzią na wezwanie. Dodatkowe wezwanie do wyjaśnień ma na celu tylko doprecyzowanie niejasności. W sytuacji kiedy złożone wyjaśnienia były tak ogólnikowe, że zawierały treści wymagającej doprecyzowania, nie było podstaw do dodatkowego wezwania.

Na etapie postępowania przed KIO, kwestia czy cena zaproponowana przez Strabag ma charakter ceny rażąco niskiej nie ma już znaczenia. Przedmiotem rozważań Izby powinna być wyłącznie czynność Zamawiającego, polegająca na ocenie złożonych wyjaśnień i zasadność odrzucenia albo zaniechania odrzucenia oferty.

W okresie wykonywania przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego analogicznych usług jak te opisane w przedmiocie zamówienia, Odwołujący otrzymywał miesięczne wynagrodzenie w kwocie 149 793,86 zł netto (przy obowiązku utrzymywania załogi 30 osób oraz z uwzględnieniem podwyżek wynagrodzenia, wynikających ze wskaźników GUS). Kwota ta pokrywała koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz minimalny zysk. Argumentacja Strabag, że cena wskazana w ofercie była tak niska wynika z faktu, że umowę wykona siłami własnymi, jest obecny na polskim rynku usług technicznych od kilkunastu lat i realizował wiele kontraktów jest bez znaczenia wobec faktu, że Odwołujący też odznacza się tymi właściwościami, a nie byłby w stanie wykonać zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Strabag (przy uwzględnieniu choćby pokrycia kosztów tego zlecenia).

W myśl art. 90 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. Ustęp 2 przedmiotowego przepisu wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, a ustęp 3, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień, wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wobec zaistniałego stanu faktycznego, Zamawiający winien był uznać, że Przystępujący nie złożył należytych wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej ceny i nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym jego oferta podlegała odrzuceniu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania. Izba nie uwzględniła stanowiska Przystępującego podnoszącego, że ze względu na znacznie wyższą od kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia cenę oferty Odwołującego, niemożliwe jest uzyskanie przez niego zamówienia. Strabag wskazał, że Zamawiający do tej pory nie zwiększył planowanego budżetu inwestycji, ani nie zadeklarował chęci takiego działania na wypadek wyboru oferty Odwołującego, więc w tej sytuacji odwołanie winno zostać oddalone. W ocenie Izby twierdzenie, że jedynym możliwym scenariuszem w przypadku odrzucenia oferty Strabag jest unieważnienie postępowania na tym etapie jest niezasadne. Zamawiający jest uprawniony do zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia, a zatem do momentu ewentualnego unieważnienia postępowania nie można wykluczyć zaistnienia takiego zdarzenia. Co za tym idzie dopiero w chwili prawomocnego dokonania czynności unieważnienia postępowania uzasadnione byłoby stwierdzenie, że określony wykonawca nie ma interesu do wniesienia odwołania ze względu na niemożność uzyskania zamówienia. Na obecnym etapie postępowania jego unieważnienie to zdarzenie o charakterze przyszłym i niepewnym, zatem nie może być podstawą do oddalenia zarzutów w oparciu o uznanie, że Odwołujący nie ma interesu do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.



**Zarzuty naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo niezłożenia przez niego należytych wyjaśnień dotyczących zaofferowanej ceny oraz z uwagi na rażąco niską cenę oferty tego wykonawcy w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie potwierdziły się.**

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty - Przystępującego (cena oferty - 8 254 972,80 zł brutto) oraz Odwołującego (9 815 400,00 zł brutto). Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalona została na 7 174 285,70 zł netto, kwota, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia wynosiła 8 824 371,42 zł brutto (tj. wartość szacunkowa powiększona o 23-procentową stawkę VAT).

W dniu 3 sierpnia 2018 r. Zamawiający upublicznił ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując, że wybrana została oferta Przystępującego. Jedynym kryterium wyboru była najniższa cena. Ofercie Przystępującego przyznano 100 pkt, Odwołującego 84,1 pkt.

W dniu 7 sierpnia 2018 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie wybranej jako najkorzystniejsza. Uzasadniając swoje twierdzenie Odwołujący wskazał: „W związku z ogłoszonymi wynikami Przetargu i wskazaną przez firmę Strabag ceną w kwocie 8 254 972,80 złotych, wskazuję, iż w ocenie Spółki, zaproponowana cena wydaje się rażąco niska, w stosunku do przedmiotu zamówienia. Spółka, wykonując od 8 lat umowy, obejmujące swym zakresem przedmiot Przetargu, doskonale zna koszty związane z wykonaniem obowiązków wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Mając na względzie powyższe, Spółka wyraża opinię, iż nie jest możliwym wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę wskazaną przez firmę Strabag. Spółka, przedstawiając swoją ofertę, skrupulatnie wyliczyła wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia i stwierdza, że zaproponowana przez firmę Strabag cena nie powinna wystarczyć nawet na poniesienie kosztów bezpośrednich, związanych z realizacją Zamówienia, a tym samym uznać ją należy za rażąco niską”. Reakcją Zamawiającego było ogłoszenie z 8 sierpnia 2018 r. o anulowaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie uzasadnienia kalkulacji ceny oferty: „W związku z anulowaniem decyzji z dnia 03.08.2018 r. o wyborze oferty Państwa Firmy jako najkorzystniejszej w postępowaniu o zamówienie publiczne na kompleksową obsługę techniczną i eksploatacyjną Szpitala Bielańskiego w Warszawie (ZP-49/2018) spowodowanym zgłoszonymi zastrzeżeniami co do poprawności wyliczenia ceny oferty oraz ponownym badaniem i oceną ofert, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy (...), Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie określonym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W dniu 07.08.2018 r. wpłynęło do Zamawiającego zawiadomienie

uczestnika postępowania dotyczące zaoferowania przez Państwa firmę rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca w swoim piśmie stwierdził, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę zaproponowaną przez Państwa Firmę”. 14 sierpnia 2018 r. Przystępujący odpowiedział na wezwanie wskazując m. in.:

„Wyjaśniając elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny informujemy, że:

- Na terenie Warszawy dysponujemy 12 zespołami mobilnymi, które posiadają niewykorzystane zasoby osobowe, co zapewnia nam przewagę konkurencyjną przy realizacji przedmiotowej usługi;
- Wykonywanie prac siłami własnymi pozwala na uniknięcie składnika kosztowego marży podwykonawców;
- Obecność STRABAG PFS Sp. z o. o. na polskim rynku usług technicznych od kilkunastu lat oraz europejskie umowy ramowe koncernu STRABAG pozwalają na optymalizację kosztów związanych z zakupem materiałów eksploatacyjnych i urządzeń będących jednym ze składników kosztowych ceny;
- Koncern STRABAG realizuje wiele projektów co świadczy zarówno o doświadczeniu, zasobach, jak i zdolności realnej wyceny projektu;
- W kalkulacji niniejszej oferty nie wykorzystywaliśmy faktu udzielenia pomocy publicznej w jakiegokolwiek formie na podstawie odrębnych przepisów”.

Do wyjaśnień załączona została kalkulacja w formie tabelarycznej zawierająca zestawienie planowanych miesięcznych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, uwzględniająca następujące elementy:

1. 10 elektryków,
2. 7 hydraulików,
3. 1 technika w specjalności gazów medycznych,
4. 1 kierownika,
5. 1 zastępcy kierownika,
6. materiały,
7. środki łączności, abonamenty, komputer, drukarka, warsztat narzędziowy,
8. odzież robocza, środki BHP,
9. koszty letniego utrzymania w tym sprzęt mechaniczny taki jak mikrociągnik spalinowy, kosa spalinowa,
10. rezerwa osobowo-techniczna,
11. zakładany zysk.

Zamawiający 29 sierpnia 2018 r. upublicznił ogłoszenie o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego, wskazując m. in.: „wykonawca (...) złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami. Dokonana ocena

wyjaśnień, potwierdza, że oferta (...) nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówieniu”.

Dokonany wybór został zaskarżony przez Odwołującego. W dniu 14 września 2018 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył o uwzględnieniu w całości jego zarzutów. Przystępujący Strabag na podst. art. 186 ust. 4 Pzp wniósł sprzeciw od czynności uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę niewielką różnicę między ceną oferty Przystępującego, a kwotą przeznaczoną na realizację przedmiotu zamówienia oraz fakt, że żaden z uczestników postępowania nie kwestionował prawidłowości ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia Izba uznała, że oferta Przystępującego nie zawierała rażąco niskiej ceny. Odwołujący próbował kwestionować wiarygodność oferty konkurenta, ale podnoszone przez niego argumenty mające potwierdzać twierdzenia nie były poparte żadnymi dowodami, a jedynie odwołaniem do własnego, wieloletniego doświadczenia. Art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Niedopuszczalne jest jednak, by ogólnikowe, nie poparte dowodami, ani nawet nie uprawdopodobnione zarzuty miały prowadzić do konieczności wykazania realności ceny oferty przez wykonawcę. Dla zrealizowania się obowiązku dowodowego wynikającego z art. 90 ust. 2 Pzp niezbędne jest wskazanie istnienia podstaw do podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny. Tymczasem Odwołujący nie wykazał powodów, dla których oferta Przystępującego była jego zdaniem nierealna, niemożliwa do realizacji za zaproponowaną cenę. Odwołujący wprawdzie wskazał jakich elementów nie wycenił Przystępujący, ale zgodnie z treścią SIWZ nie miał obowiązku ich ująć. Wszystkie koszty żądane przez Zamawiającego zostały przez Przystępującego zawarte w kalkulacji stanowiącej załącznik do wyjaśnień. W zakresie koniecznego do realizacji przedmiotu zamówienia personelu SIWZ (uwzględniając zmianę wprowadzoną 3 lipca 2018 r.) stanowił:

„6. Warunki udziału w postępowaniu.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

6.1. nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 i ust. 5 pkt 1, 2, 4 i 8 Pzp.

6.2. spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:

1) zdolności zawodowej i technicznej, tj.: Wykonawca spełni warunek, jeżeli:(...)

b) skieruje do wykonania zamówienia co najmniej następujące osoby:

1) kierownika zespołu konserwatorów, posiadającego uprawnienia elektryczne GI: o napięciu znamionowym powyżej 1 kV (do 20kV), agregaty prądotwórcze powyżej 50 kW dozоровe i eksploatacyjne; G2: na sieci i instalacje cieplne wraz

z urządzeniami pomocniczymi o przesył ciepła powyżej 50 kW dozоровe i eksploatacyjne;

- 2) z-ca Kierownika zespołu konserwatorów, posiadającego uprawnienia elektryczne GI : o napięciu znamionowym powyżej 1 kV (do 20kV), agregaty prądowórcze powyżej 50 kW dozоровe i eksploatacyjne; G2: na sieci i instalacje cieplne wraz z urządzeniami pomocniczymi o przesył ciepła powyżej 50 kW dozоровe i eksploatacyjne;
- 3) co najmniej czterech (4) konserwatorów pełniących funkcję elektryka, posiadających uprawnienia elektryczne GI o napięciu znamionowym powyżej 1 kV (do 20kV), agregaty prądowórcze powyżej 50 kW dozоровe i eksploatacyjne ; G2 na sieci i instalacje cieplne wraz z urządzeniami pomocniczymi o przesył ciepła powyżej 50 kW dozоровe i eksploatacyjne, każdy;
- 4) co najmniej sześciu (6) konserwatorów pełniących funkcję elektryka, posiadających uprawnienia elektryczne GI o napięciu znamionowym powyżej 1 kV (do 20kV), agregaty prądowórcze powyżej 50 kW eksploatacyjne; G2 na sieci i instalacje cieplne wraz z urządzeniami pomocniczymi o przesył ciepła powyżej 50 kW eksploatacyjne, każdy;
- 5) co najmniej pięciu (5) konserwatorów pełniących funkcję hydraulika, posiadających uprawnienia elektryczne GI o napięciu nie wyższym niż 1 kV eksploatacyjne; G2 na sieci i instalacje cieplne wraz z urządzeniami pomocniczymi o przesył ciepła powyżej 50 kW eksploatacyjne, każdy;
- 6) konserwator pełniący funkcję osoby do obsługi instalacji gazów medycznych posiadającego minimum 3 letnie doświadczenie w obsłudze instalacji gazów medycznych (tlen, sprężone powietrze, próżnia, podtlenek azotu);
- 7) co najmniej dwóch (2) konserwatorów pełniących funkcję hydraulika, posiadających zaświadczenie o szkoleniu spawalniczego lub świadectwo egzaminu spawacza lub książkę spawacza, każdy. (...)

Dopuszcza się sprawowanie dwóch lub więcej funkcji przez jedną osobę, z wyłączeniem czynności do których osoba nie ma uprawnień”.

W dniu 3 lipca 2018 r. na pytanie zadane przez jednego z wykonawców: „Czy Zamawiający wymaga określonej liczby osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę? Jaka dokładnie liczba osób ma być zatrudniona na umowę o pracę — 20, jak wynika z danych wskazanych w SIWZ, czy 30 jak wynika z § 6 ust. 8 wzoru umowy?” Zamawiający odpowiedział informując, że ust. 8 i 9 wzoru umowy zostaje usunięty.

W pozostałym zakresie określenie ilości niezbędnych pracowników Zamawiający pozostawił do wyboru wykonawcom.

O ile należy się zgodzić z Odwołującym, że złożone wyjaśnienia miały ogólnikowy charakter, o tyle w ocenie Izby korespondowały one z równie ogólnikowym wezwaniem do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia te zawierały jednak informacje o sposobie kalkulacji ceny oraz o elementach jakie zostały uwzględnione przez Przystępującego.

Dla oceny złożonych wyjaśnień istotne są okoliczności, które doprowadziły do wezwania do ich złożenia. Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, że jedynym powodem, dla którego skierował wezwanie do Przystępującego był fakt wpływu pisma od Odwołującego z informacją o rażąco niskiej cenie oferty Strabag. Otrzymanych informacji Zamawiający nie poddał krytycznej analizie, po jego stronie nie wystąpiły żadne wątpliwości dotyczące realności ceny oferty Przystępującego. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp stanowi: „Jeżeli zaofferowana 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 (...)”. Z dyspozycji przytoczonego przepisu wynika, że podstawą wezwania są wątpliwości zamawiającego. Wykonawca, w granicach uczciwej konkurencji, uprawniony jest do przekazywania zamawiającemu materiałów i informacji, dotyczących ofert pozostałych uczestników postępowania, ale to zamawiający, jako gospodarz postępowania obowiązany jest do należytej analizy otrzymanych danych i na ich podstawie do podejmowania – bądź nie – odpowiednich czynności. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień było bezpodstawne.

Zauważyć należy, że w przypadku, gdy nie istnieją podstawy do postawienia wykonawcy zarzutu rażąco niskiej ceny, przy wynikającym z art. 90 ust. 2 Pzp ciężarze dowodu wykazanie jej adekwatności do przedmiotu zamówienia jest bardzo trudne. Nie da się przedstawić dowodów na np. zastosowanie metod pozwalających uzyskanie znacznych oszczędności, czy też sprzyjających dla wykonawcy warunków realizacji zamówienia, jeżeli cena zawarta w ofercie jest zwykłą ceną rynkową obliczoną przy wykorzystaniu standardowych metod bez wykorzystania jakichkolwiek nadzwyczajnych okoliczności i technik.

Biorąc pod uwagę, że Przystępujący uwzględnił w kalkulacji załączonej do wyjaśnień wszystkie elementy wymagane przez SIWZ, brak dowodów na zasadność podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, brak podstaw do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz brak podstaw do stwierdzenia jej wystąpienia Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego nie potwierdził się.

W konsekwencji, Izba uznała za niezasadne pozostałe zarzuty odwołania, tj.: art. 90 ust. 2 Pzp, przez uznanie, że Strabag wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp, polegające na wyborze oferty, która winna podlegać odrzuceniu.

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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:.....**