

Sygn. akt: KIO 3414/21

WYROK
z dnia 7 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 grudnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2021 r. przez **wykonawcę M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Lireco eco M. K. z siedzibą w Gdyni** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Akademię Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte z siedzibą w Gdyni**

przy udziale **wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VEGATECH M. K. z siedzibą w Gdyni** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Lireco eco M. K. z siedzibą w Gdyni** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Lireco eco M. K. z siedzibą w Gdyni tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Akademia Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte z siedzibą w Gdyni - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Nadzór i obsługa serwisowo-eksploatacyjna kotłowni gazowo-olejowych, węzłów cieplnych, systemów solarnych i instalacji c.w.u. i c.o. w obiektach AMW w Gdyni oraz kotłowni olejowej w AOS w Czernicy”, nr postępowania: 47/ZP/21*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 września 2021 r., za numerem 2021/BZP 00174619/01.

W dniu 22 listopada 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Lireco eco M. K. z siedzibą w Gdyni – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania wezwania Wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą VEGATECH M. K. z siedzibą w Gdyni – dalej Przystępujący lub Vegatech M. K., do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokonania wyboru jego oferty pomimo, że oferta może zawierać rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w szczególności wybór oferty bez wyjaśnienia ceny w sytuacji gdy Odwołujący sygnalizował Zamawiającemu, że cena zaproponowana przez Vegatech M. K. wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 224 ust. 1 ustawy pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny oferty złożonej przez wybranego Wykonawcę Vegatech M. K. polegającej na zaniechaniu wezwania wybranego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych ceny celem wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty ww. Wykonawcy pomimo iż Odwołujący sygnalizował w piśmie z dn. 9 listopada 2021r. wadliwą cenę oferty;

3. art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy pzp poprzez uznanie, że oferta wybranego Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty Vegatech M. K.;
- 2) dokonania powtórnej oceny i badania ofert z uwzględnieniem wezwania Wykonawcy Vegatech M. K. do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał na wymagania jakie stawia Zamawiający w celu prawidłowej realizacji umowy. Zamawiający oczekuje aby przedmiot zamówienia był realizowany przez osoby odpowiedzialne za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi posiadającymi następujące kwalifikacje i uprawnienia: 1 osoba uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych i gazowych; 2 osoby posiadającymi aktualne uprawnienia grupy „D” do wykonywania prac na stanowisku dozoru w zakresie: obsługi, konserwacji, remontów, montażu, kontrolnopomiarowym dla Grupy 1,2,3; 4 osoby posiadającymi aktualne uprawnienia grupy „E” do wykonywania prac na stanowisku eksploatacji w zakresie: obsługi, konserwacji, remontów, montażu, kontrolno-pomiarowym dla Grupy 1,2,3, 1 osoba posiadającą dokument ukończenia kursu serwisowego w zakresie konserwacji i eksploatacji palników dwupaliwowych w zakresie mocy 2350 kW firmy OILON; 1 osobą do kierowania usługą, która posiada doświadczenie bezpieczeństwa osobowego w zakresie dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „ZASTRZEŻONE”, jedną osobą posiadającą dokument ukończenia szkolenia z zakresu konserwacji urządzeń firmy GAZEX typu Dex – ASBiG; 2 osoby posiadającymi dokument ukończenia szkolenia technicznego w zakresie serwisu kolektorów słonecznych: Vitosol firmy Viessmann. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 95 ustawy pzp wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących pracę w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t. j. Dz.U.2020.1320 z późn. zm.), co bezwzględnie wymaga zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę i musi obejmować wszystkie publicznoprawne zobowiązania pracodawcy. Zamawiający nie dopuszcza do realizacji prac osób z orzeczeniem o niepełnosprawności (odpowiedzi na pytania z 14 września 2021r.); Zamawiający wymaga całodobowej obsługi urządzeń oraz nadzoru mienia, tj. stałej 24 h na dobę, 7 dni w tygodniu obecności na obiekcie osób

wyznaczonych do realizacji umowy; Zgodnie z Rozdziałem 16 „Sposób obliczenia ceny” Zamawiający wymaga aby cena oferty uwzględniała wszystkie zobowiązania wynikające z umowy, tj. wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami SWZ i uwzględniać cały zakres przedmiotu zamówienia (w tym podatki i narzuty). W pkt 1.11 OPZ Zamawiający wskazuje „W kalkulacji cenowej należy uwzględnić czynności, materiały i sprzęt niezbędny do wykonania usług określonych w pkt. 1.6.;1.7; 1.8; 1.9; 1.10. brutto w rozbiciu na: a) Stały nadzór i obsługę serwisowo – eksploatacyjną: tj.: koszt usługi za jeden miesiąc x 36 miesięcy = łączny koszt za 36 miesięcy. b) Koszt czynności określonych w pkt.1.10 Opisu przedmiotu zamówienia (Opz). Zamawiający w dokumentach zamówienia oraz we wzorze umowy szczegółowo opisał rodzaj i zakres czynności jakie powinien podjąć Wykonawca w celu prawidłowej realizacji umowy. Opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 2 do SWZ. Wskazuje on min. na konieczność: ujęcia kosztów wyposażenia w sprzęt komputerowy i zakupu programu do wizualizacji, umożliwiających kontrolę poboru gazu kompatybilny z istniejącym korektorem objętości firmy COMMON CMK-02; ujęcia kosztów przeglądów serwisowych wykonywanych przez autoryzowane serwisy lub partnerów serwisowych producentów urządzeń FAKO oraz DANFOSS również po zakończeniu okresu gwarancji; uwzględnienia kosztów zakupów materiałów eksploatacyjnych (dysze, filtry, elektrody) i konserwacyjnych niezbędnych do realizacji umowy: drobne materiały eksploatacyjne, środki chemiczne niezbędne do poprawnego działania stacji uzdatniania wody (sól), żarówki do oświetlenia wewnętrznego i zewnętrznego w budynkach, utylizacja skroplin z kominów kotłowni w ilości ok. 100 litrów, uwzględnienia dodatkowych osób bądź dojazdu obsługi do Akademickiego Ośrodka Szkoleniowego w Czernicy w celu przeprowadzenia planowanych czynności obsługowych (1x w miesiącu rozruch agregatu) lub usunięcia awarii; posiadania pogotowia technicznego, które w ciągu 1 godziny podejmie prace związane z usuwaniem awarii- zgodnie z informacją Zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył, że sygnalizował Zamawiającemu, że cena zaproponowana przez Vegatech M. K. wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego zaproponowane przez wybranego Wykonawcę warunki cenowe związane z wykonaniem zamówienia w znaczący sposób odbiegają od przyjętych reguł rynkowych oraz poddają pod wątpliwość opłacalność złożonej oferty. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek zweryfikowania oferty zarówno pod względem formalnym jak również merytorycznym. Brak właściwej kontroli i bierność Zamawiającego a w szczególności brak reakcji na wniosek Odwołującego z dn. 9 listopada 2021r. o zbadanie czy oferta Wykonawcy Vegatech M. K. nie zawiera rażąco niskiej ceny doprowadziły do sytuacji, w której naruszone zostały podstawowe zasady zamówień publicznych, tj. zasada uczciwej konkurencji i

równego traktowania wykonawców. Zaniechanie wezwania Wykonawcy Vegatech M. K. do złożenia wyjaśnień dot. kalkulacji ceny oferty prowadzi do nieprawidłowości w całym procesie udzielenia zamówienia publicznego, a w efekcie do wyboru oferty przygotowanej z pominięciem reguł uczciwej konkurencji. Wybór oferty co do której istnieją uzasadnione przesłanki, że zawiera rażąco niską uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkurowanie na równych i sprawiedliwych zasadach. Powołał się na opinię UZP.

Odwołujący wskazał dalej, że kalkulując koszt realizacji zamówienia należy przyjąć założenia wynikające po pierwsze z wymagań Zamawiającego, po drugie z obowiązujących przepisów prawa oraz po trzecie z indywidualnej specyfiki prowadzenia działalności gospodarczej. Zamawiający wymaga zatrudnienia w oparciu umowy o pracę osób realizujących prace w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t. j. Dz.U.2020.1320 z późn. zm.). Zgodnie z tym zaleceniem osoby realizujące codzienny nadzór nad urządzeniami oraz obsługę serwisowo- konserwacyjną winni być zatrudnieni na umowę o pracę. Ponadto Zamawiający wymaga stałej całodobowej obecności na obiekcie przez 7 dni w tygodniu, również w Święta. Zakładając, że do stałej obsługi wystarczy jedna osoba na 8- godzinnej zmianie to przy założeniu, że pracowników obowiązuje 40 h tydzień pracy- do codziennej obsługi jest wymagane minimum 4,2 etatu. Wynika to z obliczeń: 7 dni x 24h/ 40 godz.= 4,2 etatu. Zamawiający wymaga nadzoru i koordynacji realizowanych prac. Biorąc pod uwagę zakres umowy, rozległość obiektu, konieczność koordynowania prac na wielu płaszczyznach Odwołujący przewiduje, że minimalny wymiar etatu osoby wykonującej powyższe czynności to 0,5 etatu. Zamawiający wymaga również dysponowania ekipą serwisantów, którzy w ciągu godziny od momentu zgłoszenia awarii przystąpią do jej naprawy. Z tym że, nie mogą być to te same osoby, które wykonują bieżącą, codzienną obsługę i nadzór nad urządzeniami. W wyjaśnieniach składanych na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 2716/20) Zamawiający określił stan instalacji jako „wiekowy” i wymagający interwencji w sytuacjach awaryjnych jednocześnie zakwalifikował naprawy awaryjne jako usługi bieżące wykonywane nie rzadziej niż raz w miesiącu. W oparciu o te informacje Odwołujący przyjął, że do realizacji prac związanych z usuwaniem awarii we wszystkich lokalizacjach należy zabezpieczyć pracowników w łącznym minimalnym wymiarze 0,5 etatu. Dodatkowo Zamawiający wymaga dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych i gazowych wraz z aktualnym wpisem do Izby Inżynierów Budownictwa. Wykonawca deklaruje samodzielne dysponowanie taką osobą, zatem można domniemywać, że jest to osoba zatrudniona w oparciu o umowę o pracę bądź zlecenie. Do wyliczeń przyjęto minimalny wymiar czasu pracy Inspektora tj. 0,125 etatu. Na

dzień składania ofert były już znane stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2022r., nie budzi zatem żadnych wątpliwości fakt, że oferty składane w przedmiotowym postępowaniu winny uwzględniać obowiązujące wymogi prawne, w tym wzrost płacy minimalnej od dnia 1 stycznia 2022 roku. Biorąc pod uwagę termin realizacji przedmiotu zamówienia koszty będą wyglądały następująco: Kwota wynagrodzenia za pracę w 2021r. (1 miesiąc świadczenia usługi) wynosi 2800,00 zł brutto. Kwota wynagrodzenia za pracę w 2022r. (35 miesięcy świadczenia usługi) wynosi 3010,00 zł brutto. Koszty leżące po stronie pracodawcy: składka emerytalna 9,76%, składka rentowa 6,5%, składka wypadkowa referencyjna 1,67, składki na FP i FS- 2,45%, składka na FGŚP- 0,1%. Z uwzględnieniem tych wartości koszt pracodawcy na jeden pełny etat wyniesie odpowiednio 573,44 zł w 2021r. oraz 616,46 zł w 2022r. (dowód: kalkulacja obciążeń składowych pracodawcy w 2021r. oraz w 2022 r. Zakładając, że do kalkulacji ceny oferty przyjęto stawkę minimalnego wynagrodzenia za pracę koszt wynagrodzeń wraz z kosztami pracodawcy może wynieść: $5,325 \text{ etatu} \times (2800\text{zł} + 573,44\text{zł}) \times 1 \text{ m-c} = 17\,963,57 \text{ zł}$ $5,325 \text{ etatu} \times (3010 \text{zł} + 616,46 \text{zł}) \times 35 \text{ m-cy} = 675\,881,48 \text{ zł}$

Do tych kosztów należy doliczyć koszty związane z zastępstwem na czas urlopów. Można przyjęć współczynnik rezerwy urlopowej wg wzoru: dni urlopu średniorocznie / (dni robocze - dni urlopu). Pracownicy wskazani w wykazie osób przez wybranego Wykonawcę są długoletnimi pracownikami zatem do kalkulacji przyjęto wymiar urlopu w liczbie 26 dni. Przykładowo liczba dni roboczych w 2022 r. wyniesie 251 dni pracujących $26 / (251 - 26) = 0,116$ Narzut rezerwy urlopowej wyniesie w 2021 r. $17\,541,89 \times 0,116 = 2\,083,77 \text{ zł}$. Narzut rezerwy urlopowej wyniesie w pozostałym okresie. $660\,015,72 \times 0,116 = 78\,402,25 \text{ zł}$. Nie wolno także zapominać o kosztach jakie zobowiązany jest ponieść pracodawca w związku z zatrudnieniem pracowników w oparciu o umowę o pracę t. j. koszty badań lekarskich (minimum jeden raz w trakcie trwania umowy), koszty szkoleń BHP, koszty zastępstwa na czas choroby- zwłaszcza w czasie pandemii, kiedy ryzyko wystąpienia zachorowania jest znacznie wyższe niż zwyczajowo, koszty programu pracowniczych planów kapitałowych, koszty zakupu środków ochrony indywidualnej, obuwia, odzieży oraz prania odzieży. Są to indywidualne koszty przedsiębiorcy wobec tego Odwołujący nie będzie narzucał swojego przyjętego sposobu kalkulacji. Niemniej jednak jest to istotny czynnik wpływający na cenę oferty i przy założeniu, że wybrany Wykonawca zadeklarował 6 osób do realizacji umowy to łączne koszty w skali umowy wyniosą nawet kilkanaście tysięcy. Poza kosztami pracowniczymi Wykonawca zobowiązany jest ująć koszty bezpośrednio wynikające z wymagań zamawiającego: koszty wyposażenia w sprzęt komputerowy i zakupu programu do wizualizacji, umożliwiających kontrolę poboru gazu kompatybilny z istniejącym korektorem

objętości firmy COMMON CMK-02- koszt sprzętu komputerowego z akcesoriami oraz podstawowym oprogramowaniem oscyluje w granicach 3000 zł do tego należy doliczyć koszt zakupu szafki telemetrycznej i oprogramowania firmy Common- ok 2500 zł, uwzględnienia kosztów zakupów materiałów eksploatacyjnych (dysze, filtry, elektrody) i konserwacyjnych niezbędnych do realizacji umowy: drobne materiały eksploatacyjne, środki chemiczne niezbędne do poprawnego działania stacji uzdatniania wody (sól), żarówki do oświetlenia wewnętrznego i zewnętrznego w budynkach, środki czystości do utrzymania porządku w pomieszczeniach- należy założyć minimalny koszt zakupu materiałów w kwocie 500 zł miesięcznie co w skali umowy daje kwotę 18 000 zł, ujęcia kosztów przeglądów serwisowych wykonywanych przez autoryzowane serwisy lub partnerów serwisowych producentów urządzeń FAKO oraz DANFOSS również po zakończeniu okresu gwarancji- Firma Vegatech M. K. nie figuruje jako Autoryzowany Serwis lub Partner Serwisowy powyższych producentów zatem jest zobligowana do ujęcia powyższych kosztów w kalkulacji ceny oferty- koszt ten może oscylować w kwocie kilku tysięcy zł w skali całej umowy, ujęcia kosztów zakupu niezbędnego sprzętu i narzędzi niezbędnych do realizacji umowy z uwzględnieniem amortyzacji, koniecznością zakupu nowego sprzętu, legalizacją urządzeń. Ponadto w cenie oferty uwzględnia się również koszty związane z wykonywaną działalnością: koszt utrzymania pojazdów, paliwa, amortyzacji- obiekt w Czernicy jest oddalony o 120 km od siedziby Wykonawcy- wykonawca powinien zatrudnić dodatkową osobę do wykonywania bieżących zadań na miejscu (np. 1x w miesiącu rozruch agregatów) bądź zapewnić dojazd pracownika na miejsce świadczenia usługi, koszt utrzymania biura (koszty zatrudnienia pracowników „nieprodukcyjnych”- kadry, księgowość, obsługa i utrzymanie biura, koszty administracyjne), zysk przedsiębiorcy- w uproszczeniu jest to nadwyżka przychodów z danej umowy nad kosztami przedsiębiorcy. Powinien on uwzględniać wydatki związane z rozwojem przedsiębiorstwa, zobowiązanie podatkowe, ryzyko związane z realizacją umowy- Zamawiający przewiduje szereg kar umownych w przypadku nienależytej realizacji umowy oraz jak wynika z OPZ w przypadku ponadnormatywnego zużycia gazu. Wykonawca deklaruje w ofercie wydłużony okres gwarancji na wymieniane elementy i urządzenia do 72 miesięcy. Standardowo okres gwarancji producenta wynosi 24 miesiące zatem wybrany Wykonawca ponosi ryzyko związane koniecznością wymiany/ naprawy elementów, których sprawne działanie zapewnia w wydłużonym okresie gwarancji. W obecnej chwili występuje również czynnik inflacji, który również należy wziąć pod uwagę zwłaszcza w pierwszych 12 miesiącach świadczenia usługi. Zamawiający w OPZ pkt 1.10 wymagał odrębnego skalkulowania wykonania wymiany i napraw niektórych elementów instalacji wraz z kosztem zakupu materiałów. Na podstawie załączonego wykazu Odwołujący zwrócił się do

producentów lub dystrybutorów urządzeń o przedstawienie oferty cenowej na zakup tych urządzeń. Z otrzymanych propozycji wynika, że koszt zakupu urządzeń wskazanych przez Zamawiającego przewyższa kwotę jaką zaproponował Wykonawca Vegatech M. K. w ofercie tj. 26 500,00 zł brutto. Analizy wymaga czy Wykonawca ujął w tych czynnościach wszystkie koszty zakupu materiałów i urządzeń. Zakres prac jest znaczny zatem zbadania wymaga również czy składowa ceny oferty dotycząca czynności ujętych w § 1 ust 3 pkt VI projektu Umowy zawiera koszty robocizny i nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca jako czynny podatnik VAT jest zobowiązany do odprowadzenia na rzecz Skarbu Państwa podatku w wysokości 23 %. Aby należycie wycenić usługę do wszystkich kosztów jakie ponosi Wykonawca należy dodać należny podatek VAT. To wszystko i wiele więcej czynników składa się na cenę oferty. Z przywołanej niepełnej kalkulacji wynika, że w okresie 36 miesięcy wybrany Wykonawca może ponieść koszty związane tylko z zatrudnieniem pracowników rządu 774 331,07 zł co już przekracza kwotę netto jaką zaproponował Vegatech M. K. . Założenie obejmowało wynagrodzenia w stawce najniższej płacy minimalnej. Trudno uwierzyć, że wynagrodzenia specjalistów posiadających wymagane uprawnienia plasują się na takim poziomie. Ponadto jak wykazano Wykonawca musi ponieść szereg kosztów dodatkowych związanych z realizacją umowy, których wysokość może sięgać kilkudziesięciu tysięcy zł. Zamawiający w toku badania i oceny ofert jest zobligowany do zbadania czy cena oferty daje pewność, że usługa zostanie zrealizowana należycie i zgodnie z wymogami. Takie uprawnienia daje Zamawiającemu dyrektywa art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający dostał sygnał w piśmie z dn. 9 listopada, w którym Odwołujący wskazywał szereg czynników, na które należy zwrócić uwagę kalkulując cenę oferty i wnioskował o wezwanie Wykonawcy Vegatech M. K. do złożenia stosownych wyjaśnień. Wezwanie miało doprowadzić do wglądu Zamawiającego w źródła i wysokość kosztów realizacji zamówienia, o których Zamawiający być może nie ma takiej wiedzy jak wykonawcy, którzy na co dzień realizują tego typu usługi. Trudno mu więc ocenić realność ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że przepisy ustawy pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. Okoliczność, czy w danym wypadku oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską należy bowiem rozpatrywać z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. Próg 30% poniżej średniej arytmetycznej wszystkich ofert lub poniżej wartości zamówienia powinien być traktowany jako sygnał ostrzegawczy dla Zamawiającego a nie być czynnikiem determinującym wezwanie do złożenia wyjaśnień. Powołał się na wyrok KIO 945/17. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podpisaną przez przedstawiciela Zamawiającego w dn. 8 września br. tj. przed terminem ogłoszenia Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości

minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. Nie wiadomo zatem czy Zamawiający kalkulując wartość zamówienia uwzględnił wzrost płac od stycznia 2022r. i czy kwota ta nie byłaby wyższa gdyby Zamawiający zaktualizował wartość zamówienia o pozyskane informacje.

Zamawiający odpowiedzi na odwołanie nie złożył, a na rozprawie wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości, przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 3 grudnia 2021 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą VEGATECH M. K. z siedzibą w Gdyni.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (Kalkulator obciążeń składkowych pracodawcy zleceniodawcy 2021 oraz 2022), zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego oraz dowody złożone przez Odwołującego (informacja z otwarcia ofert z dnia 3 września 2018 r. w analogicznym postępowaniu dla Zamawiającego, informacja z otwarcia ofert z dnia 18 września 2018 r. w analogicznym postępowaniu dla Zamawiającego, wyrok KIO 1277/20, informacja z otwarcia ofert z dnia 11 maja 2021 r. oraz

5 sierpnia 2021 r. w postępowaniu dla AMW KWATERA, umowa nr 162/2018 wraz z Aneksami nr 2 oraz ogłoszeniem o zmianie umowy, wykaz osób złożony w postępowaniu z 2018 r. przez Przystępującego oraz w obecnym postępowaniu, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w analogicznym postępowaniu dla Zamawiającego z 2018 r., wyrok KIO 2716/21, informacja o kwocie przeznaczony na realizację zamówienia z dnia 18 sierpnia 2021 r. w postępowaniu na Budowę budynku ACTP, informacja z otwarcia ofert z dnia 18 sierpnia 2021 r. w ww. postępowaniu oraz informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 września 2021 r., protokół prowadzonego postępowania oraz zrzut ekranu), Zamawiającego (umowa nr 162/2018 wraz z 4 Aneksami oraz fakturami z tytułu realizacji umowy – 12 szt.) i Przystępującego (wyczenie kosztów wraz z dowodami oraz umowa nr 284/F/2020 r.).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem 16 SWZ: „Sposób obliczenia ceny”: „1. Cena oferty musi uwzględniać wszystkie zobowiązania wynikające z umowy, tj. wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami SWZ i uwzględniać cały zakres przedmiotu zamówienia (w tym podatki i narzuty). Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT - jeżeli występuje.”

Zgodnie z Rozdziałem 21 SWZ „Informacje o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli Zamawiający je przewiduje”: „1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) 4) zdolności technicznej lub zawodowej (...) 2. Wykonawca musi dysponować osobami, (załącznik nr 12) skierowanymi do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami; Za spełnienie tego warunku

zamawiający uzna dysponowanie przez wykonawcę osobami: 1) Kierownikiem posiadającym uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych i gazowych. Wskazana osoba musi posiadać aktualne zaświadczenie z Izby Inżynierów Budownictwa ważne w okresie trwania przedmiotu zamówienia. 2) Dwoma osobami: a) posiadającymi aktualne uprawnienia grupy „D” do wykonywania prac na stanowisku dozoru i eksploatacji w zakresie obsługi, konserwacji, remontu, montażu, kontrolno – pomiarowych urządzeń, instalacji i sieci zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28.04.2003r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji sieci (Dz.U. nr 89, poz.828 z późn. zm.), b) spełniającymi wymagania kwalifikacyjne do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w zakresie: obsługi, konserwacji, remontów, montażu, kontrolno-pomiarowym dla następujących urządzeń, instalacji i sieci poniższych grup: Grupa 1 - Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną, a w szczególności muszą obsługiwać: urządzenia i instalacje elektroenergetyczne o napięciu nie wyższym niż 1kV, zespoły prądotwórcze o mocy powyżej 50kW, elektryczne urządzenia w wykonaniu przeciwwybuchowym, aparaturę kontrolno-pomiarową oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji; sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych jw. Grupa 2 - Urządzenia wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające ciepło oraz inne urządzenia energetyczne a w szczególności muszą obsługiwać: kotły wodne na paliwa stałe, płynne i gazowe o mocy powyżej 50kW wraz z urządzeniami pomocniczymi, sieci i instalacje cieplne wraz z urządzeniami pomocniczymi, o przesyle ciepła powyżej 50kW, aparaturę kontrolno-pomiarową oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji; sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych jw. Grupa 3 – Urządzenia, instalacje i sieci gazowe wytwarzające, przetwarzające, przesyłające, magazynujące i zużywające paliwa gazowe a w szczególności muszą obsługiwać: sieci gazowe rozdzielacze o ciśnieniu nie wyższym niż 0,5MPa(gazociągi i punkty redukcyjne, stacje gazowe), urządzenia i instalacje gazowe o ciśnieniu nie wyższym niż 5 kPa, aparaturę kontrolno-pomiarową urządzeń i instalacji wymienionych jw. 3) Czterema osobami: a) posiadającymi aktualne uprawnienia w zakresie (E) - zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28.04.2003r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji sieci (Dz.U. nr 89, poz.828 z późn. zm.); b) Spełniającymi wymagania kwalifikacyjne do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji w zakresie: obsługi, konserwacji, remontów, montażu, kontrolno-pomiarowym dla następujących urządzeń, instalacji i sieci poniższych grup: Grupa 1 –

Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzając, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną a w szczególności muszą obsługiwać: urządzenia i instalacje elektroenergetyczne o napięciu nie wyższym niż 1kV, zespoły prądotwórcze o mocy powyżej 50kW, elektryczne urządzenia w wykonaniu przeciwwybuchowym, aparaturę kontrolno-pomiarową oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji; sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych jw. Grupa 2 – Urządzenia wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające ciepło oraz inne urządzenia energetyczne a w szczególności muszą obsługiwać: kotły wodne na paliwa stałe, płynne i gazowe o mocy powyżej 50kW wraz z urządzeniami pomocniczymi, sieci i instalacje cieplne wraz z urządzeniami pomocniczymi, o przesyłce ciepła powyżej 50kW, aparaturę kontrolno-pomiarową oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji; sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych jw. Grupa 3 – Urządzenia, instalacje i sieci gazowe wytwarzające, przetwarzające, przesyłające, magazynujące i zużywające paliwa gazowe a w szczególności muszą obsługiwać: sieci gazowe rozdzielacze o ciśnieniu nie wyższym niż 0,5MPa (gazociągi i punkty redukcyjne, stacje gazowe), urządzenia i instalacje gazowe o ciśnieniu nie wyższym niż 5 kPa, aparaturę kontrolno-pomiarową urządzeń i instalacji wymienionych jw. 4) Minimum jedną osobą posiadającą dokument ukończenia kursu serwisowego w zakresie konserwacji i eksploatacji palników dwupaliwowych w zakresie mocy 2350 kW firmy OI-LON 5) Minimum jedną osobą do kierowania usługą, która posiada doświadczenie bezpieczeństwa osobowego w zakresie dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „ZASTRZEŻONE”, a w przypadku jego braku poświadczenie bezpieczeństwa, które posiada pisemne upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej o dopuszczeniu do prac związanych z dostępem danej osoby do informacji niejawnych o klauzuli „Zastrzeżone” oraz posiada zaświadczenie o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych. 6) Minimum jedną osobą posiadającą dokument ukończenia szkolenia z zakresu konserwacji urządzeń firmy GAZEX typu Dex – ASBiG. 7) Minimum dwiema osobami posiadającymi dokument ukończenia szkolenia technicznego w zakresie serwisu kolektorów słonecznych: Vitosol firmy Viessmann. W przypadku, gdy przedstawiony dokument potwierdzający wymagane kwalifikacje traci ważność w trakcie realizacji zamówienia, należy niezwłocznie przedstawić aktualne zaświadczenie w celu zapewnienia ciągłości wykonania prac.”

W załączniku nr 2 do OPZ wskazano m.in.: „Przedmiotem zamówienia jest: Stały nadzór i obsługa serwisowo-eksploatacyjna kotłowni gazowo-olejowych w budynkach nr 256, 265, węzłów cieplnych, systemów solarnych i instalacji ciepłej wody użytkowej i centralnego ogrzewania zlokalizowanych w obiektach Akademii Marynarki Wojennej (AMW) w Gdyni.

Nadzór i obsługa serwisowo-eksploatacyjna kotłowni olejowej zlokalizowanej w budynku nr 19 w Akademickim Ośrodku Szkoleniowym (AOS) w Czernicy k/Chojnic.; (...) 1.3. Kotłownia olejowa zlokalizowana w budynku nr 19 w Akademickim Ośrodku Szkoleniowym w Czernicy oddalonym od Gdyni ok. 120 km – K3.; (...) 1.6. Wytyczne w zakresie obsługi i eksploatacji: (...) 1.6.2. Wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia we własnym zakresie w sprzęt komputerowy i program wizualizacji, umożliwiający kontrolę poboru gazu kompatybilny z istniejącym korektorem objętości firmy COMMON CMK-02. W przypadku braku kompatybilności sprzętu Wykonawcy z istniejącą instalacją/urządzeniem – Wykonawca dostosuje instalację konieczną do komunikacji pomiędzy urządzeniami we własnym zakresie i na własny koszt. 1.6.3. Obsługa jest całodobowa w zakresie pracy urządzeń kotłowni w budynku 256 i 265 oraz dozoru zewnętrznego w granicach ogrodzenia obiektu 256. (...) 1.10. Niezbędne czynności do wykonania wraz z zakupem materiałów. Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia musi dokonać wymiany następujących urządzeń: (...) 1.11. Kalkulacja cenowa. 1) W kalkulacji cenowej należy uwzględnić czynności, materiały i sprzęt niezbędny do wykonania usług określonych w pkt. 1.6.;1.7; 1.8; 1.9; 1.10. brutto w rozbičku na: a) Stały nadzór i obsługę serwisowo – eksploatacyjną: tj.: koszt usługi za jeden miesiąc x 36 miesięcy = łączny koszt za 36 miesięcy. b) Koszt czynności określonych w pkt.1.10 Opisu przedmiotu zamówienia (Opz).”

Zgodnie z par 1 ust. 3 VI projektu Umowy po zmianach z dnia 27 września 2021 r.: „Niezbędne czynności do wykonania: Wykonawca na własny koszt musi zakupić niezbędne materiały oraz dokonać wymiany następujących urządzeń: (...) - w terminie 30 dni od dnia podpisania Umowy.” brak jest w zakresie naprawy kotłów.

Zgodnie z par 4 załącznika nr 3 do SWZ projektu Umowy po zmianach z dnia 27 września 2021 r.: „1. Termin wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w § 1 ust. 3 pkt I-V – 36 miesięcy licząc od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym następuje podpisanie Umowy. 2. Termin wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w § 1 ust. 3 pkt VI –30 dni od dnia podpisania Umowy.”

W myśl par 8 ust. 1 załącznika nr 3 do SWZ projekt Umowy: „1. Wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wszystkich osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j.Dz.U.2020.1320 z późn. zm.).”

Pismem z dnia 14 września 2021 r. Zamawiający na pytanie nr 1: „Czy Zamawiający dopuszcza do realizacji prac osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności?” Odpowiedział: „Zamawiający nie dopuszcza do realizacji prac osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności.”

Pismem z dnia 2 listopada 2021 r. Zamawiający na pytanie nr 2: „Czy wystąpiły w okresie ostatnich 3 lat jakieś awarie?” Odpowiedział: „W ostatnich trzech latach na terenie AMW wystąpiło kilkanaście awarii na instalacjach: sanitarnej, ciepłej i zimnej wody użytkowej, c.o. oraz elektroenergetycznej, które były usuwane na bieżąco z zachowaniem zapisów umowy przez serwis techniczny firmy świadczącej usługę. Jednocześnie należy zaznaczyć, że ze względu na nieprzewidywalność występowania awarii, ich ilość oraz zakres są trudne do określenia.”

Wartość szacunkowa zamówienia zgodnie z wnioskiem o wszczęcie postępowania wynosiła: 903 959,51 zł.

Zgodnie z informacją o kwocie na sfinansowanie zamówienia Zamawiający założył: 1 111 870,20 zł.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 5 listopada 2021 r. w postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta Odwołującego na kwotę: 1.680.057,00 zł oraz Przystępującego na kwotę: 943.108,00 zł.

Zgodnie z formularzem ofertowym Przystępujący zaoferował: cena netto 766.754,47 PLN, cena brutto 943.108,00 PLN. Koszt usługi za 1 miesiąc 25.461,33 zł brutto, Koszt czynności z § 1 ust 3 pkt VI projektu Umowy 26.500,00 zł brutto.

Pismem z dnia 8 listopada 2021 r. Zamawiający poprawił oczywistą omyłkę rachunkową w ofercie Przystępującego na: „cena brutto 943 107,88 PLN; tj.: Koszt usługi za 1 miesiąc 25.461,33 zł brutto x 36 miesięcy + Koszt czynności z § 1 ust 3 pkt VI projektu Umowy 26.500,00 zł brutto = 943 107,88 PLN.”

Dowody Zamawiający:

- umowa nr 162/2018 zawarta dnia 4 października 2018 r. pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym wraz z Aneksem nr 1 z dnia 27 listopada 2018 r., Aneksem nr 2 z dnia 2 stycznia 2020 r., Aneksem nr 3 z dnia 30 kwietnia 2021 r. oraz Aneksem nr 4 z dnia 30 września 2021 r. – z umowy wynika, że objęta zakresem zamówienia była naprawa kotłów grzewczych (par. 1 ust. 3 VI), zgodnie z par. 6 ust. 1 umowy: „1. Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy za wykonanie przez niego przedmiotu umowy kwotę 928.632,00 zł brutto (słownie: dziewięćset dwadzieścia osiem tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote 00/100), przy czym w pierwszym roku będzie to kwota wynikająca z par. 1 ust. 3 pkt I-VI

umowy w wysokości 31.500,00 zł brutto miesięcznie, zaś w latach następnych kwoty wynikające z par. 1 ust. 3 pkt I-V umowy w wysokości 22.943,00 zł brutto miesięcznie. Płatności dokonywane będą co miesiąc w terminie 14 dni od dnia dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury.”

- z Aneksów wynika, że w trakcie realizacji umowy nie miała miejsca waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę.
- z Aneksu nr 4 wynika następujące miesięczne wynagrodzenie brutto Przystępującego: 24 048,77 zł.
- Faktury z tytułu realizacji ww. umowy (12 szt.). Z faktur wynika, że Przystępujący w roku 2020 r. oraz 2021 r. wykonuje umowę za ceny wskazane w umowie wraz z aneksami.

Dowody Odwołujący:

- z informacji z otwarcia ofert z dnia 3 września 2018 r. w analogicznym postępowaniu dla Zamawiającego wynika, że Przystępujący złożył jako jedyny ofertę na kwotę 608 400,00 zł, a kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosiła: 934 250,00 zł.
- z informacji z otwarcia ofert z dnia 18 września 2018 r. w analogicznym postępowaniu dla Zamawiającego wynika, że Przystępujący złożył jako jedyny ofertę na kwotę 928 632,00 zł, a kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosiła: 934 250,00 zł.
- z wyroku KIO 1277/20 w postępowaniu dla Komendy Portu Wojennego w Gdyni wynika, że Przystępujący w tym postępowaniu ustalił koszt roboczogodziny za dokonywanie napraw i usuwanie awarii w wysokości 17 zł.
- z informacji z otwarcia ofert z dnia 11 maja 2021 r w postępowaniu dla AMW KWATERA wynika, że w postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego na kwotę: 125 112,93 zł oraz Przystępującego na kwotę: 422 631,32 zł.
- z informacji z otwarcia ofert z dnia 5 sierpnia 2021 r w postępowaniu dla AMW KWATERA wynika, że w postępowaniu wpłynęły cztery oferty: Przystępującego na kwotę: 82 041,26 zł, oferta 1: 141 699,88 zł, oferta 2: 148 460,59 zł, oferta 4: 150 300,19 zł.
- z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w analogicznym postępowaniu dla Zamawiającego z 2018 r. wynika, że zamówienie zostało udzielone Przystępującemu za cenę: 928 632,00 zł brutto.
- z wykazu osób złożonego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2018 r. przez Przystępującego wynika, że jeden pracownik ma 6 lat doświadczenia, trzech 1 rok,

a jeden 15 lat doświadczenia. W wykazie osób w niniejszym postępowaniu Przystępujący również wskazał osoby z poprzedniego wykazu.

- z wyroku KIO 2716/21 wynika, że w trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowa instalacja jest wiekowa i może dojść do różnych sytuacji awaryjnych.

- z informacji o kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia z dnia 18 sierpnia 2021 r. wynika, że w postępowaniu na Budowę budynku ACTP Zamawiający przewidział: 29 998 743,44 zł.

- z informacji z otwarcia ofert z dnia 18 sierpnia 2021 r. wynika, że w ww. postępowaniu wpłynęły dwie oferty: pierwsza na kwotę: 49 781 991,60 zł, a druga na kwotę: 44 202 122,99 zł.

- z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 września 2021 r. wynika, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy z ceną ofertową 49 781 991,60 zł.

- z protokołu prowadzonego postępowania wynika, że wartość szacunkową ustalono w dniu 24 sierpnia 2021 r. na podstawie wyliczenia ceny na podstawie faktur z 2020 r.

- ze zrzutu ekranu ze strony wynagrodzenia.pl wynika, że średnie zarobki palaczy kotłowych wynoszą 3600,00 zł brutto.

Dowody Przystępujący: wyliczenie kosztów, w tym:

- koszt komputera wraz z oprogramowaniem i podłączeniem do istniejącej instalacji LAN, (korektor – komputer), oprogramowaniem COMMON darmowe; DOWODY: zrzut ze strony internetowej: cena komputera 999 zł, wiadomość e-mail z firmy COMMON, że każdy komputer z systemem Windows od XP w górę spełnia wymagania sprzętowe dla oprogramowania, warunki użytkowania darmowego oprogramowania autorstwa firmy COMMON S.A.

Przystępujący wskazał na koszt 1500,00 zł – komputer plus robocizna;

- koszt zakupu materiałów eksploatacyjnych: dysze palnikowe 8 szt., sól pastylkowa do regeneracji stacji uzdatniania wody – 500 kg, żarówki, środki czystości 10 szt., legalizacja gaśnic, skropliny; DOWODY: oferta na dysze firmy DANFOSS: 45/35 zł za szt., oferta na sól pastylkową: 40,28 zł za 25 kg, oferta: legalizacja gaśnic między 14-35 zł, utylizacja skroplin – oferta – 8,5 zł za kg.

Przystępujący wskazał na koszt łączny: 6680,00 zł

- koszt przeglądów serwisowych wykonywanych przez serwis lub partnerów serwisowych urządzeń FAKO i DANFOSS – uprawnienia Przystępującego do dokonywania przeglądów; DOWODY: świadectwo autoryzacji firmy FAKO, oświadczenie firmy DANFOSS.

Przystępujący wskazał na brak kosztów w tym zakresie.

- koszt sprzętu (analyzer spalin), narzędzie (klucze, śrubokręty), eksploatacja samochodu (koszt % utrzymania).

Przystępujący wskazał koszt % w skali umowy: 6340,00 zł.

- koszt dojazdu pracownika do obiektu w Czernicy, raz w miesiącu (rozruch agregatu prądotwórczego), przegląd kotłowni – raz w roku.

Przystępujący wskazał 240 km x 1,10 zł x 36 mies. – 9504,00 zł.

- koszty: wynajem pomieszczeń biurowych, biuro rachunkowe i kadry; DOWODY: faktura za wynajem pomieszczeń za mies. listopad 2021 r. – 1566,61 zł, faktura listopad za usługi księgowe – 1300 zł.

Przystępujący wskazał na koszt % w skali umowy: 18345,00 zł.

- koszt kar umownych – nie przewiduje, wypracowane standardy i rozwiązania, które zapobiegają takim sytuacjom, ubezpieczenie firmy i gwarancja należytego wykonania umowy; DOWODY: draft gwarancji należytego wykonania umowy, polisa OC – składka 2373,64 zł.

Przystępujący wskazał na koszt procentowy: 2254,37 zł

- kosztorys wymiany urządzeń; DOWÓD: kosztorys, oferty na urządzenia z czego część na stanie magazynowym.

Przystępujący wskazał na koszt: 26500,00 zł

- serwis awaryjny. Przystępujący wskazał na koszt: 60,00 zł x 300 godz. = 18000,00 zł

- koszt szkolenia BHP/SEP; DOWODY: oferta szkoleniowa 2 szt.: 1260,00 zł, umowa na usługi szkoleniowe – 50,00 zł za osobę.

Przystępujący wskazał na koszt: 5300,00 zł

- koszty odzieży roboczej; DOWODY: Oferta na odzież roboczą: 157,55 zł za szt., buty: 39,99 zł za parę, rękawiczki: 19,67 zł za parę.

Przystępujący wskazał na koszt: 2560,00 zł.

- koszty prania odzieży roboczej: Ekwiwalent za pranie odzieży.

Przystępujący wskazał na koszt: 1100,00 zł.

- koszty badań lekarskich: DOWODY: Aneks do umowy na świadczenia zdrowotne oraz cennik usług zdrowotnych.

Przystępujący wskazał na koszt 6 osób x 300,00 zł = 1800,00 zł.

- koszty pracy pracowników obsługi: DOWODY: Harmonogram pracy dla czterech pracowników na cały etat i dwóch pracowników na łącznie 0,5 etatu. Kosztorys wynagrodzeń uwzględniający minimalne wynagrodzenie za pracę w roku 2021 oraz 2022/2023.

Przystępujący wskazał na łączny koszt: 746849,32 zł.

Łącznie 846732,69 zł, Zysk: 96375,19 zł.

Z dowodu: umowy nr 284/F/2020 r. z dnia 30 grudnia 2020 r. pomiędzy Przystępującym a 18WOG wynika, że za wykonanie przedmiotu umowy polegającego na eksploatacji i konserwacji Stacji uzdatniania wody w okresie od 1 stycznia 2021 r. do 31 marca 2023 r. Przystępujący otrzyma wynagrodzenie w wysokości: 546 210,00 zł, mies. 20 230,00 zł.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”*

W myśl art. 224 ust. 1 ustawy pzp: *„1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.”*

Zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy pzp: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”*

Istota sporu pomiędzy Stronami sprowadzała się do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający był zobowiązany do skierowania wezwania do Przystępującego w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy pzp celem wyjaśnienia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby, mając na względzie poczynione ustalenia faktyczne na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że Odwołujący postawił zarzut zaniechania odrzucenia oferty za rażąco niską cenę, jednak przed odrzuceniem oferty Zamawiający jest zobowiązany skierować do wykonawcy wezwanie do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w żądaniach odwołania, w których Odwołujący domaga się skierowania do Przystępującego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp.

Izba zwraca również uwagę, że nie było sporne pomiędzy Stronami, że w rozpoznawanej sprawie cena oferty Przystępującego nie była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej ofert oraz od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Zaznaczyć należy, że ustawa pzp nie przewiduje obowiązku wezwania do wyjaśnień w takiej sytuacji, a jedynie gdy pomimo niewystąpienia ustawowej różnicy „*cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.*”

Dyspozycja powyższego przepisu determinuje rozkład ciężaru dowodu w przypadku postawienia zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy pzp. Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 224 ust. 1 ustawy pzp przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciąża – na zasadach ogólnych – Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty Przystępującego lub takie jej elementy składowe, które mają charakter istotny, są tak niskie, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności. W ocenie Izby Odwołujący nie podołał temu obowiązkowi.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego podniesionych w odwołaniu w zakresie poszczególnych kosztów koniecznych do kalkulacji ceny gwarantujących należytą realizację zamówienia, wskazania wymaga, że przedstawione wartości wynikają z założeń przyjętych wyłącznie przez Odwołującego, a nie z obiektywnych okoliczności determinujących wysokość składników cenowych. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że przyjęty przez niego poziom elementów ceny jest prawidłowy w świetle cen rynkowych i możliwości Przystępującego. Odwołujący podnosił w pierwszej kolejności, że cena oferty Przystępującego jest niewystarczająca na pokrycie najistotniejszego kosztu realizacji przedmiotowego zamówienia, a mianowicie kosztów wynagrodzeń pracowników zgodnie z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Izba zauważa, że zarówno Przystępujący jak i Odwołujący założyli, że na realizację zamówienia konieczne jest 4,2 etatu. Niemniej jednak, Odwołujący przewidział również dodatkowo 0,5 etatu na

dokonywanie napraw awaryjnych, co podwyższyło przyjętą przez niego kalkulację kosztów. Przystępujący natomiast bazując na zdobytym doświadczeniu założył 300 godzin wskazując, że nie jest w tym przypadku wymagane zatrudnienie na umowę o pracę. W świetle odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 2 z dnia 2 listopada 2021 r. oraz postanowienie umowne, zgodnie z którym zatrudnienie na umowę o pracę było wymagane, „*jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.*” takie założenie należało uznać za prawidłowe. Skoro naprawy awaryjne dotyczą kilkunastu przypadków w trakcie realizacji umowy i są one nieprzewidywalne to trudno w takim przypadku uznać, że są to czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób wynikający z art. 22 par 1 KP. Podobnie Odwołujący przywołał własne założenia odnośnie 0,5 etatu dla osoby nadzorującej, czy też dodatkowego etatu dla osoby wykonującej czynności w obiekcie w Czernicy. Izba zauważa, że każdy z wykonawców mógł dokonać innych założeń co do sposobu realizacji zamówienia pod kątem kosztów pracy tak aby wykonać zamówienie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, bazując na własnym doświadczeniu. Wyliczenia Odwołującego w tym zakresie nie mogą zatem stanowić jedynej prawidłowej wytycznej w procesie badania czy cena oferty Przystępującego powinna budzić wątpliwości. Jak wskazał Przystępujący, założył łącznie 4,5 etatu z nadwyżką na zastępstwa i urlopy, natomiast w zakresie obsługi obiektu w Czernicy ujął w cenie koszt dojazdu pracownika do Obiektu. Odnosząc się natomiast do złożonych przez Odwołującego dowodów: wykazów osób oraz zrzutu ekranu dotyczącego wynagrodzenia palaczy kotłów wskazania wymaga, że wysokość wynagrodzenia, które Przystępujący ustala z poszczególnymi pracownikami leży po jego stronie i nie musi osiągać wskazanego przez Odwołującego średniego poziomu. W procesie badania rażąco niskiej ceny istotnym jest aby koszty wynagrodzenia nie zostały ustalone poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę, a taka okoliczność nie została przez Odwołującego uprawdopodobniona względem ceny oferty Przystępującego. Odwołujący podniósł również szereg kosztów, które w jego ocenie powinny zostać uwzględnione w cenie jednak w żaden sposób nie wykazał że ceny przez niego założone są cenami rynkowymi, a w odniesieniu do większości przywołanych kosztów w ogóle nie wskazał na jakim poziomie powinny być ustalone stwierdzając, iż wynikają z indywidualnych właściwości wykonawcy. Ponadto, Odwołujący przedstawił w odwołaniu założenia własne, a co istotne cena oferty Odwołującego znacznie odbiega od ceny zarówno Przystępującego, szacunkowej wartości zamówienia oraz ceny zaoferowanej w poprzednim postępowaniu w 2018 r. Zauważyć należy, jak wynika ze złożonych przez Zamawiającego faktur, że Przystępujący realizował poprzednią umowę za zbliżonym, ale niższym od obecnie wyliczonego wynagrodzenia. W

świetle powyższych danych, przyjęte przez Odwołującego założenia nie są adekwatne dla wykazania prawidłowej kalkulacji ceny, gdyż są mocno zawyżone.

Przechodząc do złożonych przez Odwołującego dowodów na okoliczność oferowania różnych cen przez Przystępującego, w różnych postępowaniach Izba wskazuje, że z powyższego nie można wywieść, iż cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia i jest tak niska, że jej realność powinna budzić wątpliwości. Izba nie zna okoliczności, w których zostały złożone oferty, przebiegu postępowań oraz zakresu poszczególnych zamówień. Podkreślić należy, że Zamawiający powinien badać cenę oferty w konkretnym postępowaniu w odniesieniu do przyjętych w nim warunków zamówienia. Dowodzenie po stronie Odwołującego powinno koncentrować się na obiektywnym wykazaniu, że cena ofertowa Przystępującego w niniejszym postępowaniu powinna budzić wątpliwości, czego Odwołujący zaniechał.

Podobnie jeśli chodzi o dowody złożone w kontekście nieprawidłowości w szacowaniu wartości zamówienia przez Zamawiającego w innym postępowaniu dotyczącym robót budowlanych. Okoliczności tego postępowania nie są znane Izbie ani samemu Odwołującemu, dlatego też dowód ten należy uznać za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia. Szacowanie wartości zamówienia w obecnym postępowaniu bazowało na zamówieniu poprzednim i jak wskazał Zamawiający zostało powiększone o 30%. W ocenie Izby, tak przeprowadzone szacowanie wartości zamówienia pozwala na dokonanie porównania uzyskanej wartości z wartościami poszczególnych ofert złożonych w postępowaniu.

Podkreślić także należy, że wykonawca opiera kalkulację ceny na własnych możliwościach organizacyjnych, finansowych i kadrowych, a także zdobytej wiedzy i doświadczeniu. Jak wynika z przedstawionych przez Przystępującego dowodów, wszystkie podnoszone w odwołaniu koszty zostały uwzględnione w cenie oferty Przystępującego. Zauważyć należy, że część kosztów, jak koszty biurowe, księgowo-kadrowe, wynajmu lokalu, szkoleń, badań lekarskich, sprzętu, rozkładają się na wszystkie realizowane przez danego wykonawcę kontrakty, tym samym ich wysokość jest zależna od właściwości danego wykonawcy. Niezasadne jest zatem przyjmowanie w kalkulacji powyższych kosztów w pełnej wysokości, a jedynie ich procentowego udziału w skali wszystkich przedsięwzięć wykonawcy. Nie bez znaczenia dla kalkulacji ceny jest również wiedza i doświadczenie zdobyte przy realizacji analogicznych zamówień. Bezsportnym było, że Przystępujący jest wykonawcą, który wykonywał dwie poprzednie umowy dla Zamawiającego, co przekłada się na możliwość precyzyjnego określenia faktycznych kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący podnosił przy tym, że aktualna cena ofertowa Przystępującego jest jedynie o 6% wyższa od zaoferowanej w poprzednim postępowaniu. Niemniej jednak, jak wynika z dokumentacji

postępowania i złożonej przez Odwołującego i Zamawiającego umowy z 2018 r. zakres tego zamówienia nie jest tożsamy, a zatem koszty wykonania mogą się różnić. Jak podnosił Przystępujący obecne zamówienie nie obejmuje naprawy kotłów, w jego ocenie istotnego składnika cenowego, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Nie można zatem czynić bezpośredniego tzn. „jeden do jeden” porównania ceny w obecnym i poprzednim postępowaniu bez założenia wahań cen z uwagi na różne czynniki.

Przystępujący złożył w postępowaniu odwoławczym szczegółowe wyliczenie składników ceny wraz z dowodami na okoliczność realności przyjętej kalkulacji. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że takie wyjaśnienia wraz z dowodami powinny zostać złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Niemniej jednak, wobec braku wykazania przez Odwołującego, iż cena oferty Przystępującego powinna budzić wątpliwości Zamawiającego determinujące wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp, uznać należało, że złożone przez Przystępującego wyliczenia i dowody jedynie dodatkowo uprawdopodobniają wiarygodność i rzetelność zaoferowanej ceny.

W ocenie Izby, w świetle ustalonych okoliczności faktycznych, Zamawiający nie miał podstaw do skierowania wezwania do Przystępującego w celu wykazania realności ceny, bynajmniej takie podstawy nie zostały przez Odwołującego wykazane. W konsekwencji, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy pzp podniesionych w odwołaniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: