

**WYROK**  
**z dnia 12 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez Odwołującego – **K. W.** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą POL-TER K. W., ul. Parzęczewska 13/15m. 52, 95-100 Zgierz w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy**, ul. Konstancyńska 85, 95-100 Zgierz

przy udziale

Wykonawcy **J. Z.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EL-MOT J. Z., ul. Rzgowska 19, 95-080 Tuszyn zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1 Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – K. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą POL-TER K. W. w Zgierzu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze 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**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – 31 WOG na świadczenie usługi *obsługi kompleksów wojskowych w zakresie konserwacji instalacji elektrycznych* (nr ref.: 18/ZP/21), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 grudnia 2020 r., 2020/S 247-612984, wobec zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało 8 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy K. W. – POL-TER K. W. (sygn. akt KIO 750/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EL-MOT J. Z.;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej czynności badania wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę w związku z wezwaniem skierowanym w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy EL-MOT J. Z. i zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

### Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający wbrew przepisom ustawy (w szczególności naruszając zasadę równego traktowania wykonawców) nie dokonał badania wyjaśnień wykonawcy EL-MOT J. Z. w sposób określony w pzp i zaniechał jej odrzucenia.

Wykonawca dwukrotnie wezwany do wyjaśnień na podstawie art. 90 Pzp składał wyjaśnienia i dowody, które nie zawierały jednoznacznych i wyczerpujących kalkulacji, jak i nie stanowiły, w sensie obiektywnych, dowodów na potwierdzenie ogólnikowych i wysoce subiektywnych twierdzeń tego wykonawcy zawartych w wyjaśnieniach. W świetle art. 90 ust. 3 Pzp, jak również orzecznictwa KIO, złożenie ogólnikowych wyjaśnień, bez odniesienia do stosownej analizy czynników cenotwórczych i/lub okoliczności, które realnie wpływają na poziom zaoferowanej ceny, należy uznać za sytuację, w której wykonawca nie złożył wymaganych wyjaśnień, co prowadzi do odrzucenia oferty.

Odwołujący zacytował tezy z orzeczeń KIO dotyczące podstawy do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w piśmie z 7 kwietnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający z uwagi na różnicę cen zaoferowanych przez EL-MOT J. Z. oraz Odwołującego, wezwał EL-MOT J. Z. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy (pismo z 21.01.2021 r.).

W wyjaśnieniach z 25.01.2021 r. wykonawca powołał się na doświadczenie posiadane w zakresie przedmiotu zamówienia, własny sprzęt, środki transportu, wykwalifikowaną własną kadrę oraz przedstawił kalkulację roboczogodziny uwzględniającą pomoc publiczną – dofinansowanie z tzw. Tarczy antykryzysowej. Realna różnica kosztu uwzględniona w kalkulacji (ok 10 zł/roboczogodzina) jest uzupełniona dofinansowaniem rządowym. Wykonawca nie wskazał jednak w jakiej wysokości otrzymał pomoc publiczną.

Zamawiający dokonał sprawdzenia w jawnym systemie „SUDOP-Wyszukiwanie pomocy otrzymanej przez beneficjenta” (dostępnym na stronie UOKiK), czy J. Z. figuruje jako podmiot, który uzyskał pomoc publiczną. Zamawiający ustalił, iż uzyskał pomoc w wysokości 1 848 943,00 zł (sprawozdanie z udzielonej pomocy).

Zamawiający miał nadal wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami za zaoferowaną cenę i zwrócił się ponownie do złożenia wyjaśnień, szczególnie do złożenia dowodów na poparcie argumentów przytoczonych w przesłanym piśmie.

W wyjaśnieniach z 4.02.2021 r. Wykonawca podtrzymał argumenty przedstawione wcześniej oraz przedłożył dowody w postaci skanu dokumentu potwierdzającego otrzymaną pomoc publiczną i jej wysokość, jak również skany umów o pracę przykładowych pięciu pracowników zatrudnionych na stanowisku elektryka. Potwierdzało to ustalenia własne Zamawiającego co do wysokości publicznej i rozwiało wątpliwości.

Zamawiający wskazał na orzecznictwo KIO, sądów powszechnych oraz opinie prawne UZP, z których wynika możliwość ponownego wezwania do wyjaśnień, gdy już złożone wyjaśnienia budzą nadal wątpliwości, jak również gdy pierwsze wezwanie zamawiającego jest zbyt ogólne. W ocenie Zamawiającego nie naruszył on zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ wykonawca złożył rzetelne, możliwe do zweryfikowania wyjaśnienia, a Zamawiający dążył jedynie do wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości i w żaden sposób nie sugerował wykonawcy treści kolejnych wyjaśnień.

Odnosząc się do ceny Zamawiający wskazał na najbardziej kosztotwórczy czynnik, jakim jest koszt roboczogodziny. Zgodnie z załącznikiem nr 1 i 2 do siwz – materiały eksploatacyjne do

bieżącej konserwacji, napraw i eksploatacji urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych w obsługiwanych kompleksach zapewni Zamawiający z własnych zasobów magazynowych. W przypadku braku materiałów eksploatacyjnych do realizacji usługi Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wycenę części.

Powyższe prowadziło do uznania wyjaśnień za wystarczające, wskazujące na sposób wyliczenia ceny/kosztu, czyniące zadość wezwaniu z 21.01.2021 r. W świetle art. 90 ust. 1 pkt 2 Ustawy wykonawca mógł uzasadniać niższe koszty uzyskaną pomocą publiczną.

Również z racji wcześniejszych umów realizowanych przez tego wykonawcę, zaoferowana cena jest porównywalna do cen z umów nr 44/31WOG/2020/ZP-W z 02.09.2020 r. (47.900 zł/miesiąc, a w przeliczeniu na 1 budynek – 206,47 zł brutto), umowa nr 42/31WOG/2020/ZP-W z 02.09.2020 r. (23.950 zł/miesiąc brutto, a w przeliczeniu na 1 budynek – 254,09 zł brutto), umowa nr 43/31WOG/2020/ZP-W z 02.09.2020 r. (23.950 zł/m0c brutto, a w przeliczeniu na 1 budynek ok. 217,17 zł brutto), umowa nr 91/31WOG/2020/ZP z 05.02.2020 r i umowa nr 92/31WOG/2020/ZP z 05.02.2020 r. Umowy te są lub były realizowane z należytą starannością.

Wykonawca zaoferował porównywalną cenę w obecnym postępowaniu, gdzie w zadaniu nr 1 cena za 1 miesiąc wynosi 11 900,00 zł brutto, a w przeliczeniu na 1 budynek 247,92 zł brutto, a w zadaniu nr 2 cena z 1 miesiąc wynosi 11 900,00 zł brutto, a w przeliczeniu na 1 budynek 201,69 zł. brutto. Zaoferowana cena jest realna, nieodbiegająca od cen rynkowych i przy uwzględnieniu uzyskanej pomocy publicznej pozwala na wygenerowanie zysku.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca J. Z. (EL-MOT J. Z.).

### **Stanowisko Izby.**

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”. W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej środków ochrony prawnej, do postępowania odwoławczego znajdowały zastosowanie przepisy nowej Ustawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na badaniu oferty wybranej, a żądania odwołania zmierzają do podważenia wyniku oceny tej oferty i jej odrzucenia, w postępowaniu pozostałaby jako ważna jedynie oferta Odwołującego. W konsekwencji powyższego, odwołanie ma na celu ochronę interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, który miał doznać uszczerbku na skutek decyzji objętej zarzutami, a w konsekwencji również uniknięcia szkody w postaci braku uzyskania korzyści związanych z umową.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w szczególności wyjaśnienia dotyczące ceny Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia za 1miesiąc na zadanie nr 1 na kwotę brutto 33 950,00 zł, a na zadanie nr 2 na kwotę 33 950,00 zł.

Na rozprawie wyjaśnił, iż podstawą do oszacowania wartości zamówienia były zawarte w 2020 r. umowy obejmujące świadczenie usług na innych obiektach Zamawiającego, które zostały podpisane z wykonawcą EL-MOT J. Z. wyłonionym w procedurze przetargowej (56/ZP/20). Ponieważ umowa nr 42 obejmowała szerszy zakres prac, co prezentuje tabela nr 2 w zestawieniu załączonym od odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający dodał wartości umowy na obsługę systemu elektroenergetycznego – umowa 91 oraz obsługę elektryczną z umowy nr 91. Zamawiający dodał dwie wartości, a następnie uśrednił wartość szacunkową podając kwotę 33 950,00 zł brutto zarówno na część 1 i 2 zamówienia. Na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dokonał przeliczenia wynagrodzenia wykonawcy ustalonego dla okresu miesiąca świadczenia usługi na miesięczny koszt świadczenia usługi na budynku i następnie porównał wyliczone w ten sposób kwoty wynikające z umów oraz obecnej oferty Wykonawcy EL-MOT J. Z.

W postępowaniu na zadanie nr 1 i 2 złożonych zostało po dwie oferty.

Wykonawca EL-MOT J. Z. zaoferował cenę 11.900,00 zł brutto na zadaniu nr 1 i 2.

Druga oferta (Odwołującego) uwzględnia cenę w wysokości 36 900,00 zł brutto (zadanie nr 1 i 2).

Zamawiający wezwał EL-MOT J. Z. do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości ceny, niższej o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT

oraz o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W wezwaniu Zamawiający wskazał na konieczność *złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny/kosztu, w tym do przedstawienia szczegółowej kalkulacji.* (wezwanie z 21.01.2021 r.)

W wyjaśnieniach z 25.01.2021 r. wykonawca odniósł się łącznie do ceny za zadanie nr 1 i 2 wskazał na czynniki mające wpływ na kalkulację, tj.:

- *duże doświadczenie firmy EL-Mot w wykonywaniu usług w zakresie konserwacji instalacji elektrycznych i elektroenergetycznych również wykonywanych dla 31 WOG Zgierz;*
- *Firma EL-Mot J. Z. własne i wszystkie środki trwałe niezbędne do realizacji tego typu zadań – nie ma konieczności i potrzeby jakiegokolwiek inwestowania w sprzęt i środki transportu.*
- *Wykwalifikowana i wyspecjalizowana w tego typu projektach kadra pracowników posiadających odpowiednie uprawnienia jest kolejnym ogniwem które obniża koszty.*
- *Wykorzystujemy tylko zasoby własnych pracowników.*
- *Koszt r-g jest skalkulowany na poziomie 15 zł gdyż uwzględnia dofinansowanie jakie nasza firma otrzymała w ramach tarcz rządowych przeciwdziałających skutkom pandemii. Realna różnica kosztu utrzymania pracownika a kwoty jaką uwzględnialiśmy w kalkulacji (ok. 10 zł) jest uzupełniana z dofinansowania rządowego.*

Pismem z 29.01.2021 r. Zamawiający wezwał ponownie Wykonawcę do wyjaśnień mając nadal wątpliwości co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za podaną cenę wskazując na konieczność *złożenia dowodów na poparcie argumentów przytoczonych w piśmie,* dotyczących wyliczenia ceny usługi za 1 miesiąc w postępowaniu na **OBSŁUGĘ KOMPLEKSÓW WOJSKOWYCH W ZAKRESIE KONSERWACJI INSTALACJI ELEKTRYCZNYCH – NR SPRAWY: 18/ZP/21.**

W wyjaśnieniach z 04.02.2021 r. wykonawca podtrzymując okoliczności wskazane w pierwszych wyjaśnieniach dodatkowo odniósł się do bliskiej lokalizacji obiektów, jak również obniżającym koszty, wcześniejszego wykonania kompleksowego remontu w budynkach na terenie JW w Zgierzu (nr 4, 29,30), dla których udzielono gwarancji na roboty budowlane, co pozwala połączyć oba postępowania, jak również całościowego remontu wykonanego przez wykonawcę w budynkach 3, 5, 32, 44. Jako dowody wykonawca załączył dokument (skan) potwierdzający otrzymanie pomocy publicznej – dostępny na stronie UOKiK „System Udostępniania Danych o Pomocy Publicznej” oraz skany umów o pracę przykładowych pięciu pracowników.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia jako wystarczające i dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

### **Mając na uwadze powyższe odwołanie podlegało oddaleniu w całości.**

Na wstępie należy wskazać, iż Odwołujący formułując żądania i zarzuty wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wskazywał na ziszczenie się przesłanki do odrzucenia oferty EL-MOT J. Z. na podstawie art. 90 ust. 3 Ustawy określonej, jako „nie udzielenie wyjaśnień”. Na rozprawie Odwołujący podkreślił, że istotą zarzutu nie jest to, czy wykonawca udowodnił okoliczności wpływające na wysokość ceny, do czego odnosili się Zamawiający i Przystępujący. Istotę zarzutu określił, jako brak złożenia wyjaśnień, co stanowi pierwszą przesłankę do odrzucenia oferty z art. 90 ust. 3 ustawy. Zamawiający nie mógł na podstawie wyjaśnień z 25.01.2021 r. ustalić, czy cena jest czy nie jest rażąco niska z uwagi na omówione braki, czyniące wyjaśnienia lakonicznymi i ogólnikowymi. Na rozprawie Odwołujący uzupełniając tą argumentację wskazał na brak kalkulacji kosztów, co wymagałoby uwzględnienia i przedstawienia wpływu udzielonej pomocy publicznej na cenę oferty, jak również niedostateczną ilość pracowników, których koszt zatrudnienia miał być uwzględniony w cenie oferty.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż ustalenia poczynione na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności wyjaśnień EI-MOT J. Z. z 25.01.2021 r. wskazywały na rzeczowy charakter tych wyjaśnień. Chociaż nie były to wyjaśnienia obszerne i mogły być ujęte w sposób bardziej opisowy, to nie można zgodzić się z Odwołującym, iż nie zawierały kalkulacji kosztów. Wykonawca kalkulację tą odniósł wyłącznie do kosztu roboczogodziny, co ma swoje uzasadnienie, po pierwsze w tym, że Zamawiający nie sprecyzował czego kalkulacja ma dotyczyć, pozostawiając wykonawcy decyzję co do sposobu wyjaśnienia ceny/kosztu. A po drugie, to właśnie koszt pracowniczy w niniejszym zamówieniu ma decydujące znaczenie, dla kalkulacji kosztów, jakie ponosić będzie wykonawca, gdyż po stronie Zamawiającego spoczywa zapewnienie materiałów koniecznych do świadczenia usługi utrzymaniowej. Ponieważ już pierwsze wyjaśnienia odnosiły się do zasadniczej okoliczności wpływającej na istotny koszt pracowniczy, tj. pomoc publiczną, jaką wykonawca uwzględnił w koszcie roboczogodziny, Izba uznała, iż Zamawiający mógł na tej podstawie ustalić istnienie obiektywnej, właściwej dla tego wykonawcy okoliczności wpływającej na obniżenie kosztów, wskazanej wprost w Ustawie (art. 90 ust. 1 pkt 2).

Wykonawca udział pomocy publicznej w kosztach wskazał na poziomie 10 zł/roboczogodzina, bez której stawka wynosiłaby 25 zł, a nie 15 zł – przyjęta do kalkulacji ceny oferty.

Wątpliwości, jakie miały skłonić Zamawiającego do drugiego wezwania o uzupełnienie wyjaśnień, były podyktowane brakiem wskazania wysokości pomocy publicznej, którą mógł ustalić samodzielnie wstępnie na podstawie danych dostępnych na stronie UOKiK. Jednak

dla uzyskania pewności, co do rzeczywistej wysokości przyznanej pomocy Zamawiający zwrócił się o przedstawienie dowodów. Wykonawca załączył informacje potwierdzające ustalenia Zamawiającego, iż wysokość pomocy uzyskanej w ramach tarczy antykryzysowej wyniosła 1.848.943,00 zł brutto. Co ważne dla niniejszej sprawy, dowody te nie mają z punktu widzenia oceny czynności wezwania znaczenia, gdyż Odwołujący wyjaśnił, iż przedmiotem zarzutu nie jest brak dowodów na poparcie złożonych w piśmie z 25.01.2021 r. wyjaśnień, ale ich ocena, jako wyjaśnień konkretnych, rzeczowych, pozwalających na ustalenie, czy cena oferty nie jest rażąco niska.

Ponownie należy zauważyć, iż okoliczność ta została wskazana w pierwszych wyjaśnieniach, jednak nadal wymagała doprecyzowania, tak aby Zamawiający miała pewność, iż dokonuje wyboru oferty z ceną pozwalającą na wykonanie świadczenia zgodnie z wymaganiami opisanymi w siwz. Nie można zatem zaprzeczyć, iż w sytuacji gdy pierwsze wyjaśnienia nie rozwiewały wszystkich wątpliwości z racji poruszonych okoliczności, Zamawiający mógł poprosić o ich wyjaśnienie, co w niniejszej sprawie uczynił.

Co istotne w tej sprawie, Odwołujący na etapie formułowania zarzutów i ich uzasadnienia nie wskazał żadnych konkretnych powodów, mających czynić wyjaśnienia lakonicznymi. Dopiero na rozprawie uzupełnił stanowisko wskazując na brak kalkulacji kosztów, jak również podważając możliwość przyjęcia, jako okoliczności mogącej uzasadniać obniżenie kosztów – udział pomocy publicznej. Odwołujący dopiero na rozprawie odnosił się również do kwestii związanej z ilością osób, która powinna być uwzględniona w kalkulacji, mając na uwadze wymagania w zakresie sposobu realizacji prac i konieczności zapewnienia udziału co najmniej 3 elektromonterów.

W ocenie Izby sformułowanie zarzutu w sposób, w jaki uczynił to wykonawca, w zasadzie uniemożliwiało poznanie powodów, dla których przedstawioną w wyjaśnieniach z 25.01.2021 r. kalkulację wykonawca uznawał za niezłożoną. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podjął się próby obrony przed zarzutem przedstawiając argumenty, które wykraczały poza zakres zarzutu, ale związane były bezpośrednio z decyzją o uznaniu wyjaśnień za przekonujące. Nie można wyłącznie na tej podstawie, że wyjaśnienia nie zawierały rozbudowanej kalkulacji kosztów, pomijać znaczenia i wpływu na wysokość kosztów uzyskanej pomocy publicznej. Wykonawca wskazał ten udział w odniesieniu do kosztu roboczogodziny, co miało swoje uzasadnienie, wskazane powyżej.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 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. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący: .....**