Sygn. akt: KIO 657/20

WYROK

z dnia 17 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca. 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2020 r. przez wykonawcę H. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo-Usługowo-Handlowe „SPEKTRUM" , ul. Przemyska 41E, 80-180 Gdańsk w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego - PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59,

00-120 Warszawa

przy udziale wykonawcy Bilfinger Industrial Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Pożarowa 6, 03-309 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - H. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo-Usługowo-Handlowe „SPEKTRUM", ul. Przemyska 41E, 80-180 Gdańsk, i:

2.1. 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 art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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: .....

Sygn. akt: KIO 657/20

PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp", w trybie

przetargu nieograniczonego pn.: Wykonanie prac termoizolacyjnych i obmurzowych na obiektach, urządzeniach oraz instalacjach produkcyjnych w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 157-389391.

Zamawiający pismem z dnia 20 marca 2020 r. powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W dniu 27 marca 2020 r. wykonawca H. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo-Usługowo-Handlowe „SPEKTRUM" (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o., pomimo iż zawiera rażąco niską cenę,

2) art, 89 ust. 1 punkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o., pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

3) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,

2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny ofert,

4) odrzucenia oferty Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o, jako zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena, ustalona jako suma poszczególnych świadczeń umownych, wskazanych w załączniku nr 2 do formularza oferty. W toku postępowania oferty złożyło czterech wykonawców:

1) Odwołujący z ceną 2.209,083,69 PLN brutto - oferta sklasyfikowana została na drugim miejscu.

2) Bilfmger Industrial Services Polska Sp. z o.o. z ceną 1.845.750,30 PLN brutto - oferta sklasyfikowana została na pierwszym miejscu.

3) Weldtech Industry Service Sp. z o.o. z ceną 2.506.910,85 PLN brutto - oferta sklasyfikowana została na trzecim miejscu,

4) Termika Sp. z o.o. z cena 3.737.489,21 PLN brutto - oferta sklasyfikowana została na czwartym miejscu.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o., pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę, Odwołujący podał, że jak wynika z zestawienia cen ofertowych ww. oferta Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. była o 28,32% tańsza od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. O ile zatem w odniesieniu do jej globalnej wartości zestawionej z innymi ofertami nie zachodziły przesłanki stypizowane w art. 90 ust. 1a punkt 1 ustawy Pzp, to jednak przy tego rodzaju „granicznej" rozbieżności cena wydawała się rażąco niska i winny powstać po stronie Zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z postawionymi przez niego wymogami, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Nadto przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp znajdują zastosowanie w odniesieniu do istotnej części składowej oferty, tj. prac wykonywanych na EC Gdańsk. Rozbieżność propozycji Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. i wartości tej części zamówienia to 42%. Zamawiający wezwał Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. w dniu 9 stycznia 2020 r. do przedstawienia wyjaśnień dotyczących

rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia obejmować miały, zgodnie z treścią wezwania i bezwzględnie obowiązującymi przepisami Pzp, dowody dotyczące wyliczenia ceny. Oznacza to, iż w ww. dacie Zamawiający uznał, że opisane powyżej rozbieżności cen ofertowych uzasadniają domniemanie, że oferta Bilfinger Industrial Seryices Polska Sp. z o.o. obejmuje cenę rażąco niską i niezbędne jest przedstawienie przez ww. wykonawcę dowodów na przeciwną ocenę. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający nie miał bezwzględnego obowiązku zwrócenia się o stosowne wyjaśnienia wobec przekroczenia ustawowych progów rozbieżności cen ofertowych, czy to w odniesieniu do wartości zamówienia, czy innych cen. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, jeżeli 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. Przesłanki te są zatem dalece subiektywne, niemniej jednak z oświadczenia Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2020 r. wynika, iż cena zaoferowana przez wykonawcę wydawała mu się rażąco niska i budziła wątpliwości co do możliwości realizacji umowy zgodnie z SIWZ. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 22 lipca 2019 r, sygn. akt: 1295/19 i stwierdził, ze zobowiązując wykonawcę do złożenia wyjaśnień, Zamawiający przerzucił na niego ciężar dowodu wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. nie sprostał temu wymogowi. Złożone przez niego w dniu 17 stycznia 2020 r. wyjaśnienia nie obejmują żadnych dowodów ani twierdzeń, które pozwoliłyby na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny. Przeciwnie - potwierdzają one, iż zaoferowana cena jest dalece zaniżona i nie tylko nie umożliwia realizacji zamówienia z godziwym zyskiem, ale zakłada, że zostanie ono wykonane z istotną stratą. Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest ich przedłożenie. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Twierdzenia wskazane w punktach 1-8 wyjaśnień mają charakter ogólnikowy i nie pozwalają na stwierdzenie, czy, a jeżeli tak, to jakiego rzędu oszczędności wykonawca ma możliwość poczynić realizując projekt. W szczególności dotyczy to twierdzeń z punktów 5-8, które mogłyby być podniesione przez wykonawcę w odniesieniu do każdego zamówienia, niezależnie od jego przedmiotu. Co więcej, wyłączając fakt przynależności do grupy Bilfinger, oświadczenia tego rodzaju mógłby złożyć każdy uczestnik postępowania, spełniający wymogi wiedzy i doświadczenia sformułowane w SIWZ. Podnoszone przez wykonawcę okoliczności nie stanowią bowiem żadnego wyróżnika, jaki zapewniałby mu przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami. Przytaczane przez niego okoliczności mają charakter ogólny i które były brane pod uwagę przez wszystkich uczestników postępowania. Warunki udziału w nim pozwalały na złożenie oferty wyłącznie przez doświadczonych wykonawców, dysponujących niezbędnym know-how i zapleczem kadrowym. Nie bez znaczenia jest też fakt, iż wykonawca nie przedstawił - nie licząc treści wyjaśnień - żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawdziwość jego twierdzeń. W takiej sytuacji Zamawiający nie miał - w najlepszym dla wykonawcy wypadku - realnej możliwości zbadania, czy cena nie jest rażąco niska. Odwołujący przywołał wyroki KIO: z dnia 11.01.2019 r. sygn. akt KIO 2637/18 oraz wydane w sprawach KIO 1295/19, KIO 1492/15, KIO 1375/15, KIO 1391/15, KIO 1147/15.

Odwołujący stwierdził, że domniemania rażąco niskiej ceny nie przełamuje również rzekomy fakt realizacji przez wykonawcę zleceń na rzecz Grupy Lotos. Wyjaśnienia z dnia 17 stycznia 2020 r, w żaden sposób nie wskazują, jak realizacja innego zamówienia, na rzecz innego podmiotu, w oparciu o inną umowę i inne warunki, ma mu pomóc obniżyć koszty realizacji. Nie można postawić bowiem znaku równości pomiędzy dwoma różnymi zakładami produkcyjnymi, jakimi są zakłady Grupy Lotos i elektrociepłownie w Gdańsku i Gdyni. Analogicznie nie można uzyskać pełnego zobrazowania wykonywanych prac, a zwłaszcza procedur obowiązujących w związku z rozpoczęciem, realizacją i zakończeniem prac. Zgodnie z procedurami obowiązującymi w PGE Energia Ciepła oddział Wybrzeże, a one pozostają istotne z punktu widzenia niniejszych rozważań, należy stosować system pisemnych poleceń na realizację prac. Na podstawie doświadczenia, jakim legitymuje się Odwołujący, stwierdził, że nierzadkie są przypadki kilkugodzinnego oczekiwania na polecenie, w konsekwencji dopuszczenie do pracy następuje niekiedy kolejnego dnia. Wynika to z notoryjnego faktu, że elektrociepłownie są zakładami ciągłej produkcji energii elektrycznej i ciepła dla miast, a, co za tym idzie, zainstalowane tam urządzenia i instalacje należy dokładnie przygotować do bezpiecznej pracy - nie tylko prac termoizolacyjnych czy obmurzowych. Przedmiotowe okoliczności z jednej strony rzutują na sposób wykonania przedmiotowego zamówienia, z drugiej zaś nie mają zastosowania do działań realizowanych na rzecz Grupy Lotos, gdzie profil działalności jest odmienny.

Bazując na długoletniej współpracy z EDF Polska S.A,, a obecnie z PGE Energia Ciepła S.A. Odwołujący ma świadomość, iż należyte wykonanie umowy wymaga zabezpieczenia co najmniej 4 grup pracowników w Gdańsku i 3 grup w Gdyni. Każda z tych grup winna liczyć, zgodnie z wewnętrznymi wymogami Zamawiającego, minimum dwie osoby. Dodatkowo konieczne jest zaangażowanie dwóch grup dwuosobowych pełniących dyżury

domowe, nawet jeśli zamawiający nie przewiduje w danym okresie prowadzenia takich dyżurów. Celem utrzymania wysokiego poziomu wykonywanych prac oraz terminowości (co jest najważniejszym czynnikiem dla elektrociepłowni), należy dysponować własnymi warsztatami i biurami na terenie zakładu, co w konsekwencji zwiększa koszty wykonania usługi. Niedopuszczalna z punktu widzenia należytego wykonania umowy byłaby zatem hipotetyczna sytuacja, w której pracownik zaangażowany w realizację zamówienia na rzecz Grupy Lotos „przy okazji" wykonuje zlecenie na rzecz PGE EC S.A. Praktyka tego rodzaju prowadzić może do realnych zagrożeń ciągłości funkcjonowania zakładu, jak również zdrowia i życia ludzi. Ponadto nie sposób wyobrazić sobie, aby reżim, jakiemu wykonawca podlega w Grupie Lotos, pozwalał mu na nagłe delegowanie części obsady kadrowej do innego zadania. Jeżeli taki jest jego zamiar, to oznaczałoby, iż z góry zakłada, że umowę realizować będzie w sposób nieterminowy. Trzymając się zaś w tym miejscu wyjaśnień Bilfinger Industrial Services

Polska Sp. z o.o., nie można zakładać, iż na innych realizowanych przez siebie zadaniach utrzymuje zbędne rezerwy kadrowe, celem „przerzucenia" ich na inne prace.

Abstrahując od treści SIWZ i reżimów czasowych realizacji określonych w projekcie umowy zleceń, Odwołujący stwierdził, że oświadczenie wykonawcy, jakoby zamierzał realizować umowę zasobami kadrowymi zaangażowanymi w prace na rzecz Grupy Lotos, jest wysoce niepokojące. Przyjęcie go oznaczałoby bowiem, że wykonawca nie ma świadomości powagi zadania, jakie chce realizować, w tym konsekwencji ewentualnych zaniechań i opóźnień. W skrajnym przypadku oznaczać one mogą zagrożenie dla zdrowia i życia ludzkiego na olbrzymią skalę, jak również szkody materialne o porównywalnych rozmiarach.

Niezależnie od tego Odwołujący podniósł, że umowa wykonawcza w punkcie 13.5 przewiduje kary umowne tytułem opóźnień w realizacji prac. Zgodnie natomiast z punktem 2.2,3.b Specyfikacji Technicznej: Wykonawca zobowiązany jest do stworzenia takiej organizacji (łącznie z dowozem pracowników), aby niezależnie od pory doby zapewnić przystąpienie do usunięcia usterki oraz do prowadzenia prac w sposób ciągły. Skład brygady musi gwarantować kompleksową usługę i jak najkrótszy czas naprawy w zadanym zakresie. Brygadzista lub nadzorujący Wykonawcy bezwzględnie musi poinformować uprawnionego pracownika Zamawiającego o gotowości brygady i rozpocząć pracę po uzyskaniu zgody na zasadach obowiązujących w PGE Energia Ciepła. Wymogi Zamawiającego przewidują ponadto rygorystyczne czasy reakcji. Punkt 2.2.5. Specyfikacji Technicznej stanowi bowiem, iż: Rozpoczęcie wykonywania prac powinno się rozpocząć: Awarie - nie później, niż 360 minut od powiadomienia (telefon, fax, mail) przez Zamawiającego, Bieżące - nie później niż 24 godziny od powiadomienia (telefon, fax, mail) przez Zamawiającego, Planowe - zgodnie z ustaleniami pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Co do konieczności dysponowania niezbędnym zapleczem w - najgorszym wypadku - bezpośrednim sąsiedztwie EC - Odwołujący wskazał na punkt 2.2.7. Specyfikacji Technicznej: Wykonawca musi dysponować bazą warsztatową (własną, podwykonawcy) umożliwiającą prefabrykację elementów izolacji oraz składowanie podstawowych materiałów izolacyjnych w ilościach niezbędnych do bieżącej

działalności.

Mając powyższe na uwadze, jak również swoje doświadczenie w ramach realizacji analogicznych zamówień na rzecz Zamawiającego w przeszłości, Odwołujący dodał, że niezbędne - dla zachowania ww. czasów reakcji - jest dysponowanie przez wykonawcę umowy dwoma warsztatami na terenie lub w bezpośrednim sąsiedztwie EC Gdynia i EC Gdańsk. W przeciwnym wypadku, zważywszy na ok. 30-kilometrową odległość, jaka dzieli oba obiekty, nie ma fizycznej możliwości rzetelnej i terminowej realizacji prac.

W podsumowaniu tej części uzasadnienia, Odwołujący stwierdził, iż zaangażowanie Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. w zlecenia realizowane na rzecz podmiotu trzeciego nie przekłada się w żaden sposób na ewentualne oszczędności wykonania zamówienia. Przedmiotowe zamówienie wymaga bowiem, przy założeniu woli należytego jego wykonania, pełnego zaangażowania dedykowanych ku temu pracowników, podwykonawców i kooperantów. Fakt świadczenia usług na rzecz Grupy Lotos w żaden sposób nie przekłada się na konkurencyjność jego oferty.

Odnosząc się do przedstawionej przez Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. stawki roboczogodziny, Odwołujący stwierdził, że jest ona całkowicie nierealna. Biorąc pod uwagę sytuację panującą na rynku pracy, zwłaszcza wzrost płacy minimalnej oraz ogólnej sytuacji rynkowej (wzrost kosztów życia), stawka 19,19 zł za robociznę jest dalece zaniżona w stosunku do realnych kosztów w branży. Koszty związane z zatrudnieniem pracowników, ich płacami oraz wyposażeniem w niezbędny sprzęt oraz odzież, zapewnieniem im godnych warunków pracy (szatnie, warsztaty, miejsce do spożywania posiłków itp.) przewyższają znacząco stawkę 19,19 zł. Chcąc posiadać wysoko wykwalifikowaną, nie tylko pod względem

technicznym, ale również BHP i pierwszej pomocy kadrę (na co duży nacisk kładzie PGE EC S.A.), należy zapewnić pracownikom godne wynagrodzenie za pracę. Przywołanie przez wykonawcę w wyjaśnieniach stawki z Sekocenbud, stanowi wyraz błędnej metodologii kalkulacji. Nie sposób bowiem stawiać znaku równości pomiędzy zlecanymi przez Zamawiającego pracami, a stawką obowiązującą w ramach prac ogólnobudowlanych i remontowych. Wątpliwości co do realnego charakteru podanej stawki i prawdziwości oświadczeń wykonawcy w tym zakresie budzi jego własna oferta. Zgodnie z jej treścią z tytułu prac termoizolacyjnych wykonywanych na obiektach Zamawiającego przyjęto stawkę roboczogodziny w wysokości 52,00 zł (pozycja 59 kosztorysu). Z kolei prace obmurzowe wyceniono na poziomie 69,00 zł/h (pozycja 79 kosztorysu). Zważywszy na zbliżony charakter prac, za które stawka RBG wymagała wyspecyfikowania, i tych, za które stawka była „zaszyta" w poszczególnych pozycjach kosztorysu, nie sposób przyjąć, iż wykonawca pracuje w oparciu o tak rozbieżne stawki. Przeciwnie - logiczną konkluzją jest, że praca specjalistów, o których mowa w wyjaśnieniach, istotnie jest wyceniana na podanym w ofercie poziomie, a kwota 19,19 zł pojawiła się wyłącznie na potrzeby obrony przed domniemaniem rażąco niskiej ceny. Nawet gdyby przyjąć, iż stawka 19,19 zł jest realna i pozostanie taką na całej przestrzeni realizacji umowy, co powinno zostać wykluczone, to jej zastosowanie nie pozwoli Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. na realizację poszczególnych zadań za zaproponowane przez niego ceny. Ta stawka obejmować będzie w realiach wykonania zamówienia nie tylko wąsko rozumianą pracę, ale również m.in. czas oczekiwania na dopuszczenie do niej, uprzątnięcie

zaangażowanych w pracę na obiektach. Niezależnie bowiem od stopnia skomplikowania danej pracy na obiekcie, konieczne jest zapewnienie co najmniej dwóch osób do każdego zadania (polecenia na pracę), przy kilku poleceniach otwartych jednocześnie w ciągu jednego dnia. Wyliczenia Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. pomijają tą okoliczność. Zastosowanie stawki 19,19 zł przemnożonej przez czasochłonność danych zadań i powiększenie jej o niezbędne koszty materiałów częstokroć prowadzi do konkluzji, iż dana stawka za m2, mb lub sztukę jest nierealna, a wykonawca z góry skalkulował istotny deficyt. Powyższe dodatkowo, w ocenie Odwołującego, świadczy o rażąco niskim charakterze zaoferowanej ceny.

Niezależnie od ww. okoliczności, Odwołujący stwierdził, że przeanalizował ofertę wykonawcy Bilfinger Infrastructure Services Polska Sp. z o.o. w zakresie podanych przez niego cen jednostkowych. Wynika z niej, iż stawki za poszczególne prace są drastycznie zaniżone, a ich zastosowanie oznaczałoby działanie niezgodne z prawem, albowiem roboty byłyby realizowane za wynagrodzeniem niższym od ustawowego minimum (w 2020 r. 17 PLN za godzinę). Jeżeli przyjąć, iż wykonawca faktycznie przyjął na potrzeby oferty stawkę RBG na poziomie 19,19 PLN, a następnie - zgodnie z jego własnym oświadczeniem z dnia 17.01,2020 r. - uwzględnił koszty pośrednie w wysokości 75% i 12% zysku, to koszt łączny jego RBG opiewałby na 37,60 PLN. Przy takim koszcie robocizny, z uwzględnieniem kosztów materiałów, w 38 pozycjach kosztorysowych, składających się na ostateczną cenę, cena Bilfinger Infrastructure Services Polska Sp. z o.o. winna być wyższa od stawek wskazanych w formularzu ofertowym. Różnice sięgają od kilkunastu do kilkuset procent. Zważywszy na wielość tego typu przypadków, jak również skalę rozbieżności, nie sposób mówić tu o omyłce pisarskiej lub rachunkowej. Wykluczyć należy również możliwość błędu wykonawcy, który wprawdzie niedoszacował poszczególnych pozycji kosztorysowych, niemniej jednak wygenerowaną w ten sposób stratę pokryje zyskiem z realizacji innych zadań. Rozbieżności tych nie pokryje również deklarowana przez wykonawcę 12-procentowa marża.

Ogółem poziom niedoszacowania oferty netto, przy założeniu prawdziwości oświadczeń wykonawcy, wynosi 412.789,60PLN, tj. 22,36% jego oferty. Ostateczna cena to bowiem 2.258.539,90 PLN netto. Kwota ta jest wyższa od sklasyfikowanej na drugim miejscu ceny Odwołującego. Opisane niezgodności dotyczą tych pozycji kosztorysowych, w których Bilfinger Infrastructure Services Polska Sp, z o.o. miał przewagę nad Odwołującym. W bezpośredni sposób wpływają zatem na klasyfikację ofert. Odwołujący załączył jako dowód arkusz porównawczy, symulacja ceny i stwierdził, że cena wykonawcy spełnia zatem kryteria uznania jej za rażąco niską. Zdaniem Odwołującego nie sposób przyjąć, iż niedoszacowanie przez Bilfinger Infrastructure Services Polska Sp. z o.o. poszczególnych pozycji składających się na kalkulację ceny nie wpływa na możliwość realizacji przez niego przedmiotowej umowy. Przesądza o tym przede wszystkim wielość punktów, w jakich przedstawiono koszty nierealne, jak również astronomiczny wręcz rozdźwięk pomiędzy jego ceną, propozycją Odwołującego i efektem kalkulacji opartych na danych przedstawionych przez wykonawcę.

Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący wskazał, że na potrzeby ww. kalkulacji przyjął średnie ceny materiałów. Bilfinger Infrastructure Services Polska Sp. z o.o. w wyjaśnieniach w żaden konkretny sposób nie wskazał i nie wykazał, że jest w stanie i zamierza

osiągnąć jakiekolwiek oszczędności przy zakupie materiałów. Ewentualne twierdzenia w tym zakresie uznać należy na obecnym etapie sprawy za spóźnione i podyktowane taktyką procesową. Analizie podlegały ponadto te punkty oferty wykonawcy, w których była ona korzystniejsza od propozycji Odwołującego, a z drugiej strony rozbieżności były na tyle wyraźne, że nie mieściły się w ramach dopuszczalnych „widełek".

Podsumowując kolejny fragment uzasadnienia Odwołujący stwierdził, iż w toku postępowania Bilfinger Infrastructure Services Polska Sp. z o.o. nie tylko nie wykazał, że jego cena nie ma charakteru rażąco niskiego, lecz wręcz potwierdził, że została ona skalkulowana wadliwie i nie daje rękojmi należytego wykonania umowy. Skonfrontowany z pismem z dnia 17.01.2020 r. Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy z uwagi na jej ogólny charakter, podniesienie okoliczności pozbawionych wpływu na finansowy aspekt realizacji umowy, zasadne obawy, iż wykonawca nie zamierza jej realizować w sposób należyty, wreszcie zaś wątpliwą prawdziwość deklaracji co do kwot przyjętych na potrzeby kalkulacji ceny. Dokonawszy bowiem rzetelnej analizy wyjaśnień wykonawcy, Zamawiający powinien dojść do takich samych wniosków, jak Odwołujący, zwłaszcza, że ten ostatni zwracał mu na to uwagę przed wyborem najkorzystniejszej oferty za pismem z dnia 06.03.2020 r. Każda z opisanych powyżej przesłanek stanowi, zdaniem Odwołującego, osobny powód, uzasadniający podjęcie przez Zamawiającego takiej decyzji. Fakt, że miały one miejsce łącznie i nie spotkały się z reakcją ze strony Zamawiającego, czyni zarzut rażąco niskiej ceny tym bardziej zasadnym. Odwołujący przywołał wyroki KIO w sprawach KIO 992/19 i KIO 2824/14 i KIO 12/15 oraz z dnia 22.07.2019 r. sygn. akt KIO 1295/19.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o., pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący, przywołał tezy i twierdzenia zaprezentowane w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wyrok Izby wydany w sprawie KIO 825/15 i podkreślił, że oferta wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza winna być traktowana w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący stwierdził, że zarówno globalna cena za wykonanie przedmiotu zamówienia, jak również ceny jednostkowe oferty w żaden sposób nie przystają

do realiów rynkowych i uniemożliwiają osiągnięcie zysku. W związku z tym Odwołujący ma uzasadnione podstawy, by twierdzić, że zaoferowana cena ma charakter dumpingowy, a oferta powinna być odrzucona.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art, 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. przeprowadzenia postępowania oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Odwołujący wskazał, że zarzut ten stanowi konsekwencję naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, jest zobowiązany do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem obowiązujących norm prawa, w tym stypizowanych w Pzp zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na gruncie przedmiotowej sprawy zasady te zostały naruszone. Zamawiający w sposób preferencyjny potraktował wykonawcę, który w sposób nieprawidłowy dokonał kalkulacji ceny, stawiając w gorszej sytuacji wykonawcę, który rzetelnie oraz skrupulatnie ustalił jej poziom. W interesie Zamawiającego winno być natomiast dokonanie wyboru nie tego wykonawcy, który oferuje najniższą cenę, lecz tego, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, zwłaszcza zważywszy na przedmiot zamówienia i konsekwencje ewentualnych zaniedbań.

Pismem z dnia 15 maja 2020 r., złożonym do KIO elektronicznie w dniu 1 czerwca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający stwierdził m.in., że szczegółowo przeanalizował złożone przez Bilfinger Industrial Polska Sp. z o.o. wyjaśnienia i uznał, że cena podana w ofercie tego wykonawcy nie jest ceną rażąco niską, a więc ceną, za którą realizacja zamówienia publicznego w sposób należyty, jest niemożliwa.

Zamawiający podkreślił, iż Odwołujący przedstawił swoje subiektywne stanowisko oparte w głównej mierze na doświadczeniu zdobytym w związku z wcześniejszą realizacją prac na rzecz Zamawiającego. Sam fakt jednak posiadania doświadczenia w realizacji prac na rzecz

Zamawiającego, nie przesądza jeszcze o tym, że inny podmiot, niż wykonawca realizujący wcześniejszą umowę o podobnym lub analogicznym przedmiocie, nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Gdyby przyjąć takie założenie, wątpliwym staje się w ogóle przeprowadzanie postępowań w trybie otwartym. Skoro dotychczasowy wykonawca ma najlepszą wiedzę na temat organizacji i sposobu funkcjonowania zakładu Zamawiającego, to nowo wybrany wykonawca zawsze będzie wiedział mniej. Przy przyjęciu takiego stanowiska to Odwołujący miałby de facto monopol na świadczenie usług na rzecz Zamawiającego.

Zrozumiałym jest próba utrzymania kontraktu przez Odwołującego, który przez wiele lat jeszcze za czasów poprzedniego właściciela EDF Polska S.A. realizowany był przez niego. Wybór oferty Odwołującego odbywał się jednak nie na podstawie Pzp.

Zamawiający podniósł, że motywem przewodnim odwołania jest wskazywanie, że złożone wyjaśnienia nie zostały poparte dowodami, które w opinii Odwołującego, Bilfinger Industrial Polska Sp. z o.o. był zobligowany przedłożyć. Nie precyzuje jednocześnie co rozumie pod pojęciem dowodu, wydaje się jednak, że miałyby to być jakieś dodatkowe dokumenty, bez których złożone wyjaśnienia są niewiarygodne. Odwołujący próbuje wykazać, że bez przedstawienia „opasłych" wyjaśnień wykonawca nie może skutecznie obronić swojej oferty przed uznaniem jej za rażąco niską. Zamawiający stwierdził, że taka interpretacja budzi jego sprzeciw i przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2010 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1515/10, z którego wynika, że określona w art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy. Zamawiający wskazał, że przeprowadził procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w trybie przewidzianym przepisami Pzp, choć Odwołujący sam przyznaje, że cena oferty Bilfinger Industrial Polska Sp. z o.o. była tańsza o mniej niż ustawowe 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert, a gdy odjąć ofertę złożoną przez Termika Sp. z o.o., której cena znacząco przewyższa medianę cen złożonych ofert, wówczas różnica ceny najkorzystniejszej oferty do wartości średniej jest mniejsza niż 20%. Zamawiający dokonał w ramach postępowania więcej niż wymagają od niego przepisy, co zauważył sam Odwołujący, a pomimo to zasadność decyzji w przedmiocie rozstrzygnięcia postępowania jest przez niego kwestionowana. Niezależnie zatem od słuszności powyższych stwierdzeń, Zamawiający postanowił ustosunkować się do zarzutów Odwołującego zawartych w Odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający stwierdził, że Odwołujący oparł go na wadliwych założeniach. Posiadanie przez Odwołującego doświadczenia zdobytego w związku z realizacją prac na rzecz Zamawiającego nie uprawnia go do kwestionowania wiedzy i doświadczenia innych podmiotów, w tym szczególnie Bilfinger Industrial Polska Sp. z o.o. To bowiem Zamawiający jako organizator postępowania, w oparciu o narzędzia ustawowe, posiadaną wiedzę i doświadczenie dokonuje weryfikacji podmiotowej uczestników postępowania, badając czy są oni zdolni do realizacji zamówienia. I to w gestii Zamawiającego leży decyzja w zakresie oceny wiarygodności składanych przez wykonawców oświadczeń i dokumentów. Za wadliwy uznać należy tok rozumowania przedstawiony w odwołaniu, jakoby Zamawiający przyjął i uznał za najkorzystniejszą, ofertę podmiotu, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia z tego względu, że realizuje prace na rzecz podmiotów z Grupy Lotos, a nie elektrociepłowni należących do Zamawiającego. Odwołujący zdaje się wkraczać w nieswoje kompetencje, niejako pośrednio wątpiąc w prawidłowość przeprowadzenia badania oferty Bilfinger w

zakresie spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej. Ponadto sugeruje, że Bilfinger jakoby oświadczył, że zamierza realizować zamówienie dokładnie tymi samymi pracownikami, którzy realizują prace na rzecz podmiotów z Grupy Lotos, podczas wykonawca Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. oświadczył, że wykonanie zamówienia za zaoferowaną przezeń cenę możliwe jest m.in. dzięki temu, że równolegle prowadzi on działalność o podobnym zakresie z wykorzystaniem tego samego rodzaju materiałów, maszyn i urządzeń w bliskiej lokalizacji. Nie ma w treści wyjaśnień złożonych przez Biflinger mowy o wykorzystaniu tych samym osób do realizacji kontraktów zawartych z Grupą Lotos, co do realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący sugeruje też, że wybrany w postępowaniu wykonawca może nie być w stanie sprostać realizacji zamówienia w sposób terminowy i z zachowaniem wysokiej jakości prac, przy konieczności jednoczesnego zachowania wymogów wynikających z procedur obowiązujących u Zamawiającego, w przeciwieństwie do samego Odwołującego. Nieprawdą jest twierdzenie Odwołującego, że nie można porównać prac wykonywanych w zakładach Lotos S.A. i PGE Energia Ciepła S.A. W zakładach obu Zamawiających występują urządzenia i instalacje porównywalne z punktu widzenia techniki i organizacji prac termoizolacyjnych, dlatego doświadczenie zdobyte podczas realizacji prac na rzecz jednego podmiotu, może być przydatne w realizacji umowy na rzecz innego. Ponadto w firmie Lotos S.A. obowiązują równie wysokie standardy bezpieczeństwa jak w PGE EC S.A. Zamawiający zwrócił uwagę, iż twierdzenia Odwołującego są również przedwczesne, bo dotyczą etapu realizacji umowy. Zamawiający, jeżeli będą występować problemy po stronie Przystępującego w realizacji zamówienia, będzie korzystać z narzędzi wynikających z umowy, w szczególności kar umownych. Dlatego w ocenie Zamawiającego czynienie założeń o braku możliwości realizacji zamówienia przez Przystępującego jest niezrozumiałe, tym bardziej że Odwołujący nie wykazuje związku pomiędzy nimi, a zaoferowaną przez Bilfinger ceną, zwłaszcza jeśli miałaby zostać uznana za cenę rażąco niską.

Zamawiający podał, że zdumiewa go stwierdzenie Odwołującego, jakoby dla możliwości należytego wykonania zamówienia, konieczne było dysponowanie przez wykonawcę umowy dwoma warsztatami na terenie lub w bezpośrednim sąsiedztwie EC Gdynia i EC Gdańsk. Zamawiający nie formułował takiego wymogu, a Odwołujący nie wniósł odwołania od treści

SIWZ z żądaniem wprowadzenia takiego wymagania na etapie publikacji dokumentacji przetargowej. Argument ten użyty jednak przez Odwołującego nieprzypadkowo (sam dysponuje warsztatami zlokalizowanymi na terenie należącym do Zamawiającego), jest dalece nietrafiony. Nie tylko dlatego, że postawienie takiego wymogu przez Zamawiającego dawałoby Odwołującemu nieuprawnioną przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami, ale przede wszystkim dlatego, że winno to przemawiać za niższymi kosztami realizacji

zamówienia przez samego Odwołującego. Tak się jednak nie stało. Odwołujący zdaje się

jednakże z faktu tego czynić zarzut w stosunku do Bilfinger, poddając w wątpliwość wiarygodność złożonych przez Przystępującego oświadczeń. Pomija lub umniejsza przy tym walory przemawiające za możliwością obniżenia kosztów realizacji zamówienia przez wykonawcę Bilfinger, nie uznając za takie ani możliwości wykorzystania efektu skali prowadzonej przez Bilfinger działalności, ani faktu, że zarówno centrum serwisowe jest usytuowane, jak i pracownicy zamieszkują w Gdańsku, ani posiadania własnych zasobów materialnych czy sprzętowych prze tego wykonawcę.

Zarzut nierealnego charakteru podanej stawki za roboczogodzinę z uwagi na rzekomą nieznajomość realiów pracy w elektrociepłowni należącej do PGE EC S.A. i nie wzięcia pod uwagę czynników związanych z organizacją prac, w ocenie Zamawiającego również należy uznać za nietrafiony. Bilfinger bowiem od 5 kwietnia 2019 r. wykonuje w PGE EC Oddział Wybrzeże prace w branży elektrycznej w ramach zawartej umowy czteroletniej nr C32Z190038. Przystępujący miał zatem wystarczająco dużo czasu na poznanie specyfiki pracy w przedsiębiorstwie energetycznym, gdzie bezpieczeństwo osób wykonujących prace jest nadrzędnym nakazem, a cel „0 wypadków" nie jest jedynie sloganem, a realnym obowiązkiem egzekwowanym w stosunku do wszystkich pracowników wprowadzanych na teren zakładu przez Wykonawców. Dzięki zdobywanemu od miesięcy doświadczeniu, miał podstawy do ukształtowania stawki za roboczogodzinę z uwzględnieniem wymogów stawianych przez Zamawiającego. Należy przy tym dodać, że prace na urządzeniach elektrycznych są obarczone większym ryzykiem niż prace mechaniczne, dlatego też wymagania realizacyjne, które muszą spełniać pracownicy Bilfingera są bardziej restrykcyjne, a mimo to Zamawiający nie odnotował jak dotąd w trakcie realizacji przywołanej umowy incydentów mogących świadczyć o ich nieprzestrzeganiu.

Odnosząc się do zarzutów odnośnie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych przez Bilfinger, Zamawiający podniósł, że ceny jednostkowe nie mogą być podstawą uznania, że zaoferowana została cena rażąco niska, i wskazał, że pierwszy przetarg w analogicznym przedmiocie zamówienia został unieważniony z powodu znacznego przekroczenia przez cenę oferty kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. W tamtym postępowaniu jedyną ofertę złożył Odwołujący. Budżet na realizację zamówienia opiewał na kwotę 2 000 000 zł netto, a oferta Odwołującego została wyceniona na kwotę 2 865 249,40 zł netto. Otwarcie ofert miało miejsce 19 marca 2019 r. Przed ogłoszeniem kolejnego postępowania, Zamawiający dokonał korekty zamówienia poprzez: zmniejszenie ilości usług planowanych do wykonania w trakcie trwania umowy zarówno w zakresie prac termoizolacyjnych jak i obmurzowych, zwiększenie wartości budżetu postępowania, rozszerzenie załącznika cenowego w części „prace izolacyjne" poprzez dodanie pozycji nr 60 „pełnienie dyżurów domowych". Przy określaniu powyższego kierowano się między innymi stawkami z unieważnionego postępowania. Realnie można by więc przyjąć, że w przypadku gdyby w bieżącym postępowaniu wpłynęła oferta Odwołującego ze stawkami odpowiadającymi tym zaoferowanym w pierwszym przetargu, to cena oferty wyniosłaby około 2.200.000,00 zł netto, pomimo zmiany warunków zamówienia. Zamawiający zauważył, że po otrzymaniu ofert w powtórzonym postępowaniu dokonał porównania cen jednostkowych jakie

zaoferowało SPEKTRUM w obu przetargach tj. pierwszym z otwarciem ofert w dniu 19.03.2019 r i drugim, którego rozstrzygnięcie obecnie kwestionuje. Założono, że cena za

pełnienie dyżurów domowych w pierwszym przetargu byłaby taka sama jak w drugim. Po

podstawieniu cen jednostkowych z pierwszego przetargu do zakresu przedmiotowego

drugiego przetargu stwierdzono, że w drugim postępowaniu SPEKTRUM obniżyło cenę zakresu termoizolacji o 21% i prac obmurzowych o 10%, co przełożyło się na obniżenie łącznej ceny ofertowej o 18%, dlatego cena oferty Odwołującego wyniosła 1.796.003,00 zł netto i to pomimo zmniejszonego wolumenu prac. Powyższe wskazuje, że SPEKTRUM nieprzypadkowo dostosowało swoje ceny w drugim postępowaniu do zmienionej sytuacji, gdy to już na etapie zadawania pytań do treści SIWZ wyłącznie przez Bilfingera wiadomym było,

że monopol Odwołującego w zakresie kontynuacji tej kategorii usług, może zostać

przełamany. Jednocześnie na potrzeby odwołania SPEKTRUM sporządziło zestawienie, które ma na celu udowodnienie firmie Bilfinger nierynkowe zaniżenie ich cen jednostkowych.

Zestawienie zostało oparte na dwóch wskaźnikach, tj. wyrażony w PLN koszt materiału zużytego dla danej operacji oraz wyrażona w RBG pracochłonność jej wykonania. Podanie tych elementów w ofercie nie było wymagane przez Zamawiającego, a Odwołujący nie wskazał podstawy ich przyjęcia, dlatego też należy uznać, że są to parametry specyficzne dla działalności prowadzonej przez SPEKTRUM, co czyni zabieg podważania sposobu wyliczenia ceny konkurenta, działaniem subiektywnym, tym bardziej, że jakakolwiek zmiana każdego ze wskaźników wpływa decydująco na ostateczną wycenę danej pozycji.

Ceny zakupu materiałów zależą od wielu czynników, z których jednym z najważniejszych i decydującym jest ilość realizowanych zakupów. Zamawiający porównał ceny podstawowych

materiałów przywołane przez Odwołującego, między innymi w poz. nr 1,2,3,4,5,6 i 12 zestawienia z cenami Wykonawcy IZOINSTALBUD realizującego umowę o podobnym zakresie dla EC Kraków i stwierdził, że ceny zaoferowane przez SPEKTRUM są średnio o 25% wyższe od cen firmy IZOINSTALBUD. W związku z tym zdaniem Zamawiającego zasadnym wydaje się stwierdzenie, że to nie Bilfinger zaoferował nienaturalnie zaniżone ceny, a raczej Odwołujący, dotychczasowy wykonawca podobnych prac na rzecz Zamawiającego, zawyżył stawki w swojej ofercie, choć poza chęcią zwiększenia zysku, nie ma dla tego zwiększenia uzasadnienia.

Drugim elementem jest prefabrykacja i montaż, gdzie w opinii Zamawiającego ceny Odwołującego również są mocno zawyżone (wykonanie elementów konstrukcji wsporczej izolacji). Ceny podane przez Bilfinger są natomiast zbliżone do cen z umowy realizowanej dla EC Kraków. Wg SPEKTRUM zaś pozycja nr 7 „przygotowanie 1 m2 płaszcza ochronnego izolacji" powinna zostać wyceniona na 157,80 (45 zł materiały + 112,80 (3rbg). robocizna), podczas gdy Bilfinger wycenił tę pozycję na kwotę 124,27 zł. Firma IZOINSTALBUD w umowie dla EC Kraków wyceniła taką samą pozycję na kwotę 84,88 zł/m2 (117016 Wyk. płaszcza z blachy trapezowej 0,75 mm oc.). W kategorii błędu należy traktować również ceny materiału podane przez SPEKTRUM w pozycji nr 8 i 9, gdzie użycie materiałów o masie każdorazowo nieprzekraczającej 1 kg zostały wycenione na 35 zł i 55 zł, przy rynkowej cenie stali wynoszącej ok. 6 zł/kg.

Odnosząc się do załączonego do odwołania zestawienia, Zamawiający stwierdził, że jest ono dość rozbudowane, dlatego Zamawiający dla zobrazowania wadliwości przyjętych założeń, przyjął do analizy operacje, które wykonuje się najczęściej oraz te wyraźnie zasygnalizowane przez SPEKTRUM. Z przeprowadzonej analizy jasno wynika, że argumenty Odwołującego oparte zostały wyłącznie na dotychczasowym doświadczeniu zdobytym w realizacji prac na rzecz Zamawiającego, natomiast w porównaniu z zasobami jakimi dysponuje Bilfinger, znanymi Zamawiającemu z racji realizacji innej umowy na rzecz Oddziału Wybrzeże oraz mając porównanie do stawek z umowy jaką obecnie realizuje firma IZOINSTALBUD w Oddziale Elektrociepłownia Kraków, są w ocenie Zamawiającego nieuzasadnione. Odnośnie przedmiotowego arkusza porównawczego i symulacji cen dokonanego przez Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 1792/13, gdzie Izba stwierdziła m.in., że samo zestawienie kwot zaproponowanych przez wykonawców nie jest dowodem rażąco niskiej ceny: i przywołał wyrok KIO 2192/11 z dnia 20.10.2011 r. wskazując: "Szacunkowa wartość zamówienia jest ustalona przed wszczęciem postępowania i nie musi odzwierciedlać aktualnych cen rynkowych danych robót budowlanych, a co za tym idzie nie może być jedynym miernikiem do stwierdzenia czy zaoferowano cenę rażąco niską." "Poziom szczegółowości wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie może prowadzić do ich dyskwalifikacji. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeżeli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny. Ustawodawca nie nadal postępowaniu wyjaśniającemu w przedmiocie rażąco niskiej ceny charakteru postępowania cywilnego, stad nie ma wymogu, aby prawdziwość oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach była poparta dowodami".

W podsumowaniu Zamawiający przywołał wyrok z dnia 14 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2440/18 i stwierdził, że nie ma podstaw sądzić, że Bilfinger nie zrealizuje przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp jest tym bardziej nietrafiony, że przepis ten mówi o cenie rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. O ile zatem zgodzić się można z Odwołującym, który wskazuje, że prawidłowości ceny oferty nie można opierać wyłącznie na posiadanej przez zamawiającego specjalistycznej wiedzy, o tyle już akceptacja zaoferowanej ceny w oparciu o dane dotyczące realizowanych przez tego wykonawcę na rzecz zamawiającego innych kontraktów oraz porównanie stawek z umów o podobnym zakresie przedmiotowym', realizowanych na zakładach Zamawiającego, zdecydowanie mogą być wiarygodnym punktem odniesienia. A contrario porównanie ceny oferty Bilfinger z ceną zaoferowaną przez Odwołującego niekoniecznie jest właściwym trybem

postępowania. Tym bardziej gdy przedmiotem zamówienia są usługi.

Odnosząc się do zarzutu rzekomo ogólnikowych, mało przekonujących wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, Zamawiający zwrócił uwagę na treść wezwania do złożenia wyjaśnień, które poza odniesieniem się do wykazu prac termoizolacyjnych dla branży kotłowej nie zawierało szczególnych wątpliwości co do ceny oferty wykonawcy. Zamawiający w sposób bardzo ogólny wezwał do przedstawienia wyjaśnień odnośnie wyceny swojej oferty, nie formułując listy pytań do wykonawcy z prośbą o potwierdzenie jak to często zdarza się w postępowaniach prowadzonych na podstawie Pzp. Otrzymane wyjaśnienia w sposób syntetyczny przedstawiają elementy, które wpłynęły na cenę jego oferty. Zamawiający zwrócił uwagę na następujące elementy, które nie są ogólnikowe: przywołanie nazw konkretnych umów zawartych z zamawiającym grupą LOTOS S.A., prowadzenie działalności i posiadanie materiałów z uwagi na realizację prac na rzecz grupy LOTOS S.A., posiadanie centrum serwisowego w Gdańsku, przedstawienie sposobu kalkulacji rbg w ofercie.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem, że Przystępujący przedstawił wyjaśnienia ogólnikowe, które mógłby przedstawić w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z faktu prowadzenia działalności gospodarczej o określonym profilu wynika bowiem konieczność uwzględnienie określonych czynników ryzyka. Przystępujący przedstawił natomiast elementy generalne mające wpływ na jego wycenę, jak i jemu tylko dostępne szczególne ww. okoliczności realizacji umowy. O ile bowiem realizacja zamówienia na rzecz Grupy LOTOS S.A. na Wybrzeżu, ma znaczenie dla niniejszego postępowania, o tyle w sytuacji gdyby postępowanie dotyczyło elektrociepłowni Zamawiającego w Krakowie byłby to fakt całkowicie irrelewantny w toku badania i oceny rażąco niskiej ceny.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że analiza opisu okoliczności uzasadniających powyższy zarzut nie pozwala uznać, że Odwołujący wykazał niezgodność podjętych przez

Zamawiającego czynności z przepisami Pzp, do czego jest zobligowany. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12, gdzie Sąd stwierdził, że stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy, a także przywołał wyrok KIO z dnia 14 września 2018 r. sygn. akt KIO 1665/18,1675/18. Zamawiający dokonał badania i oceny oferty Przystępującego, która jego zdaniem nie zawiera rażąco niskiej ceny i spełnia wymagania określone w dokumentacji postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, że zgodzić się należy z Odwołującym, który przywołał wyrok KIO mówiący, że ustalenie cen na poziomie oderwanym od realiów rynkowych (tzw. ceny dumpingowe), wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji. Jednakże jako, że Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut zaniechania odrzucenia oferty Bilfinger z tej podstawy prawnej, nie wskazując w jaki sposób uznać można, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest właśnie taką ceną, szczególnie, że nie jest nawet niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, Zamawiający nie może się odnieść do tego zarzutu i traktuje go jako zupełnie bezprzedmiotowy.

Zdaniem Zamawiającego w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny Bilfinger udowodnił, że zaoferowane przez niego stawki nie odbiegają od cen rynkowych, zawierają wymagane koszty pośrednie i zysk. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 448/19: Za czyn nieuczciwej konkurencji nie może być uznane złożenie oferty konkurencyjnej cenowo w stosunku do pozostałych ofert, jeżeli konkurencyjność tej ceny została w sposób prawidłowy przez wykonawcę wykazana.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący, poza ogólnymi sformułowaniami, nie wskazał na czym miałoby polegać naruszenie przez Zamawiającego tych przepisów ustawy Pzp. Za truizm uznać należy, że w gestii Zamawiającego leży wybór oferty wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Brak jest jednak podstaw by sądzić, że w ramach przedmiotowego postępowania, działania Zamawiającego nie zmierzają do realizacji tego celu. Zamawiający nie tylko przeprowadził procedurę badania ceny najkorzystniejszej oferty, pomimo, że w okolicznościach tego postępowania, nie był do tego zobligowany, ale też ocenił złożone wyjaśnienia, mając na względzie całość znanych mu okoliczności dotyczących wykonawcy Bilfinger. Zarzucanie Zamawiającemu naruszenia fundamentalnych zasad prowadzenia postępowań, bez poparcia go argumentami innymi niż brak dowodów ze strony wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i stwierdzeniem, że Zamawiający dokonał wyboru oferty w sposób preferencyjny, wydaje się być nieracjonalne.

Zamawiający oświadczył, że nie podziela wywodu Odwołującego, jakoby załączone przez Bilfinger w odpowiedzi na wezwanie, wyjaśnienia oraz powołanie się na aktualnie obowiązujące stawki były niewystarczające i wymagały dalszych wyjaśnień. Złożenie oświadczenia wykonawcy w postaci wyjaśnień samo w sobie jest dowodem, który

Zamawiający poddał analizie, a w konsekwencji ocenił, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający stwierdził, że podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie, a w szczególności w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10), że: „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame." Do pisma Zamawiający załączył kopie umowy zawartej z IZOINSTALBUD realizowanej dla PGE EC Oddział Elektrociepłownia Kraków

Pismem z dnia 31 marca 2020 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o., który następnie w piśmie z dnia 6 maja 2020 r., złożonym do KIO w dniu 7 maja 2020 r. elektronicznie i w dniu 11 maja 2020 r. w postaci papierowej przedstawił swoje stanowisko w sprawie, zaznaczając na wstępie, że zaproponowana przez niego cena złożonej oferty nie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. W związku z tym zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1a ustawy Zamawiający nie był zobligowany do zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczania ceny przez Przystępującego, skoro na taki obowiązek nie wskazuje przywołany przepis ustawy Pzp. Mając jednak na względzie między innymi uwagi ze strony Odwołującego, Zamawiający postanowił zbadać przedmiotową kwestię. Nie może to jednak stanowić zarzutu samego w sobie, gdyż Zamawiający ma prawo zbadać ofertę w zakresie rażąco niskiej ceny, a sam fakt badania nie stanowi żadnego potwierdzenia, że cena jest rażąco niska. Stanowi tylko i wyłącznie o wątpliwościach Zamawiającego, podsycanych przez Odwołującego.

Przystępujący stwierdził, że sprostał ciężarowi wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny składanej oferty, co zostało uznane przez Zamawiającego. W postępowaniu odwoławczym nie podlega badaniu sama cena złożonej oferty, lecz sposób postępowania Zamawiającego, który wydaje się w pełni właściwy. Wyjaśnienia z dnia 17.01.2020r. całkowicie przekonały

Zamawiającego w kwestii poprawności wyliczenia ceny oferty złożonej przez Przystępującego oraz jej realności. Wyjaśnienia te obejmują stwierdzenia, które w jednoznaczny sposób wskazują na realność złożonej oferty, w pełni pokrywającej wszystkie koszty realizacji zamówienia. Wyjaśnienia te nie miały charakteru ogólnego, zawierały kalkulacje, odnosiły się do dowodów ogólnodostępnych dla innych podmiotów oraz wskazywały procentowo zakładany przez Przystępującego zysk.

Przystępujący przywołał wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2017r. wskazując: „ wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia" i stwierdził, że jego wyjaśnienia zawierają wszystkie konieczne elementy, które zostały uznane przez KIO za niezbędne.

Przystępujący, celem dowodowego potwierdzenia poprawności wyliczenia ceny i kosztów złożonej oferty, przedstawił swoje wyjaśnienia na temat sposobu kalkulacji stawki roboczogodziny. Do kosztorysowania została przyjęta stawka robocizny kosztorysowej netto w wysokości 19,19 zł. Fakt, że Przystępujący stosuje stawkę w wysokości 19,19 zł jest faktem powszechnie znanym, szczególnie w przedsiębiorstwie Przystępującego. Oczywistym jest, że poszczególne kwoty wypłacane pracownikom mogą się różnić, tzn. stosowane są stawki i wyższe i niższe, jednak średnią i podstawową stawką stosowaną do kalkulacji w firmie Przystępującego jest stawka 19,19 zł. Na obecną chwilę zespół, który ma realizować przedmiotowe zamówienie, nie jest jeszcze w pełni skompletowany, co oczywiście nie dotyczy osób, które zostały podane w Wykazie osób - z nimi wszelkie uzgodnienia zostały już dokonane. Z pozostałymi członkami zespołu kwestie szczegółowe wynagrodzenia zostaną ustalone już po uzyskaniu zamówienia, niemniej jednak stawką stosowaną przez Przystępującego do obliczenia kosztów pracy zespołu jako całości jest wskazana stawka

19,19 zł. Stawka w tej wysokości jest równoważna średnim stawkom roboczogodziny dla województwa pomorskiego, zgodnie z Informacją o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego IRS - SEKOCENBUD - zeszyt 41/2019 (1885) III kwartał 2019r. (dalej: „Informacja o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego IRS - SEKOCENBUD"). Nie została zastosowana stawka minimalna w wysokości 17 zł, która była również dopuszczalna, lecz Przystępujący przyjął za podstawę swoich wyliczeń stawki, które odpowiadają średnim dla województwa pomorskiego. Na marginesie Przystępujący wskazał, mając na uwadze bieżące uwarunkowania rynku pracy i zagrożenie związane z pandemią wirusa COVID-19, że stawka za roboczogodzinę w średniej wysokości dla danego województwa nie może być uznana w aktualnych okolicznościach za zaniżoną.

Podobnie, w zakresie zastosowanych przez Przystępującego wskaźników narzutu kosztów pośrednich Przystępujący zauważyć, że został przyjęty wskaźnik na poziomie 75%, gdzie zgodnie z Informacją o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego IRS - SEKOCENBUD wskaźnik minimalny wynosił 40%, średni 66,2%, zaś maksymalny 80%. Można zatem uznać, że przyjęty wskaźnik narzutu kosztów pośrednich jest bliższy raczej maksymalnemu wskaźnikowi, aniżeli minimalnemu. Z kolei wskaźnik narzutu zysków w wysokości 12% jest zbliżony do średniego wskaźnika zawartego w Informacji o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego IRS - SEKOCENBUD, który został określony na 11,1%, przy wskaźniku minimalnym 5% oraz maksymalnym 20%.

Przedstawione powyżej wskaźniki przyjęte jako podstawa kalkulacji ceny oferty są zdecydowanie bliższe średnim wskaźnikom czy stawkom dla województwa pomorskiego, w części zaś zbliżają się do wartości maksymalnych, co potwierdza, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska. Ponadto zaznaczyć trzeba, że argumentacja Przystępującego jest oparta o dokument - Informację o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego IRS - SEKOCENBUD. Nie stanowi ona zatem gołosłownych i ogólnych zapewnień, a punktem jej odniesienia są dane zawarte w ogólnodostępnym dokumencie.

Funkcję dowodową spełniają również umowy zawarte na obsługę podmiotów z grupy Lotos, stąd nie można przyjąć, że tezy o czynnikach pozwalających zminimalizować koszty realizacji zamówienia, wynikające z efektu skali i synergii pozostają jedynie w ramach zapewnień Przystępującego. Umowy te są realizowane, zaś równoległe prowadzenie działalności bez wątpienia przyczynia się do redukcji kosztów, z uwagi na wykorzystanie tego samego rodzaju materiałów, maszyn i urządzeń w bliskiej lokalizacji. W wyjaśnieniach z dnia 17.01.2020r. zostało szczegółowo przedstawione zestawienie równolegle realizowanych, tożsamych albo zbliżonych przedmiotowo zamówień, co wskazuje na optymalizację kosztów. Wydaje się oczywistym, że za wystarczające należy uznać jedynie przywołanie przedmiotowych umów oraz to, że mają one formę dokumentów i mogą spełniać funkcję dowodową.

Przystępujący zaznaczył, że ustawa Pzp nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny Zamawiającemu przy dokonywanej ocenie. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 01.02.2018 r. „Wykonawca nie jest zobowiązany do przedstawiania konkretnych dowodów, w tym wiążących ofert swoich potencjalnych kontrahentów, w celu wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, że została rzetelnie skalkulowana. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że cena lub koszt jest realny i nie zawiera znamion rażąco niskiej/niskiego w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca może zadośćuczynić temu obowiązkowi za pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych. Takim dowodem może być również samo oświadczenie wykonawcy. Oczywiście ocena złożonych dowodów zawsze pozostaje w gestii zamawiającego". Tożsame stanowisko zaprezentowane zostało w opinii UZP Wybrane aspekty dotyczące badania rażąco niskiej ceny w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących od dnia 19 października 2014 r., zgodnie z którą „aktualne pozostaje twierdzenie zawarte w uzasadnieniu uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2014 r. (sygn. akt KIO/KU 40/14), wydane na gruncie stanu prawnego sprzed ostatniej nowelizacji ustawy Pzp, zgodnie z którym pojęcie dowodu w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy rozumieć szeroko; za dowód może być uznane także oświadczenie samego wykonawcy. W tym kontekście warto też przytoczyć tezy zawarte w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 132/15), w myśl których o tym, czy dany dowód jest możliwy do uzyskania, decyduje charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy, to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść

wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny, wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy". Warto w tym miejscu wskazać, że szczegóły dotyczące składowych, mających wpływ na wysokość ceny, mogą zostać zamieszczone w szczegółowym kosztorysie.

Nie sposób pominąć, zdaniem Przystępującego, że przynależy on do grupy kapitałowej Bilfinger, przez co korzystając ze wsparcia oraz gwarancji korporacyjnych ma możliwość kształtowania ceny korzystniej. Gdyby Odwołujący posiadał tożsame możliwości, celem obniżenia ceny składanej oferty, także by z nich skorzystał. Poza tym słusznie wskazał

Odwołujący, że warunki udziału w postępowaniu „pozwalały wszakże na złożenie oferty wyłącznie przez doświadczonych wykonawców, dysponujących niezbędnym know-how i zapleczem kadrowym". W takiej sytuacji wydaje się oczywistym, że o cenie oferty decyduje w znacznej mierze „bogactwo" zaplecza kadrowego, sposób wewnętrznej organizacji struktur wykonawcy, czy wreszcie możliwości nabycia po niższej cenie materiałów i urządzeń, wynikające z efektu skali działania. Takie treści zostały zawarte w przedłożonych Wyjaśnieniach z dnia 17.01.2020r., poparte dowodami w postaci ogólnodostępnych dokumentów oraz umów z grupą Lotos. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Nie oznacza to, że obowiązkiem wykonawcy każdorazowo jest wyjaśnienie każdego elementu mającego wpływ na cenę oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiać wątpliwości zamawiającego w zakresie jaki wynika z wezwania do tychże wyjaśnień.

Zdaniem Przystępującego opis dotychczasowej współpracy Odwołującego z Zamawiającym zawarty w odwołaniu nie ma żadnej merytorycznej wartości w kwestii rozstrzygnięcia odwołania. Jeśli jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena, jak w analizowanej sytuacji, to można stwierdzić, że w interesie Zamawiającego leży wybór podmiotu, który przedstawi najniższą cenę, o ile tyko daje on należytą rękojmię wykonania zamówienia. Zgodnie z opinią UZP Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji „należy odrzucić automatyczne przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Powoływanie się na argumentację, że do tej pory to Odwołujący wykonywał przedmiotowe roboty i dlatego powinien zostać wybrany, prowadziłoby de facto do automatycznego odrzucania wszelkich innych ofert i naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Nie uwłaczając dotychczasowemu sposobowi realizacji zamówienia przez Odwołującego należy przyjąć, że każda inna firma może zrealizować zamówienie. Fakt, że Odwołujący utrzymywał kilka zdublowanych załóg nie może stanowić wyznacznika sposobu realizacji takiego zamówienia i na pewno nie takimi kryteriami powinien się kierować Zamawiający. Skoro wszystkie podmioty uczestniczące w przetargu znają swoje obowiązki wynikające z dokumentacji przetargowej, to nie można uznać, że dotychczasowy sposób ich realizacji przez jeden z podmiotów biorących udział w przetargu jest najlepszy i powinien stanowić jedyną „wykładnię" sposobu wykonywania zamówienia. Wszelkie obowiązki Wykonawcy powinny jasno wynikać z przedłożonej w postępowaniu dokumentacji i na jej podstawie wybrany Wykonawca ma obowiązek realizacji zamówienia. Gdyby dokumentacja była niejasna, obowiązkiem wykonawców jest w odpowiednim momencie składać zapytania do Zamawiającego. Sposób realizacji zamówienia przez poprzedniego Wykonawcę (Odwołującego) jest bez znaczenia.

Żaden dokument zawarty w dokumentacji projektowej nie wskazuje, że niezbędne jest dysponowanie przez wykonawcę zamówienia dwoma warsztatami na terenie lub w bezpośrednim sąsiedztwie EC Gdynia i EC Gdańsk. Dokumentacja projektowa wymaga bowiem składowania podstawowych materiałów w ilości niezbędnej do wypełniania bieżących działań, nie wskazując na lokalizację warsztatu. Zgodnie z pkt. 2.2.7 Specyfikacji Technicznej „Wykonawca musi dysponować bazą warsztatową (własną, podwykonawcy) umożliwiającą prefabrykację elementów izolacji oraz składowanie podstawowych materiałów izolacyjnych w ilościach niezbędnych do bieżącej działalności". Przystępujący posiada odpowiednie zaplecze, niemniej jednak dokumentacja nie wymaga wprost posiadania dwu warsztatów na terenie wymienionych elektrociepłowni. Dokumentacja postępowania nie zawiera również wymogu, by konieczne było zabezpieczenie co najmniej 4 grup pracowników w Gdańsku i 3 grup pracowników w Gdyni, a ponadto dwu grup dwuosobowych, pełniących dyżury dodatkowe, nawet jeśli nie są one przewidywane przez Zamawiającego. Zgodnie z pkt. 2.2.6 Specyfikacji Technicznej „Prace mogą być wykonywane jednocześnie w EC Gdańsk i EC Gdynia. Ilość pracowników będzie zmienna i ustalana na bieżąco z Zamawiającym w zależności od zakresu prac". Trudno wywnioskować, skąd wzięły się wskazywane przez Odwołującego 4 grupy pracowników w Gdańsku i 3 grupy w Gdyni. Na szczególną uwagę zasługuje również pkt. 2.2.4 Specyfikacji Technicznej. Zgodnie z nim „na życzenie Zamawiającego Wykonawca będzie zobowiązany do pełnienia dyżurów domowych

(obejmujących czas wolny od pracy). Zamawiający każdorazowo w formie pisemnej (mail lub fax) na 7 dni kalendarzowych przed planowaną datą rozpoczęcia dyżuru określi czas trwania dyżuru (datę jego rozpoczęcia i zakończenia) oraz ilość i kwalifikacje osób go pełniących". Wydaje się zatem oczywistym, że kwestie pełnienia dyżurów domowych zostaną ustalone każdorazowo w drodze wskazania konieczności pełnienia dyżuru przez Zamawiającego. Zgodnie z dokumentacją przetargową nie istnieje zatem konieczność pełnienia ciągłego dyżuru domowego, tym bardziej przez zdublowane składy pracowników. Oczywiście nie jest to zabronione, niemniej jednak nie powinno dziwić, że cena oferty Odwołującego, zawierająca koszty pełnienia ciągłych dyżurów domowych oraz dublowania składów pracowniczych w znaczący sposób przewyższała cenę oferty Przystępującego.

Przystępujący wskazał na prawdopodobnie błędnie obrane przez Odwołującego założenia w zakresie kalkulacji ceny jego oferty, gdyż poprzez utrzymywanie dodatkowych i zastępczych zespołów pracowników oraz nadmiarowych dyżurów jego oferta automatycznie stała się droższa. Jeśli wybrany wykonawca ma inny pomysł na kwestie metodologiczne w zakresie uregulowania pracy zespołów, przyjęcie takiej koncepcji stanowi jego ryzyko biznesowe, gdyż ma on świadomość konieczności realizacji zamówienia, zgodnie z załączoną dokumentacją.

Nie sposób zatem oceniać składane w postępowaniu oferty poprzez kontekst przyjętych

założeń poprzedniego Wykonawcy. Każdy podmiot w inny sposób kalkuluje koszty swojego udziału w postępowaniu, w inny sposób kalkuluje również cenę oferty. Przyjęcie założeń metodologicznych, które umożliwiają poprawne wykonanie zamówienia i równocześnie nie stanowią o zaistnieniu rażąco niskiej ceny, co zostało zbadane i dopuszczone przez Zamawiającego, nie może stanowić o uznaniu, że odmienna metodologia w zakresie kalkulacji kosztów jest lepsza lub gorsza, gdyż po prostu jest inna. Przystępujący doskonale zna dokumentację zamówienia. Odwołujący bezpodstawnie pragnie wskazywać, w jaki sposób Przystępujący ma zapewniać miejsca pracy i dzielić załogę pomiędzy obsługę grupy Lotos a Zamawiającego.

Ponadto Przystępujący, składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i powołując się na obsługę grupy Lotos nigdy nie miał na celu porównywania procedur w obydwu przedsięwzięciach, obowiązujących w związku z rozpoczęciem, realizacją bądź zakończeniem prac. Przystępujący w żadnym wypadku nie stawia znaku równości pomiędzy zakładami grupy Lotos a elektrociepłowniami w Gdańsku i Gdyni, gdyż posiada świadomość odmienności zamówień. Przystępujący nie wskazuje również w swoich wyjaśnieniach, że zamierza realizować umowę z Zamawiającym zasobami kadrowymi zaangażowanymi w prace dotyczące obsługi grupy Lotos. Takie twierdzenia są domysłem Odwołującego. Jako cel przywołania umów realizowanych z grupą Lotos Przystępujący podał podkreślenie wieloletniej obsługi znaczących podmiotów, równoległość prowadzenia działalności o podobnym zakresie, dzięki czemu można wykorzystać efekt skali, jak i wszelkie inne czynniki wymienione w pkt 1) -8) Wyjaśnień. Nie można z wyjaśnień wywieść wniosku, że zamówienia będą wykonywane przez tych samych pracowników czy z zastosowaniem tożsamych procedur. Nie znaczy to jednak, że Przystępujący przyjmie błędną metodologię Odwołującego w zakresie dublowania składów pracowników.

Następnie Przystępujący wskazał, że wyliczona przez Odwołującego stawka roboczogodziny w wysokości 37,60 zł oraz ustalenia, że poszczególne stawki w pozycjach kosztorysowych powinny być wyższe o kilkanaście do kilkuset procent są błędne i pomijają w zupełności wyjaśnienia Przystępującego z dnia 17.01.2020r. Zaznaczono w nich wyraźnie, że na możliwość zaproponowania cen jak w złożonej ofercie ma wpływ nie tylko przyjęta stawka roboczogodziny w wysokości 19,19 zł, ale również inne czynniki, takie jak równoległe prowadzenie działalności o podobnym zakresie rzeczowym (obsługa grupy Lotos) czy usytuowanie Centrum Serwisowego w Gdańsku wraz z zapleczem prac. W dotychczasowym orzecznictwie KIO przychyliła się do stanowiska, że własne pomieszczenia biurowe w bliskiej odległości od terenu budowy i siedziby zamawiającego oraz lokalnie zamieszkali pracownicy rzeczywiście mogą mieć wpływ na obniżenie kosztów wykonawcy - chodzi np. o koszty

czynszu najmu, zakupu lub transportu sprzętu biurowego czy też czas i koszty dojazdów i delegacji inżynierów lub inspektorów. Ponadto na wysokość ceny złożonej oferty ma wpływ możliwość negocjowania cen i dostaw z producentami materiałów i urządzeń dla wielu przedsięwzięć jednocześnie, korzystne rabaty zakupowe przy zastosowaniu urządzeń i materiałów o wysokich parametrach, posiadanie własnych zasobów materiałowych i sprzętowych, posiadanie własnej doświadczonej kadry kierowniczej i inżynierskiej oraz pracowników. Informacje o procentowym wpływie przywołanych czynników na wysokość ceny nie są dostępne dla Odwołującego, stąd oczywistym jest, że nie jest on w stanie dokonać precyzyjnego odzwierciedlenia kalkulacji ceny oferty złożonej przez Przystępującego (nie zna know-how Przystępującego). Nie sposób bowiem oprzeć obliczenia jedynie o koszty pracy

pracowników (roboczogodziny), z pominięciem wszelkich innych niezwykle korzystnych okoliczności dla Przystępującego, które zostały wskazane w wyjaśnieniach poparte dowodami.

Z uwagi na powyższe kalkulacja zawarta w załączniku do Odwołania jest zupełnie nieadekwatna do rzeczywistości, a przez to bezużyteczna, gdyż nie ujmuje podstawnych założeń cenotwórczych Przystępującego, a opiera się jedynie na częściowej wiedzy oraz zasadniczo na teoretycznych założeniach Odwołującego, co nijak ma się do stanu faktycznego i rzeczywistego sposobu skalkulowania oferty. Oczywistym jest również, że informacje te stanowią zasób Przystępującego, stąd kalkulacja ta w szczegółach nie jest udostępniana konkurencyjnym przedsiębiorstwom. Nie sposób zrozumieć, jak zostały wyliczone wskazane przez Odwołującego stawki, przykładowo stawka roboczogodziny w wysokości 37,60 zł, skoro powiększenie stawki zastosowanej przez Przystępującego w wysokości 19,19 zł o 75% kosztów pośrednich i 12% zysku (działanie matematyczne polegające na pomnożeniu kwoty 19,19 zł i 87% (75%+12%) oraz dodanie wyniku do kwoty 19,19zł) daje 35,88 zł, a nie 37,60 zł. Całość wyliczeń Odwołującego jawi się zatem jako niezrozumiała i oparta wyłącznie o jemu znane parametry. Błędem jest również powiększanie każdej pozycji kosztorysowej o 75% kosztów pośrednich. Oczywistym jest, że koszty te są rozkładane na wszystkie pozycje kosztorysowe. Nie można zatem oprzeć się na stawce 37,60 zł, gdyż metodologia jej sposobu wyliczenia jest zupełnie błędna. Koszty pośrednie i zysk wykonawcy zostały ulokowane nie w kosztach roboczogodziny, ale w pozostałych wymienionych powyżej czynnikach i okolicznościach, wskazanych w wyjaśnieniach i popartych dowodami. Ponadto dane zawarte w kolumnach „Koszt materiałów" oraz „Pracochłonność RBG" tabeli „Porównanie cen zaoferowanych przez firmę Bilfinger" (załącznik nr 1 do Odwołania) zostały przyjęte przez Odwołującego bez uwzględnienia okoliczności wskazanych przez Przystępującego w wyjaśnieniach - czyli możliwości negocjowania cen i dostaw z producentami materiałów i urządzeń dla wielu przedsięwzięć jednocześnie, korzystnych rabatów zakupowych przy zastosowaniu urządzeń i materiałów o wysokich parametrach, posiadania własnych zasobów

materiałowych i sprzętowych oraz posiadania własnej doświadczonej kadry kierowniczej i

inżynierskiej oraz pracowników. Fakt, że Odwołujący musiałby zapłacić za materiały tyle, ile wskazał w przywołanej tabeli, oraz informacja, że pracownicy Odwołującego musieliby poświęcić tyle godzin na wykonanie przedmiotowych robót, ile Odwołujący wskazał w tabeli, nie świadczy, że tożsame koszty czy czasochłonność prac zostałaby poniesione przez Przystępującego.

Zdaniem Przystępującego znaczna część danych z tabeli „Porównanie cen zaoferowanych przez firmę Bilfinger" stanowiącej załącznik nr 1 do Odwołania została wskazana błędnie. Odwołujący źle wyliczył stawkę roboczogodziny Przystępującego, źle skalkulował ceny materiałów oraz źle wyliczył czasochłonność prac, stąd finalnie doprowadziło to do zupełnie

błędnych i zawyżonych wyników w zakresie cen jednostkowych za poszczególne działania. Dla Odwołującego te stawki mogą być poprawne i właściwe, tzn. uwzględniają jego koszty materiałowe, jego czasochłonność pracowników (bo dokonuje dublowania zespołów oraz zapłaty za przestoje, dodatkowe, niewymagane przez Zamawiającego dyżury) oraz jego stawki roboczogodziny (bo ma prawo płacić za dodatkowe i nieobligatoryjne szkolenia bhp czy nadmiarowe dyżury). Niemniej jednak nie sposób uznać, że można zastosować przedstawiony sposób kalkulowania kosztów do przedsiębiorstwa Przystępującego, gdyż jest ono zupełnie odmienne.

Jako kolejne uchybienie kalkulacji przedstawionych przez Odwołującego Przystępujący wskazał, że odwołał się on tylko do wybranych pozycji kosztorysowych, pomijając pozostałe. Jak zaznaczono w Odwołaniu „przy takim koszcie robocizny, z uwzględnieniem kosztów materiałów, w 38 pozycjach kosztorysowych, składających się na ostateczną cenę, cena Bilfinger Infrastructure Services Polska Sp. z o.o. winna być wyższa od stawek wskazanych w formularzu ofertowym". Powstaje pytanie, dlaczego nie poddano analizie całej oferty

Przystępującego, czyli wszystkich 79 pozycji kosztorysowych, a skupiono się wyłącznie na 38 pozycjach. Zdaniem Przystępującego Odwołujący wybiera selektywnie tylko te dane, które pasują do lansowanej przez niego teorii o cenie rażąco niskiej. Rzetelna analiza powinna prowadzić do wykazania zarówno cen jednostkowych zaniżonych według Odwołującego, ale też i cen jednostkowych zawyżonych lub pozostających na średnim poziomie. Można zatem

stwierdzić, że pozostałe 41 pozycji zawiera ceny jednostkowe zawyżone w stosunku do odpowiednich cen średnich, skoro Odwołujący nie podjął trudu wykazania ich zaniżenia.

Z kolei w odniesieniu do pozycji 59 i 79 Formularza cenowego swojej oferty Przystępujący wskazał, że przywołane tam stawki roboczogodziny dotyczą zupełnie odrębnych czynności,

których zakres różni się od opisanego odpowiednio w pozycjach 1-58 oraz 62-78 Formularza (załącznika) cenowego. Przystępujący wskazuje zatem, że podstawową zastosowaną stawką za roboczogodzinę jest stawka 19,19 zł. Nie wyklucza to jednak sytuacji, gdzie zakres wykonywanych robót wykracza poza standardowo przyjęte czynności, wymaga innego nakładu pracy lub odrębnych umiejętności, stąd przewidziana została znacząco wyższa stawka za ich wykonanie.

Zdaniem Przystępującego nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen oferty Przystępującego z cenami pozostałych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. To, że Odwołujący w inny sposób skalkulował cenę swojej oferty, odmiennie (drożej) szacował koszty materiałów, zawyżał koszty robocizny, dublował składy pracowników i utrzymywał zastępcze zespoły, co prowadziło do wzrostu pracochłonności roboczogodzin dla określonych zadań, nie może być uznane za jedynie właściwe i poprawne. Każdy z podmiotów odmiennie formułuje swoją ofertę, zaś Przystępujący, posiadając szersze możliwości negocjacyjne z podmiotami dostarczającymi materiały i urządzenia, prowadząc równolegle działalność o podobnym zakresie rzeczowym, posiadając własne znaczne zasoby materiałowe lub sprzętowe oraz bazując na wsparciu i gwarancjach bankowych grupy kapitałowej może złożyć ofertę o wiele korzystniejszą, aniżeli inni oferenci. Nie stanowi to jednak o jakimkolwiek naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, lecz jest de facto wypełnieniem zasady konkurencyjności. Wydaje się oczywistym, że gdyby Odwołujący posiadał tożsame z Przystępującym możliwości w zakresie obniżenia ceny oferty oraz zaplecze, w tym wsparcie grupy kapitałowej, bez wątpienia by z nich skorzystał.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody załączone przez strony do składanych pism.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż czynność Zamawiającego, polegająca na wyborze oferty Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Wyeliminowanie niezgodnego z prawem rozstrzygnięcia

Zamawiającego stworzy Odwołującemu możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia z tego tytułu zysku.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawca Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. (dalej również: „Przystępujący”) zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stał się jego uczestnikiem.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty postawione w odwołaniu, w granicach których Izba orzeka. Izba nie dopatrzyła się zarzucanych w odwołaniu Zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy. W szczególności okoliczności wskazane w odwołaniu nie potwierdziły zasadności twierdzeń Odwołującego dotyczących wadliwej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, złożonych przez Przystępującego.

Na wstępie, zważywszy na zgodne twierdzenia Stron i Przystępującego co do braku

obowiązku wystąpienia do Przystępującego o wyjaśnienia, zaznaczenia wymaga, iż zarówno po stronie wykonawców jak i Zamawiającego, z uwagi na to, że są profesjonalistami, należy stosować podwyższony miernik staranności w działaniu, co wynika z art. 355 § 1 i 2 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), zaś należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym po każdej stronie powinna istnieć świadomość konsekwencji podejmowanych czynności.

Przed skierowaniem do wykonawcy wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zamawiający musi wiedzieć w jakim zakresie cena oferty wykonawcy wywołuje u niego podejrzenie, że jest nierealistyczna, z jakiego powodu istnieją po jego stronie obawy, co do tego czy za tę cenę nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia i wskazać czego dotyczą jego wątpliwości oraz określić swoje oczekiwania co do zakresu wyjaśnień. Wezwanie do złażenia wyjaśnień ma bowiem zapobiegać arbitralnym decyzjom zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy z uwagi na jednostronne uznanie, że zawiera rażąco niska cenę, a nie być przejawem nakładania na wykonawcę zbędnych obowiązków.

Z powyższych względów wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie powinno być kierowane wówczas, gdy Zamawiający, jak podał na rozprawie, nie mając ww. wątpliwości co do realności ceny oferty, czyni to pod wpływem impulsu po otrzymaniu pisma Odwołującego sugerującego taką potrzebę, po to aby uniknąć ewentualnych odwołań. Zamawiający powinien bowiem liczyć się z tym, że podejmowane przez niego czynności mają swoje konsekwencje. Konsekwencją wystosowania przez niego ww. wezwania jest powstanie domniemania istnienia w ofercie wykonawcy rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i przeniesienie ciężaru dowodu wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska na wykonawcę będącego adresatem wezwania. Wynika to z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zamawiający nie powinien stosować się do sugestii konkurencyjnych wykonawców, którzy mogą realizować przez to swoje cele, lecz opierać się na własnej ocenie, którą potrafi uzasadnić i wykazać potrzebę podjęcia czynności, do której nie jest zobowiązany na mocy ustawy. Nie jest sporne, że w analizowanej sprawie, Zamawiający nie był zobligowany do wystąpienia o wyjaśnienia do Przystępującego, z uwagi na brak zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, Jak wskazuje sam Odwołujący, który zasugerował Zamawiającemu wystąpienie o wyjaśnienia, Zamawiający nie miał bezwzględnego obowiązku zwrócenia się o stosowne wyjaśnienia wobec przekroczenia ustawowych progów rozbieżności cen ofertowych, czy to w odniesieniu do wartości zamówienia, czy innych cen.

W sytuacji gdy Zamawiający wystąpił do Przystępującego o wyjaśnienia z wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, 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, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...), powstał stan domniemania rażąco niskiej ceny w ofercie tego wykonawcy i obowiązek złożenia wyjaśnień, których ocena należała do Zamawiającego. Izba natomiast ocenia prawidłowość oceny dokonanej przez Zamawiającego.

Przechodząc od tych ogólnych rozważań na grunt analizowanego postępowania, należy wskazać, iż Zamawiający pismem z dnia 9 stycznia 2020 r. działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wystąpił do Przystępującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, w tym

złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, stwierdzając: „Zaoferowana cena, w tym następujące jej składowe: - Wykaz prac termoizolacyjnych dla branży kotłowej (MEC) mogą wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości, co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ."

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że wezwanie było ogólne. Jak twierdzi Zamawiający było ogólne, bowiem oczekiwał jedynie generalnego potwierdzenia możliwości wykonania zamówienia za cenę oferty, co do której realności nie miał wątpliwości i dlatego nie sformułował w wezwaniu pytań. Wezwanie nie zawiera informacji jakie elementy ceny budzą wątpliwości Zamawiającego i w jakim zakresie oczekuje wyjaśnień. Jest jedynie wskazanie na cenę, z zaznaczeniem: „w tym", a zatem przykładowo, na jeden z dwóch zakresów prac, tj. prace z zakresu termoizolacji, podczas gdy cena obejmuje także prace w zakresie obmurzy, ponieważ,

jak stwierdził Zamawiający na rozprawie, w tym drugim zakresie ceny w ofercie Przystępującego były wyższe niż w ofercie Odwołującego.

Ustawa Pzp nie wskazuje, co powinny zawierać wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, Zważywszy na cel ich składania, nie powinno jednak budzić wątpliwości, że w dobrze pojętym własnym interesie wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia jak najpełniej odpowiadające na wezwanie zamawiającego, skorelowane z treścią wezwania zamawiającego, tj. odpowiadające na wątpliwości zamawiającego. Wyjaśnienia powinny być

rzetelne, konkretne, przekonujące, powiązane z przedmiotem zamówienia. Celem ich złożenia jest bowiem rozwianie wątpliwości, jakie się pojawiły po stronie zamawiającego.

W zakreślonym terminie, pismem z dnia 17 stycznia 2020 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których podał m.in., że został przez niego wyceniony pełny zakres prac obejmujący wszystkie warunki realizacji przedmiotu zamówienia w tym m.in. koszty materiałów, sprzętu i osób, które będą wykonywać zamówienie, wyposażenie i dostawy wyspecyfikowanych materiałów, wymagane gwarancje i ubezpieczenia, a także ryzyka umowne, ewentualne koszty związane z zaangażowaniem kapitału, koszty zarządcze oraz przewidywany zysk. Wskazał, iż poziom zaoferowanej ceny został ustalony zgodnie z

zasadami wycen tego typu zadań przyjętych w jego przedsiębiorstwie, opartych o wieloletnią wiedzę i doświadczenie w realizacji podobnych prac. Przystępujący oświadczył, że zakres

zamówienia został przez niego wyceniony w sposób odzwierciedlający realny koszt wykonania zamówienia, a wysokość zaoferowanej ceny jest odbiciem cen rynkowych zaoferowanych przez jego dostawców i podwykonawców oraz poziomu kosztów własnych.

Przystępujący wskazał czynniki pozwalające mu zminimalizować koszty realizacji zamówienia, w tym wieloletnią obsługę w zakresie utrzymania we właściwym stanie powłok

izolacji termicznych, a także ich montażu na instalacjach petrochemicznych w Zakładach Grupy LOTOS S.A., wymieniając 5 umów z tego zakresu, które, jak zaznaczył Zamawiający, mógł zweryfikować; równoległym prowadzeniu działalności o podobnym zakresie rzeczowym z wykorzystaniem tego samego rodzaju materiałów, maszyn i urządzeń w bliskiej lokalizacji, co stwarza możliwość wykorzystania efektu skali działalności i osiągnięcia niższych kosztów (racjonalizacja wykorzystania zasobów); usytuowanie Centrum Serwisowego w Gdańsku i prowadzenie na terenie Grupy LOTOS S.A. działalności, odpowiadającej oczekiwaniom Zamawiającego, co wpływa na brak konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z organizacją zaplecza prac. Pracownicy są mieszkańcami Gdańska, co pozwala uniknąć kosztów delegacji oraz transportu; możliwość negocjonowania cen i dostaw z producentami materiałów i urządzeń dla wielu przedsięwzięć jednocześnie, co stwarza możliwość uzyskania większych upustów, czy dogodnych zasad płatności; stałą współpracę z wiodącymi producentami i dostawcami urządzeń oraz materiałów, co pozwala na realizację zadań w oparciu o uzyskiwane bardzo korzystne rabaty zakupowe, przy zastosowaniu urządzeń i materiałów o wysokich parametrach, co przy niskich kosztach wykonania pozwala na zachowanie najwyższej jakości robót; wykorzystywanie własnych zasobów materiałowych i sprzętowych do realizacji zamówienia; korzystaniem z własnej doświadczonej kadry; przynależność do grupy kapitałowej Bilfinger i korzystanie ze wsparcia i gwarancji korporacyjnych.

Wyjaśnienia zawierają informacje dotyczące sposobu kalkulacji, w tym, że cena usługi w większości pozycji została przyjęta jako iloczyn średniej stawki godzinowej 19,19 zł i pracochłonności wg KNR. Zostało wskazane, iż przyjęto wskaźniki narzutów w postaci:

wskaźnika narzutów kosztów pośrednich - 75% oraz wskaźnika narzutu zysku - 12%, ze wskazaniem, iż są wyższe od średniej od opisanych w Informacji o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego IRS-SEKOCENBUD - zeszyt 41/2019 (1885) za III kwartał 2019, zawierają informację jak skalkulowano pracochłonność wskazując, że wykorzystano 2 rodzaje katalogów pracochłonności: KNR i Katalog Pracochłonności Bilfinger Industrial Services Polska, który jest efektem wieloletnich doświadczeń Spółki związanych z wykonywaniem określonych prac, w związku ze świadczonymi usługami.

W związku z tym w ocenie składu orzekającego Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia Zamawiający mógł uznać za odpowiadające jego wezwaniu. W sytuacji gdy interesowała go cena globalna, która zapewni utrzymanie urządzeń i wykonanie prac zgodnie z umową i zależało mu na ogólnej deklaracji, to po otrzymaniu wyjaśnień Przystępującego Zamawiający mógł uznać, że spełniają one jego oczekiwania. Wbrew twierdzeniom

Odwołującego w okolicznościach analizowanej sprawy brak przedstawienia dowodów przez

Przystępującego, innych niż złożone zgodnie z zasadami reprezentacji wykonawcy oświadczenia, nie stanowi samoistnej przesłanki nieuznania wyjaśnień przez Zamawiającego, jak też podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Jak wynika z przedstawionego powyżej w odwołaniu zestawienia złożonych w postępowaniu ofert, rozpiętość cen ofert jest bardzo duża. Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, że przy usługach objętych przedmiotem zamówienia każdy wykonawca szacuje cenę oferty według swoich zasad, przy czym na cenę skalda się przede wszystkim cena roboczogodziny oraz ceny materiałów. W odniesieniu do ceny roboczogodziny w ofertach Przystępującego i Odwołującego nie występują duże różnice (odpowiednio 52 zł i 55 zł). W odniesieniu do materiałów z uwagi na to, że Przystępujący jest dużym wykonawcą, za wiarygodne należy uznać twierdzenia o efekcie skali, co pozwala na ich zakup na korzystniejszych warunkach.

Cena oferty Przystępującego jest ok. 15% niższa od ceny oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu w rankingu ofert. Przy założeniu, że druga w kolejności oferta, tj. oferta Odwołującego, zawiera rynkowe ceny, nie jest to w ocenie Izby różnica wskazująca na rażąco niską cenę, a jedynie na cenę niższą, zwłaszcza, jeśli przyjąć, co wynika ze stanowisk stron, iż Odwołujący w swojej wycenie nadmiarowo w stosunku do wymogów SIWZ wycenił niektóre elementy realizacji zamówienia. Nie zostało wykazane, że za tę cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Okoliczności podnoszone w odwołaniu przemawiające, zdaniem Odwołującego za uznaniem rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego należy uznać za nieprzekonujące.

Argumentacja dotycząca kosztów związanych z utrzymaniem dwóch warsztatów, w sytuacji, gdy sam przyznaje, że SIWZ nie wymagała, aby wykonawca wykonywał zamówienie z wykorzystaniem dwóch warsztatów i w związku z tym w kalkulacji ceny oferty były uwzględnione koszty z nimi związane , nie zasługuje na uwzględnienie. Skoro Odwołujący do kalkulacji przyjął nadmiarowo dwa warsztaty, a nie jeden, jak to uczynił Przystępujący, mając na uwadze treść SIWZ, to nie może skutecznie podnosić zarzutu zaniżenia w tym zakresie ceny w ofercie Przystępującego. Również argument dotyczący lokalizacji aktualnie posiadanego przez Przystępującego warsztatu nie wskazuje na zaniżenie ceny, skoro jest on położony, co nie jest sporne, kilka kilometrów do EC Gdańsk i ok. 30 km od EC Gdynia, przy czym dojazd następuje drogą ekspresową. Nadto, jak stwierdził Zamawiający jest możliwość aby wykonawca od niego wynajął powierzchnię, co jest praktykowane.

Nie można także za trafioną uznać argumentacji dotyczącej ilości i liczebności brygad, jak też organizacji dyżurów. Nie jest sporne, że SIWZ nie zawiera wymogów w zakresie, jaki Odwołujący przyjął w swoich kalkulacjach. Są to zatem własne założenia Odwołującego związane z jego organizacją pracy, a takie, które wiążą wszystkich wykonawców. W związku z tym nie można skutecznie czynić zarzutu Przystępującemu, że mając na uwadze

postanowienia SIWZ, w swojej kalkulacji nie przyjął założeń Odwołującego. Tym bardziej, że

jeśli chodzi o dyżury, to sam Odwołujący przyznał, że różnica w cenie ofert w tym zakresie jest znikoma. Oznacza to, że nie mogła doprowadzić do uznania, iż oferta Przystępującego zawiera rażąco niska cenę.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że stawka rbg w wysokości 19,19 zł wynikająca SEKOCENBUDU dla województwa pomorskiego, która jest wyższa od minimalnej, jest rażąco niska. Nie jest ona wysoka, ale nie może być uznana za rażąco niską.

Jeśli chodzi o argumentację Odwołującego dotyczącą 38 pozycji wskazywanych w

załączniku do odwołania, to należy stwierdzić, że samo porównanie poszczególnych, wybranych cen, bez uwzględnienia wszystkich czynników cenotwórczych, w tym czynników różnicujących możliwości wykonawców w tym zakresie np. w zakresie nabycia w korzystnych cenach materiałów, czy związanych z organizacją pracy wykonawcy, nie czyni takiego zestawienia wiarygodną podstawą do stwierdzenia, że w ofercie Przystępującego wystąpiła rażąco niska cena. Jak sam zauważył Odwołujący wybrane pozycje to te w których, cena w ofercie Przystępującego jest niższa niż w ofercie Odwołującego. Nawet zatem, w sytuacji, gdy niektóre pozycje zostały przez Przystępującego zdecydowanie niżej wycenione (np. są 30% tańsze), to zważywszy na to, że różnica w cenach ofert tych wykonawców wynosi niespełna 15%, należy przyjąć, że inne pozycje zostały przez Odwołującego niżej wycenione. Potwierdza to, iż w przypadku przedmiotowych usług występują zindywidualizowane zasady wyceny. Sam Odwołujący w piśmie z dnia 15 czerwca 2020 r. przyznał, że obniżył niektóre stawki w stosunku do oferty złożonej we wcześniejszym postępowaniu, o którym informuje Zamawiający w

odpowiedzi na odwołanie, z uwagi m.in. na spodziewaną walkę cenową oraz stwierdził, że w zakresie wartości przyjętych na potrzeby ww. zestawienia cen jednostkowych, przygotował je w oparciu o własne doświadczenie i wymogi obowiązujące w zakładzie zamawiającego, co oznacza, że nie w oparciu o wymogi określone w SIWZ. Należy zatem zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego, zaprezentowanym na rozprawie, z którego wynika, że nie może być tak, że tam gdzie jest tańszy Przystępujący to występuje rażąco niska cena, a tam gdzie jest tańsza oferta Odwołującego tj. to cena rynkowa.

W ocenie Izby oświadczenie z dnia 10 czerwca 2020 r. ERBUD Industry Pomorze Sp. z o.o. dotyczące przejmowania dotychczasowych jego pracowników przez Przystępującego w związku z podjęciem się wykonywania usług i prac branży elektrycznej w PGE EC Oddział Wybrzeże, załączone do pisma Odwołującego z dnia 15 czerwca 2020, nie stanowi wiarygodnego dowodu na okoliczność zaniżenia cen w ofercie Przystępującego w zakresie kosztów zatrudnienia personelu. Po pierwsze, jest to informacja dotycząca przejęcia pracowników w związku z innym zamówieniem, niż objęte analizowanym postępowaniem. Po drugie, stwierdza się w nim, że: „ Z informacji, jakie uzyskaliśmy od odchodzących ze spółki pracowników wynikało, iż nowy pracodawca przekonał ich wyższymi zarobkami.”, co oznacza, że jest to informacja jedynie zasłyszana od bliżej nie wymienionych osób. Po trzecie, nie wynika z niej, jakie zarobki wcześniej posiadali wspomniani pracownicy, tj. czy np. nie były one określone na minimalnym poziomie.

Również dowód w postaci cen wełny mineralnej w postaci wydruku ze stron internetowych, wskazujących na ceny wełny o wymaganych przez Zamawiającego parametrach, załączony do ww. pisma z dnia 15 czerwca 2020 r. nie potwierdza zaniżenia cen w ofercie Przystępującego. Jak zauważył Przystępujący ceny hurtowe są niższe, niż ceny detaliczne, a Przystępujący, mając zdecydowanie większy zasięg działania, uzyskuje atrakcyjne ceny.

Z tych względów, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, stosownie do

którego zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, 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.

W ocenie Izby Zamawiający miał podstawy, aby uznać, że w ofercie Przystępującego nie występuje rażąco niska cena, przez którą należy rozumieć cenę nierealną, niepozwalającą na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazującą na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wygenerowanie przez niego zysku, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi (por. wyrok KIO w sprawie sygn. akt 992/19). Z wyjaśnień nie wynika, aby przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez Przystępującego za podaną cenę było nieopłacalne.

Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniuo zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie zostało wykazane aby cena oferty Zamawiającego zawierała cenę dumpingową, która w ocenie Odwołującego, stanowiłaby o zaistnieniu ww. przesłanki odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Nie potwierdziły się także pozostałe zarzuty odwołania postawione jako konsekwencja zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę oferty.

Art. 7 ust. 1 i 3 stanowią: 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Stosownie natomiast do przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W sytuacji, gdy nie wystąpiły wskazane w odwołaniu przesłanki odrzucenia oferty Przystępującego, należy uznać, że nie doszło do naruszenia również tych przepisów ustawy Pzp. Nie zostało bowiem wykazane aby przeprowadzenie postępowania oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty nastąpiło z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1

.

Przewodniczący: .....