

WYROK

z dnia 23 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2022 r. przez wykonawcę Remak-Energomontaż S.A., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez TAURON Ciepło Sp. z o.o., ul. Grażyńskiego 49, 40-126, Katowice,

przy udziale:

A. wykonawcy Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., ul. Generała Zygmunta Waltera Jankego 13, 40-615 Katowice, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną tytułem wpisu od odwołania

3. Zasada od odwołującego Remak-Energomontaż S.A. na rzecz zamawiającego TAURON Ciepło Sp. z o.o., kwotę 4 174,6 (cztery tysiące sto siedemdziesiąt cztery 60/00) złote tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. KIO 359/22

UZASADNIENIE

Tauron Ciepło Sp. z o. o. ul. Grażyńskiego 49, 40-126 Katowice, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn, „Remont kapitalny turbozespołu bloku BCF-100 w Zakładzie Wytwarzania Katowice” Numer referencyjny postępowania: PZP/TC/06375/2021

Numer ogłoszenia o zamówieniu 2021/S 211-557088 z dnia 29.10.2021 r.

W dniu 01 lutego 2022 roku zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu - złożonej przez Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. Równocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Remak-Energomontaż S.A. ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa, zwanego dalej „odwołującym”. Wykonawca ten od takiej czynności zamawiającego wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

1. dopuszczenie się naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez Remak-Energomontaż S.A. w piśmie z dnia 03.01.2022 r., stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 22.12.2021 r. są niewystarczające, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania przez zamawiającego, iż cena zaferowana przez Remak-Energomontaż S.A. w ofercie jest rażąco niską i co skutkowało odrzuceniem oferty Remak-Energomontaż S.A.,
2. dopuszczenie się naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegającego na uznaniu, iż oferta Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym uznaniu, iż oferta Remak-Energomontaż S.A., która była tańsza od oferty Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. jedynie o 388.021,29 zł (tj. około 3% ceny oferty odwołującego) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stawiając powyższe zarzuty wniósł o;

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Remak-Energomontaż S.A.;
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A.;
4. przeprowadzenie ponownej oceny ofert złożonych w Postępowaniu;

Na wstępie uzasadnienia podniesionych zarzutów podał, że w dniu 17.12.2021 r. zamawiający przedstawił informację z otwarcia ofert wskazując, iż w postępowaniu zostały złożone 3 oferty oraz wskazał cenę poszczególnych ofert. Najniższą cenę zaproponował

Remak-Energomontaż S.A. Zamawiający poinformował również, iż ma zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 12.915.000,00 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 22.12.2021 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny zaferowanej w złożonej ofercie w zakresie wskazanym w wezwaniu. Z uwagi na przedmiot niniejszego postępowania (usługa) oraz regulację zawartą w art. 224 ust. 4 Ustawy za obowiązkowe zamawiający uznał wyjaśnienie elementów ceny opisanych w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp. Zamawiający zwrócił się również do odwołującego o wyjaśnienie istotnych części składowych ceny oferty dotyczących:

- prac diagnostycznych (poz. 2.10., 4.2., 9.7. formularza oferty);
- remontów połączeń teleskopowych (poz. 3.13. formularza oferty);
- wymiany pierścieni (poz. 6.3. formularza oferty).

Podał, że odwołujący pismem z dnia 03.01.2022 r. udzielił zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie z dnia 22.12.2021 r. Zgodnie z zawiadomieniem z dnia 01.02.2022 r. zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego oraz w konsekwencji dokonał wyboru oferty Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień w świetle wymagań zamawiającego podanych w wezwaniu podał, że odrzucenie oferty odwołującego jest całkowicie niezasadne. Uzasadniając zarzuty odwołania podał, iż odwołujący zgodnie z wezwaniem zamawiającego potwierdził i wyjaśnił zamawiającemu, iż przy kalkulacji ceny oferty przyjęte przez odwołującego stawki godzinowe nie są mniejsze niż minimalna stawka godzinowa ustalona na podstawie przepisów. Odwołujący wskazał, iż dla wyceny Przedmiotu Umowy przyjął stawkę godzinową wynoszącą 58 zł netto. Przyjęta przez odwołującego stawka jest wyższa niż minimalna stawka godzinowa, która w 2021 r. wynosiła 18,30 zł brutto, a w 2022 r. wynosi 19,70 zł brutto. Dodatkowo odwołujący zapewnił zamawiającego, iż zaproponowana cena oferty została obliczona zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia

społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Podał także, iż w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20.12.2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, w § 8 ust. 5 stwierdzono, że wskaźniki cenowe danego składnika kosztów określa się na podstawie powszechnie stosowanych katalogów i cenników. Do takich powszechnie stosowanych katalogów i cenników należą m.in. biuletyny systemu SEKOCENBUD, w których podane są ceny jednostkowe i wskaźniki cenowe. Zgodnie z biuletynem systemu SEKOCENBUD wydawanym przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa Promocja Sp. z o. o. , który od 25 lat zajmuje się zbieraniem cen z rynku budowlanego i jest powszechnie stosowany, zarówno przez zamawiających (w tym przez Tauron Ciepło Sp. z o. o.) przy planowaniu budżetu inwestycyjnego, jak również przez wykonawców przygotowujących oferty w przetargach

publicznych, stawki za roboczogodzinę za roboty inżynierskie w IV kwartale 2021 r. kształtowały się między: 18,40 zł netto a 31,00 zł netto. Przy dodatkowym uwzględnieniu kosztów pośrednich (koszty ogólne) kształtujących się zgodnie z biuletynem SEKOCENBUD w IV kwartale 2021 r. w przedziale: 40% - 80% wartości stawki netto, łączna górna rynkowa wysokość stawki godzinowej w IV kwartale 2021 r. kształtowała się na poziomie 64,17 zł /1rbg (31,00 zł + koszty ogólne (pośrednie) w wysokości 80% + zysk 15% = 64,17 zł/1rbg).

W dalszej części pisemnych wyjaśnień odwołujący odniósł się i wyjaśnił również istotną część składową ceny oferty dotyczącą:

— prac diagnostycznych (poz. 2.10., 4.2., 9.7. formularza oferty); — remontu połączeń teleskopowych (poz. 3.13. formularza oferty); — wymianę pierścieni (poz. 6.3. formularza oferty).

Odwołujący wskazał, iż powyższe zakresy Przedmiotu Umowy zostaną wykonane przez niego siłami własnymi. Remak-Energomontaż S.A. wyjaśnił, iż przy określeniu ceny części składowych oferty posłużył się przyjętą przez siebie tzw. pracochłonnością oraz stawką za roboczogodzinę. Wskazana przez odwołującego pracochłonność została ustalona na podstawie wieloletniego doświadczenia RemakEnergomontaż S.A. oraz Energomontaż Zachód Wrocław Sp. z o. o. - spółki, której zorganizowana część przedsiębiorstwa wykonująca prace remontowe została nabyta przez odwołującego, w remontach turbogeneratorów, w tym również wykonywanych dla zamawiającego.

W związku z faktem, iż odwołujący nie zakładał udziału podwykonawców na w/w zakresach prac, o które pytał w wezwaniu zamawiający, za bezprzedmiotowy uznać należało zarzut zamawiającego, iż odwołujący nie przedstawił ofert podwykonawców, którymi ma zamiar posłużyć się przy wykonywaniu zamówienia.

Nawiązując do podniesionego zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskazał, iż odrzucenie oferty Remak-Energomontaż S.A., jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, przy jednoczesnym uznaniu, iż oferta Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, albowiem oferta Odwołującego była tańsza od oferty Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. jedynie o 388.021,29 zł (tj. około 3% ceny oferty Odwołującego). Remak - Energomontaż S.A. oraz Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. od wielu lat konkurują ze sobą na rynku zamówień publicznych, również w ramach postępowań prowadzonych przez podmioty z Grupy Tauron. Zamawiający z racji posiadanego doświadczenia wynikającego chociażby ze wcześniejszych realizacji prowadzonych zarówno przez odwołującego, jak również Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. doskonale zdawał sobie sprawę, iż w przypadku uznania, iż cena oferty zaproponowana przez Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. nie jest rażąco niska, to również cena zaproponowana przez Remak-Energomontaż S.A. nie może zostać uznana za rażąco niską. Pomimo bardzo podobnej ceny oferty odwołującego i Zakładów Remontowych Energetyki Katowice S.A., zamawiający uznał, iż oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, natomiast oferta Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. jest zgodna z przepisami Ustawy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Podał, że odwołanie jest w całości bezzasadne, a żaden z zarzutów nie został należycie uzasadniony i udowodniony przez odwołującego. Zamawiający stoi na stanowisku, iż odwołujący - wbrew ustawowemu obowiązкови - nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a twierdzenia zawarte w odwołaniu są spóźnione i nie mogą stanowić podstawy oceny jego wyjaśnień w tym zakresie złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Również, zdaniem zamawiającego chybnym jest zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż na gruncie niniejszego postępowania przedmiotem rozważań nie jest okoliczność przedstawienia oferty zawierającej

rażąco niską cenę, a jest nią niewykazanie, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadto w ocenie zamawiającego, odwołujący w sposób nieprawidłowy sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 6 Ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy, gdyż zamawiający nie odrzucił oferty z uwagi na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę, a ze względu na niewykazanie, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający podał, że do ustalonego terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły trzy oferty:

- Remak Energomontaż S.A. - Cena oferty brutto 9 378 141,81 zł
- Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. - Cena oferty brutto 9 766 163,10 zł
- DOOSAN Babcock Energy Polska S.A. - Cena oferty brutto 12 748 539,18 zł.

Bezpośrednio po otwarciu ofert zamawiający stwierdził, że występują określone w Pzp przesłanki zobowiązujące zamawiającego do wystąpienia do wykonawców o złożenie wyjaśnień kalkulacji ceny ofertowej. Komisja stwierdziła, że ceny ofertowe firm Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. oraz odwołującego są niższe o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, co spowodowało obowiązek wystąpienia do wykonawców o wyjaśnienia cenowe.

Odwołujący złożył wymagane przez zamawiającego wyjaśnienia zaofertowanej ceny oferty. Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień uznała, złożone przez odwołującego wyjaśnienia za niewystarczające.

W uzasadnieniu tego stanowiska podał, że przedmiot zamówienia stanowi skomplikowane pod kątem technologicznym i logistycznym zadanie, które charakteryzuje się

wielowątkowością i bardzo wysokim poziomem skomplikowania technicznego i logistycznego, co tym samym winno determinować składniki cenotwórcze przekładające się na oferowaną cenę i jednocześnie stanowić o konieczności przedłożenia spełniających ustawowe wymogi wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Treść wezwania odpowiadała treści art. 224 ust. 3 i 4 Pzp, a nadto obejmowała zobowiązanie do przedstawienia wyjaśnień obejmujących istotne części składowe oferty ujęte w Formularzu cenowym.

Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, iż wyjaśnienia winny obejmować w szczególności kwestie ujęte w punktach 1-8 art. 224 ust. 3 Pzp. Ponadto, ze względu na fakt, iż przedmiotem zamówienia są usługi z uwagi na normę art. 224 ust. 4 odpowiedź wykonawcy obligatorjnie powinna zawierać zagadnienia wynikające z normy art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp. Zamawiający podał, że dokonując oceny złożonych wyjaśnień iż zasadniczą wątpliwość wzbudziły wyjaśnienia odnoszące się do obligatoryjnego ich zakresu, tj:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Natomiast złożone wyjaśnienia odwołującego ograniczyły się do złożenia oświadczeń, że oferta została skalkulowana zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ani minimalnej stawki godzinowej. Nadto iż kalkulacja remontu uwzględnia stawkę roboczogodziny na poziomie 58 zł netto, koszty ogólne na poziomie 20%, a zysk na poziomie 15%, a tym samym, że oferta skalkulowana została zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Wskazał, że jeśli chodzi o przyjętą do kalkulacji remontu stawkę roboczogodziny, nie wyjaśniono w jakim zakresie stawka ta uwzględnia koszty pracy. Przyjmuje się, że roboczogodzina (osobogodzina) to jednostka miary robocizny i wyraża normę ilościową wykonania przez jednego robotnika w czasie jednej godziny określonego zakresu robót. Roboczogodzina zatem zawiera w sobie koszty pracy, lecz brak jest bezpośredniego przełożenia przyjmowanych przez wykonawców stawki roboczogodziny na koszty pracy przyjęte jako podstawa kalkulacji ceny ofertowej.

Zamawiający zauważył, że w ramach realizacji przedmiotu umowy brać będzie szereg osób zatrudnionych na różnych stanowiskach. W związku z tym również poziom wynagrodzeń poszczególnych pracowników będzie zróżnicowany. Przyjęcie jednej stawki roboczogodziny przy jednoczesnej konieczności zaangażowania pracowników osiągających różne stawki wynagrodzenia, w świetle treści złożonych wyjaśnień i ich lakoniczności nie przesądza, że wszyscy z nich osiągną stawki wyższe od minimalnych. Wobec powyższego, zamawiający stwierdził, że nie był w stanie zweryfikować, czy koszty wynagrodzeń dla osób wykonujących zamówienie uwzględnione przez wykonawcę są odpowiednie dla wynagrodzeń właściwych dla kompetencji pracowników.

Wskazał, że odwołujący w treści odwołania powołał się na stawki rynkowe ujęte w cenniku SEKOCENBUD. W ocenie zamawiającego argumenty odwołującego w tym zakresie powinny być pominięte przez Izbę. Po pierwsze, zgodnie z treścią art. 224 ust. 6 Pzp wyjaśnienia wykonawcy winny być udzielone w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, a nie na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym winny być traktowane jako spóźnione. Po drugie, zamawiający zwraca uwagę, że w przedmiotowym stanie faktycznym zaktualizowała się przesłanka wynikająca z art. 224 ust. 6 in fine Pzp tj. „złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”. W ocenie zamawiającego wątek odwołania w zakresie powołania się na stawki rynkowe wynikające z cennika SEKOCENBUD winien znaleźć się w treści wyjaśnień składanych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a nie w odwołaniu skierowanym do Izby.

Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, że odwołujący mimo wskazania w ofercie zakresu przedmiotu umowy, który miałby być powierzony podwykonawcom, a który zamawiający szacuje na 15-20% pominął w całości ów wątek w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia odwołującego winny w tym zakresie odnosić się do ceny zaoficerowanej w ofercie, a nie wyłącznie do jej wycinka ujętego w treści odwołania.

W orzecznictwie podnosi się, że w przypadku współpracy z podmiotami trzecimi, w sytuacji, gdy ma to znamienny wpływ na obniżenie ceny oferty wykonawcy, należy także tą okoliczność uczynić przedmiotem wyjaśnień, a także przedstawić stosowne dowody pochodzące od tych podmiotów, potwierdzające korzystne warunki współpracy wpływające na niską cenę lub koszt. Pominięto również inny istotny element cenotwórczy jakim są dostawy materiałów, a które to mają znaczny udział w ramach oferowanej ceny.

Reasumując swoje stanowisko podniósł, iż odwołujący nie wykazał w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym nie obalił wynikającego z przepisów Pzp domniemania. Zamawiający, mając na względzie zasadę równego traktowania wykonawców, nie mógł uznać za wystarczające w kontekście art. 225 ust. 5 Pzp fragmentarycznych wyjaśnień i oświadczeń odwołującego. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie starannych wyjaśnień dla udowodnienia realności zaoficerowanej ceny oraz udowodnienie, że jego cena jest wiarygodna tak jak i podane w ofercie elementy cenotwórcze. Wyjaśnienia złożone przez firmę REMAK mają charakter ogólny. Wykonawca ograniczył się do zapewnień własnych, nie poparł dowodami oświadczeń zawartych w złożonym dokumencie. Podał, że zarzuty zawarte w treści odwołania nie odpowiadają istocie czynności zamawiającego stanowiącej podstawę odwołania. Zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał, że cena podana w ofercie nie jest rażąco niska, w związku z czym oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło dwóch wykonawców, tj. Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., ul. Generała Zygmunta Waltera Jankego 13, 40-615 Katowice, zwane dalej także „ZRE Katowice” oraz wykonawca Doosan Babcock Energy Polska S.A., ul. Golejowska 73B, 44-207 Rybnik, zwany dalej, jako „przystępujący Doosan”.

Przystępujący ZRE Katowice złożył pismo procesowe, w którym poparł stanowisko zamawiającego i wskazał, że zamawiający wyjaśnienia otrzymał, lecz nie uznał ich za wystarczające i w dniu 1 lutego 2022 r. dokonał odrzucenia oferty odwołującego.

Podkreślił, że w obecnym postępowaniu odwoławczym przedmiotem oceny Izby jest nie tyle czy cena faktycznie była rażąco niska, ale czy czynność zamawiającego polegająca na uznaniu, że wykonawca nie udowodnił, iż cena nie ma zaniżonego charakteru i była prawidłowa. Co za tym idzie, to nietrafiony jest argument jakoby ceny na podobnym poziomie nie mogły zostać zakwalifikowane odmiennie z punktu widzenia kryterium ceny rażąco niskiej. Kluczowa w niniejszym odwołaniu jest ocena złożonych przez odwołującego w dniu 3 stycznia 2022 r. wyjaśnień. Wyjaśnienia z 3 stycznia 2022 r. nie mogą zostać uznane za spełniające standard wyznaczony przez art. 224 Pzp oraz orzecznictwo Izby. Zawierają one jedynie generalne, niczym nieoparte twierdzenia wykonawcy opierające się na arbitralnym określeniu stawki by zamawiający mógł uznać, że cena została obliczona starannie i nie jest

rażąco niska. Odwołujący w sposób arbitralny wskazał, że będzie to 58,00 zł za godzinę. Chociaż potwierdza to iż nie naruszono postanowień ustawy o konieczności respektowania wymogu uwzględniania płacy minimalnej przy kształtowaniu ceny oferty, to odwołujący nie wykazał, że „fachowa kadra inżynierska” którą dysponuje jest gotowa za taką stawkę pracować. Nie wymaga dowodu, że praca wysoko wykwalifikowana, której konieczność wykorzystania potwierdza sam odwołujący wynagradzana jest znacznie wyżej niż płaca minimalna. Odwołujący nie zaprezentował żadnych wycień, a tym bardziej dowodów według których możliwe byłoby zaangażowanie za taką kwotę fachowej kadry inżynierskiej i wykwalifikowanych robotników. Nie wskazał też jaki będzie koszt wymagany do korzystania z niezbędnych urządzeń. Aktualność zachowują więc tutaj uwagi czynione powyżej w odniesieniu do kalkulacji pracochłonności. Odwołujący nie udzielił de facto żadnych wyjaśnień co do kalkulacji ceny, a jedynie rozbił ją na dwa elementy (tj. stawkę za roboczogodzinę i pracochłonność), by stworzyć pewien pozór wyjaśnień. W swoich wyjaśnieniach odwołujący wskazał też, że dysponuje własnym Laboratorium Badawczym, co pozwala na zaoferowanie cen określonych w formularzu cenowym. Jednakże odwołujący ograniczył się w tym zakresie tylko do wskazania, że może korzystać z zasobów własnych w zakresie badań laboratoryjnych, ale nie określił w jaki sposób i na jakim poziomie ma to pozwolić na zaoferowanie niższej ceny - nie można bowiem automatycznie uznać, że wykonywanie części zamówienia własnymi siłami będzie zawsze tańsze od korzystania z usług podwykonawców, a zwłaszcza na jakim poziomie będzie kształtował się koszt wykonania takich części zamówienia.

Dodał także, iż nie zasługuje na uwzględnienie również teza o nierównym traktowaniu wykonawców (tj. Odwołującego oraz Przystępującego) poprzez odmienną ocenę ich wyjaśnień mimo podobnego poziomu zaoferowanych cen. Jak wskazywano na wstępie, cena rażąco niska nie może być rozpatrywana w sposób wyłącznie matematyczny.

Podkreślił, że odwołujący miał szansę na złożenie wyjaśnień czyniącym zadość standardowi wymaganemu przez PZP i świadomie z niej nie skorzystał - nie może więc podejmować prób wykorzystania pracy wykonanej przez przystępującego ZRE do wykazania, że cena zaproponowana przez obu wykonawców jest realna tylko ze względu na podobny poziom cen.

Przystępujący Doosan poparł stanowisko zamawiającego przedstawione zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i podane do protokołu na rozprawie. Podkreślił, że pewna szczegółowość wyjaśnień odwołującego dotyczy tylko kwestii podania stawki roboczo godziny. Natomiast poza tym tematem istnieje cały szereg pozycji kosztowych, które będą niezbędne do poniesienia na wykonanie tego zamówienia, a odwołujący w ogóle pominął je w wyjaśnieniach. Zauważył, że zamawiający nie wezwał odwołującego do wyjaśnienia tylko konkretnych 2 punktów uszczegółowionych w wezwaniu do wyjaśnień, ale wezwał do wyjaśnienia całości zaoferowanej ceny ze szczególnym wskazaniem na kwestie związane z wynagrodzeniem pracownikom. Tym samym wyjaśnienia powinny odnosić się do wszystkich elementów, które są niezbędne aby przedmiot zamówienia wykonać.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i przystępujących, na podstawie zebranego materiału oraz oświadczeń i stanowisk zaprezentowanych na rozprawie,

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje - odwołanie nie jest zasadne.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, treści odwołania, pism i dowodów oraz stanowisk stron podanych do protokołu rozprawy.

Izba uznała, że stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowany powyżej) i jest właściwie bezsporny. Odwołujący i zamawiający różnili się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych.

Wskazać należy, że zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego uznając, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty były niewystarczające, aby można było uznać, że ustalona cena oferty ma charakter rynkowy, a tym samym nie posiada znamion ceny rażąco niskiej.

Zauważyć należy, że udzielenie wyjaśnień zamawiającemu w zakresie rażąco niskiej ceny, ma przekonać zamawiającego, że odwołujący jest w stanie za oferowaną cenę wykonać zamówienie. Izba w wyniku oceny dokumentacji postępowania, stanowisk stron i przystępującego, a także dowodów przedłożonych na rozprawie uznała, że podjęta przez zamawiającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego odpowiada prawu, jest słuszna, a przedstawiona argumentacja i wywodzenie wniosków ze stanu faktycznego znajdują oparcie w materiale dowodowym. Powyższe ustalenia zamawiającego Izba w pełni podziela.

Podkreślenia wymaga także kwestia, że wszystkie wyjaśnienia wykonawcy wraz z dowodami w zakresie wykazywania, że oferowana cena ofertowa nie jest rażąco niska winny być przedstawione zamawiającemu na termin złożenia tych wyjaśnień. Wszelkie informacje składane na późniejszym etapie, nawet gdyby okazało się, iż cena oferty może być prawidłowa nie mogą być brane pod uwagę. Wskazać należy na wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: „złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyciszczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy”.

Za zamawiającym zwrócić należy uwagę na kwestię, że zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego nie z powodu stwierdzenia, że oferowana cena jest ceną rażąco niską, lecz z powodu iż złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia nie odnosiły się ani w sposób szczegółowy, ani w sposób pełny do zakresu nakładów, jakie poniesie wykonawca dla wykonania przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwym jest, że odwołujący w uzasadnieniu odwołania uwypuklał w szczególności kwestię, iż oferowana cena jest ceną rynkową i realną tak, aby za podaną kwotę wykonać przedmiotowe zamówienie i tylko na kanwie tego stanowiska wskazywał, iż według odwołującego wyjaśnienia są wystarczające, gdyż cena jego oferty jest niemalże zbieżna z ceną oferty wybranej (różnica ok. 3%).

W tym zakresie Izba wskazuje, że wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca winien nie poprzestawać na argumentowaniu, iż podana w ofercie cena jest rynkowa, zbieżna z cenami innych ofert, a tym samym nie może być rażąco niska. Wykonawca winien zdawać sobie sprawę z faktu, że zamawiający kierując wezwaniem do wyjaśnienia i podania podstaw tak wyciszczonej ceny, przerzuca na tego wykonawcę - niezależnie od jego przekonania, obowiązek wykazania, że cała cena została skalkulowana w sposób prawidłowy, co winno wynikać nie tylko z wyjaśnień, ale także ze złożonych dowodów. Niewątpliwym jest, że zamawiający co do zasady nie może wymagać, aby wykonawca składał dowód na każdą kwotę przewijającą się w wyjaśnieniu. Jednakże wydaje się to niezbędne dla kluczowych składników zamówienia, czyli szczególnie tych, w odniesieniu do których wykonawca sięga po argumenty o szczególnie korzystnych warunkach rynkowych, a także w zakresie kwestii wprost wskazanych w wezwaniu zamawiającego. Złożone dowody, ograniczają ryzyko podważenia złożonych wyjaśnień. Stwierdzić należy, że złożone wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, powinien wykazać, że wskazana cena została ustalona na podstawie obiektywnych i sprawdzalnych czynników.

Przechodząc do oceny zarzutów odwołania i argumentacji odwołującego podanej w odwołaniu, uznać należało, iż wyjaśnienia odwołującego są zbyt ogólne i w żaden konkretny sposób nie korespondują z treścią wezwania, a nadto nie zawierają wycieńczeń które mogłyby przekonać zamawiającego o prawidłowym skalkulowaniu ceny oferty.

W zakresie ustalenia prawidłowej i realnej stawki wynagrodzenia pracowników odwołujący w wyjaśnieniach podał, że minimalna stawka godzinowa przewidziana na 2022 rok wynosi 19,70 zł brutto. Natomiast odwołujący założył średnią stawkę wynagrodzenia w wysokości 58 zł netto oraz 80,04 brutto, a tym samym jest ona wyższa niż wymagana przez przepisy o minimalnym wynagrodzeniu. W tym zakresie podkreślić należy za zamawiającym, że przedmiot zamówienia stanowi skomplikowane pod względem technicznym i logistycznym zadanie i do jego wykonania winny być zatrudnione kadry o wysokich kwalifikacjach i doświadczeniu. Aby pozyskać taką kadrę należy zabezpieczyć odpowiednią kwotę na wynagrodzenie.

Izba uznała, że samo oświadczenie odwołującego, iż koszty pracy zostały w sposób prawidłowy skalkulowane jest niewystarczające i tym samym nieprzekonywujące. Zauważyć należy, że potrzeba, aby znaczna część kadry uzyskała wysokie wynagrodzenie może spowodować sytuację, że dla części pracowników zabraknie środków, aby zapewnić im należne chociażby minimalne wynagrodzenie. Odwołujący żadnych dowodów w tym zakresie nie przedłożył zamawiającemu, tłumacząc ten brak objęciem tych spraw pracowniczych tajemnicą. Jednakże odwołujący miał możliwość, aby złożyć dokładne rozbitcie kosztów wynagrodzenia na poszczególne grupy techniczne, zastrzegając te dane jako tajemnicę

przedsiębiorstwa, dodatkowo animizując dane osobowe tych pracowników. Z tak ustalonej ogólnej stawki nie da się wywieść jednoznacznie, że zostały spełnione wymagania w zakresie minimalnego wynagrodzenia pracowników.

Podobna sytuacja jest w zakresie innych kosztów o których wyjaśnienie wzywał zamawiający, tj. wykonywania prac diagnostycznych, remontu połączeń teleskopowych oraz wymiany pierścieni. W tym zakresie odwołujący powołał się na stawki Sekocenbudu wskazując, że zaferowana przez niego stawka mieści się w ww. stawkach. Izba zauważyła, że koszt wykonania danego przedmiotu zamówienia nie zależy, od średnich stawek Sekocenbudu, ale jest zależny w szczególności od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Oceniając złożone wyjaśnienia badaniu podlega to czy dany wykonawca był w stanie wykazać, że cena jego oferty została skalkulowana rzetelnie, odpowiednio do realnych warunków działania, dostępnych właśnie temu wykonawcy. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający żądał od wykonawcy przedłożenia dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny oferty, a to zapewne dawałoby pełny obraz czynników składowych ceny. Słusznie przyjął zamawiający, iż ogólne wyjaśnienia w tym zakresie nie mogą być wystarczające dla dokonania oceny pod kątem ceny rażąco niskiej, jako pozbawione niezbędnych elementów wpływających na rzeczywistą cenę oferty.

W tym zakresie Izba uznaje za zasadne przywołanie fragmentu uzasadnienia wyroku r. Sądu Okręgowego w Gliwicach X Wydział Gospodarczy z dnia 3 marca 2020r Sygn. akt X Ga 35/20, gdzie sąd uznał, iż nie jest dopuszczalne domniemywanie treści oferty na podstawie wyjaśnień - oświadczeń, złożonych w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wykonawca może wszelkimi dowodami, a nie tylko tymi, o złożenie których wzywał zamawiający, ale i także dowodami wskazanymi przez siebie, wykazać możliwość realnego i rzetelnego wykonania zamówienia za zaproponowaną cenę. Oceny oferty można dokonać wyłącznie w oparciu o dokumentację konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a wykonawca winien dążyć do takiego wyjaśnienia kalkulacji ceny, które przekona, że wykonawca przyjął racjonalne założenia co do koniecznych do poniesienia kosztów i nakładów. Rzeczą wykonawcy jest usunięcie jakichkolwiek wątpliwości zamawiającego, że cena ofertowa nie jest ustalona na zaniżonym poziomie. Izba uznaje, że dla oceny czy zaferowana cena nie jest rażąco niska nie jest dopuszczalne przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy, które są niepełne bądź niejasne.

Nawiązując do zarzutu zamawiającego, iż podane wyjaśnienia są niepełne podać należy, iż odwołujący poza wskazanymi wyjaśnieniami pozostawił kwestię wpływu na koszt wykonania zamówienia, koszt wynagrodzenia podwykonawców. Pomimo iż większość robót jak deklarował odwołujący wykona własnymi siłami, to jednak w ofercie jest cały wykaz prac, które będą realizowali podwykonawcy np. roboty związane z izolacją, z wykonywaniem rusztowań, remont generatora, część elektryczna, prace na układzie drgań, itd. Według zamawiającego wartość tych robót stanowi około 20 - 30 % wartości całego zamówienia. Natomiast odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie wspominał w tym zakresie, ani kto będzie te roboty wykonywał, jak również jaką kwotę na to przeznacza. Podobna sytuacja ma miejsce z kosztem materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia. Odwołujący nie wskazał żadnych wyliczeń kwotowych, które miałyby uwiarygodnić, że kwota ta mieści się w cenie ofertowej.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania Izba uznaje za niezbędne dla podkreślenia, iż z całości analizy dokumentacji postępowania, a w szczególności wyjaśnień odwołującego w zakresie prawidłowości kalkulacji ceny stwierdzić należy, że odwołujący poniekąd zlekceważył wezwanie zamawiającego. Składając wyjaśnienia wykonawca wskazał w sposób bardzo ogólny sposób kalkulacji tylko części ceny oferty, pomijając elementy, które stanowią znaczną część kosztów wg. opisu przedmiotu zamówienia. Takie ogólne wyjaśnienia w tym zakresie nie mogą być wystarczające dla dokonania oceny pod kątem ceny rażąco niskiej, gdyż są pozbawione niezbędnych elementów wpływających na rzeczywistą cenę oferty. Złożone wyjaśnienia winny być nie tylko przekonywujące w zakresie doboru odpowiednich zwrotów językowych, ale powinny być wraz ze złożonymi dowodami rzetelne, nie pozostawiające wątpliwości, iż cena oferty jest prawidłowa. W tym przypadku odwołujący nie podał temu obowiązkowi. Złożył wyjaśnienia, które przesądziły o potrzebie odrzucenia oferty, nie z powodu iż cena oferty jest rażąco niska, lecz że zostały złożone wyjaśnienia, które nie potwierdziły prawidłowości i realności ceny oferty.

Ciężar dowodu w tym zakresie obciążał odwołującego, któremu odwołujący nie sprostął, a to spowodowało odrzucenie oferty w sytuacji, kiedy być może zaferowana cena jest ceną prawidłową.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania  
wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....