Sygn. akt KIO 1241/22

WYROK

z dnia 25 maja 2022r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2022r. przez wykonawcę GLANTZ II Sp. J.B. P. A. P. z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Wspólny Zamawiający: Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A.,PGE Energia Ciepła S.A., ELEKTROCIEPŁOWNIA "ZIELONA GÓRA" S.A., PGE Toruń S.A. z siedzibą lidera we Wrocławiu
przy udziale wykonawców Konsorcjum: DGP Clean Partner Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., 4 OP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego 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.

    2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A., PGE Energia Ciepła S.A., ELEKTROCIEPŁOWNIA "ZIELONA GÓRA" S.A., PGE Toruń S.A. prowadzi na

podstawie przepisów z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm. dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonym pn. „Świadczenie usług utrzymania czystości w budynkach PGE Energia Ciepła S.A., Zespół Elektrociepłowni Wrocławskich KOGENERACJA S.A., Elektrociepłownia Zielona Góra S.A., PGE Toruń S.A.".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej pod numerem 2021/S 247-654793 w dniu 21 grudnia 2021 r.

W dniu 9 maja 2022r. Odwołujący - GLANTZ II Spółka Jawna B. P. A. P. z siedzibą w Gdyni wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości, w szczególności wskutek uznania oferty Odwołującego za ofertę z rażąco niską ceną pomimo złożenia szczegółowych wyjaśnień co do przyczyny sporządzenia wyceny w dany sposób i odgórnego przyjęcia, że dana stawka nie może kształtować się poniżej pewnego poziomu w oderwaniu od charakteru danych prac.

2) art. 17 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - DGP Clean Partner Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., 4 OP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący") niezgodnie z przepisami Pzp, polegającej na wyborze oferty droższej i nie posiadającej lepszej jakości wykonania.

3) art. 224 ust. 1 i 3 Pzp poprzez pominięcie wyjaśnień Odwołującego w zakresie w jakim wskazano na to, iż z uwagi na liczbę roboczogodzin zapewnioną na obiekcie dla prac podstawowych prace objęte opcjami nie generują dodatkowych kosztów pracowniczych i uznanie oferty Odwołującego za rażąco niską.

4) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez odrzucenie oferty, która nie zawierała rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską

cenę;

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego;

3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że całe stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie zawierającym uzasadnienie odrzucenia jego oferty opiera się na ogólnym i błędnym założeniu co do tego, iż „wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny oferty nie powinna być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę". Takie założenie jest z gruntu nieprawidłowe i oderwane od systematyki która jest stosowana dla dodatkowych prac (opcji) co do których nie ma pewności czy będą wykonane. Założenie Zamawiającego byłoby prawdziwe jedynie w przypadku gdyby w przypadku skorzystania z opcji konieczne byłoby zatrudnienie dodatkowych osób w stosunku do podstawowo wykonywanych prac, co jednak nie ma miejsca.

Odwołujący wyjaśnił, że w treści wyjaśnień wyraźnie wskazał na to, iż z uwagi na wieloletnią pracę na obiekcie oraz kompleksowe i umiejętne zarządzanie personelem, posiada możliwość wykonania podstawowych zadań oraz wynikających z prawa opcji w czasie zasadniczych godzin pracy. Zamawiający według Odwołującego całkowicie pomiął

okoliczność, iż niska wycena prac dodatkowych w zakresie kosztów roboczych bierze się z tego, iż ich wykonanie jest możliwe w zasadniczym wymiarze godzin pracy pracowników niezbędnych do wykonania prac podstawowych, zatem faktycznie nie są ponoszone z tego tytułu dodatkowe koszty. Nie jest to również stan w którym część kosztów opcji jest przerzucana do oferty głównej, gdyż prawidłowe zabezpieczenie możliwości przerobowych pracowników na tak dużym terenie i tak wymaga sporządzenia sporego marginesu teoretycznie wolnych godzin na wypadek chorób, urlopów i wypadków losowych. Niska stawka wskazana w treści oferty miała być przeznaczona na ewentualne premie dla pracowników wykonujących te prace.

Odwołujący podkreślił, że ewentualne dodatkowe prace objęte opcją to 26 godzin miesięcznie, co stanowi mniej niż 0,5% możliwego czasu pracy na terenie zakładu. Podstawowa oferta została sporządzona w taki sposób by zapewnić sobie margines czasu pracy na ewentualne prace dodatkowe lub poprawki. Na marginesie należy tylko zauważyć, iż ewentualne znalezienie dodatkowego zatrudnienia na okres 26 godzin miesięcznie związane byłoby z koniecznością dodatkowego zatrudnienia osoby w wymiarze około 1/6 etatu, co tylko utrudniłoby organizację pracy.

W ocenie Odwołującego, skoro zastrzeżenia Zamawiającego dotyczyły jedynie tego, iż oferta zawiera wycenę prac poniżej kosztów wynagrodzenia minimalnego oraz aktualnie wykonywanej umowy wyjaśnienia złożone przez Odwołującego zostały skonkretyzowane do tego konkretnego zagadnienia (wyceny samego prawa opcji), wskazując na błąd co do założenia, iż „wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie powinna być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę". Podkreślił, że szczegółowo wyjaśnił, iż doświadczenie uzyskane z wykonywania prac wskazują na możliwość wykonania opcji w całości w zasadniczym wymiarze pracy pracowników, a zatem pracodawca nie ponosi żadnych dodatkowych kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników do danych prac, a stawka za usługę akrylowania pozwala na poniesienie kosztów związanych z zakupem środków niezbędnych do wykonania prac. W jego ocenie wiedza i doświadczenie nabyte w trakcie wykonywania prac za pomocą stałej załogi przypisanej do danego miejsca pozwoliły odwołującemu na złożenie oferty niższej od dotychczasowej wartości prac co skutkowało możliwością złożenia najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie zapoznał się ona ze stanowiskiem zawartym w treści wyjaśnień, bowiem określił je jedynie jako „ogólnikowe", powtarzając twierdzenia o konieczności wskazania w kosztach opcji stawek co najmniej na poziomie minimalne wynagrodzenia za pracę. Ponadto wyjaśnił, że jako zakład pracy chronionej uzyskuje dopłaty do wynagrodzeń pracowników, zatem już z tego powodu jest w stanie zaoferować niższe stawki w stosunku do pozostałych podmiotów. Natomiast, jeśli Zamawiający stanąłby na stanowisku, iż konieczne jest formalne sporządzenie oferty w ten sposób, by w każdym przypadku koszty zawierały w sobie minimalne wynagrodzenie godzinowe w zakresie roboczogodzin powinna to powinien to określić w warunkach przetargu. Warunki przetargu wskazują jedynie na konieczność zatrudnienia wszystkich pracowników na umowę o pracę, który jest dochowany.

Odwołujący podniósł także, że jeżeli Zamawiający stanąłby na stanowisku, iż konieczne jest sporządzenie oferty w odmienny sposób, to w takim wypadku doszło do rażącego naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, gdyż Zamawiający nie miałby możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8, Pzp, lecz co najwyżej odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, lecz wyłącznie po uprzednim wezwaniu do poprawienia oferty w trybie art. 223 ust. 2 i 3 Pzp.

Końcowo, Odwołujący stwierdził, że o prawidłowości i realności dokonywanej wyceny świadczy również niewielka ostateczna różnica cenowa pomiędzy jego ofertą a wybraną ofertą. Wysokość wybranej oferty opiewała na kwotę 3 912 432,45 złotych, tj. jedynie o kwotę 40 105,31 złotych (1% wartości zamówienia) wyższą od oferty która została uznana za rażąco niską.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymując stanowisko zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - DGP Clean Partner Sp. z o.o., SEBAN Sp. z o.o., 4 OP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1 i 2 Pzp.

Izba ustaliła:

Zamawiający w informacji z dnia 28 kwietnia 2022r. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp wskazał: „(...) W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia nie zasługują na uznanie. Wykonawca nie przedstawił żadnych wyliczeń ani dowodów na potwierdzenie realności zaproponowanych stawek oraz przytoczonych w swoim piśmie ogólnikowych wyjaśnień.

Należy zauważyć, że w odpowiedzi na zapytanie cenowe (RFI) w ramach przygotowania przez Zamawiającego szacowania wartości zamówienia, Wykonawca GLANTZ II Sp. j. w pozycjach, które w ofercie w postępowaniu zostały wycenione na 0,50 zł netto za roboczogodzinę, zaoferował za 1 roboczogodzinę stawki netto kilkunastokrotnie wyższe.

Na porównywalnym do odpowiedzi z RFI poziomie (kilkunastokrotnie wyższym od cen z oferty) kształtują się również stawki w obowiązującej umowie na świadczenie usług utrzymania czystości w budynkach PGE Energia Ciepła S.A., Oddział Wybrzeże w lokalizacji Wybrzeże (Gdańsk, Gdynia). Dodatkowo za usługę akrylowania GLANTZ II Sp. j. proponuje w ofercie stawkę 0,65 zł netto za m2, która jest kilkukrotnie niższa od pozostałych ofert, a w obecnie realizowanej przez Wykonawcę umowie ww. lokalizacji Zamawiającego obowiązuje stawka kilkunastokrotnie wyższa. Taka też stawka została zaproponowana przez GLANTZ II Sp.j. w ramach odpowiedzi na RFI.

Realizowanie przez Wykonawcę do dnia 30.09.2023 dla Oddziału Wybrzeże umowy na usługi drobnych prac remontowo - konserwacyjnych oraz drobnych bieżących napraw w PGE Energia Ciepła S.A., dotyczącej odmiennego przedmiotu zamówienia i rozliczanej miesięcznym ryczałtem, nie może uzasadniać obniżenia stawek w złożonej ofercie.

Zgodnie z SWZ Wykonawca, jego Podwykonawcy i Dalsi Podwykonawcy realizujący Usługi mają obowiązek zatrudnienia osób wykonujących czynności wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia na podstawie umowy o pracę , jeżeli czynności te polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Podkreślenia wymaga, że minimalne wynagrodzenie za pracę w 2022 r. wynosi 3010,00 zł brutto, natomiast minimalna stawka godzinowa w 2022 r. wynosi 19,70 zł brutto - zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz.U. z 2021 r., poz. 1690). Tym samym wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny oferty nie powinna być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, co ma miejsce w przypadku oferty Wykonawcy Glantz II Sp. j.

Uznanie wyjaśnień za niewystarczające znajduje potwierdzenie w ugruntowanej linii orzeczniczej, należy przytoczyć wyrok KIO z 1.2.2021 r. (KIO 3539/20) który potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, jeżeli Wykonawca nie wykazał pełnego pokrycia podstawowego kosztu, jakim jest wynagrodzenie za pracę na minimalnym poziomie. Jeżeli z wyjaśnień wynika, że Wykonawca nie zapewni zatrudnionym nawet płacy w minimalnej wysokości, Zamawiający powinien uznać, że ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia Wykonawcy nie zostały poparte dowodami, których wymagał Zamawiający, stąd znajduje zastosowanie wyrok KIO z 14.5.2019 r. (KIO 747/19) według którego „złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z

wymaganiami zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu".

W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę Glantz II B. P. A. P. Sp. J., ul. Jana z Kolna 12, 81-351 Gdynia złożoną w zakresie części II w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP.".

Izba zważyła:

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, stwierdzając, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podkreślić należy, że jak wskazano w wyroku z dnia 20 lutego 2021r., sygn. akt KIO 310/21, celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. 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. 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. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach, brak dokładnych danych co do kalkulacji ceny, a także nie udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazanym i oczekiwanym przez Zamawiającego, należy zakwalifikować jako zasługujące na zastosowanie art. 224 ust. 6 Pzp.

Izba na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania ustaliła, że w dniu 8 marca 2022r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazując: „Podane przez Wykonawcę istotne części składowe ceny realizacji zamówienia, 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 dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów prawa.

W ofercie Wykonawcy Glantz II B. P. A. P. Sp. J. (dalej jako Glantz II sp.j.) stawki za roboczogodzinę w zakresie prawa opcji (zarówno dla EC Gdynia, jak i EC Gdańsk) wynoszą 0,50 zł netto za 1 roboczogodzinę (za wyjątkiem froterowania podłóg akrylowanych, gdzie stawka wynosi 12 zł netto/roboczogodzinę), przez co znacząco odbiegają od wysokości stawek zawartych w innych złożonych ofertach, a przede wszystkim są znacząco niższe od minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 poz. 2207).

Należy zauważyć, że wykonawca Glantz II sp.j. w pozycjach które w ofercie w postępowaniu zostały wycenione na 0,50 zł netto za roboczogodzinę, w obecnie realizowanej przez niego umowie w tej lokalizacji, zawartej 20.05.2019 r., oferuje stawki 6,00 zł netto za roboczogodzinę.

Zgodnie z SWZ Wykonawca, jego Podwykonawcy i Dalsi Podwykonawcy realizujący Usługi mają obowiązek zatrudnienia osób wykonujących czynności wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia na podstawie umowy o pracę , jeżeli czynności te polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Podkreślenia wymaga, że minimalne wynagrodzenie za pracę w 2022 r. wynosi 3010,00 zł brutto, natomiast minimalna stawka godzinowa w 2022 r. wynosi 19,70 zł brutto - zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. (Dz.U. z 2021 r., poz. 1690). Wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny oferty nie powinna być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Dodatkowo za usługę akrylowania Glantz II sp.j. oferuje stawkę 0,65 zł netto za m2, która jest znacznie niższa od pozostałych ofert. Nadmienić należy, iż w obecnie realizowanej umowie w tej lokalizacji wykonawca GLANTZ II sp.j. realizuje ww. usługę po stawce 8 zł

netto/m2.

(...)

W związku z powyższym, zgodnie z art. 224 ust. 1 i nast. Ustawy PZP, Wykonawca jest zobowiązany do złożenia wyjaśnień i dowodów, dotyczących wyliczenia ceny realizacji Zamówienia (w szczególności w odniesieniu do ww. cen jednostkowych), w tym w szczególności w zakresie:

1) zarządzania procesem świadczonych usług;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług, o ile takie zachodzą,

3) 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

Pełnomocnik Zamawiającego informuje, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 Ustawy PZP, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego, a w ramach składanych wyjaśnień Wykonawca powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem przekonanie Zamawiającego i przedstawienie dokumentów, informacji prowadzących do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty jest nieuzasadnione. Z wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę jednoznacznie powinno wynikać, iż za cenę ofertową określoną dla zamówienia jest on w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami i warunkami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, a także potwierdzić racjonalność i rynkowość wyceny swojej oferty. (...)".

Podkreślić należy, że Odwołujący odpowiadając na powyższe wezwanie w dniu 10

marca 2022r. wskazał, że: „przedstawiona przez Wykonawcę cena realizacji zamówienia jest adekwatna do przedmiotowej sprawy i nie ma podstaw do wątpliwości, aby była ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Spółka Glantz II świadczy usługi dla PGE Energa Ciepła od ponad dziesięciu lat, przy

czym na przestrzeni lat udowadniała swoją rzetelność oraz fachowość wykonywanej pracy, o czym świadczy wieloletnia i owocna współpraca pomiędzy spółkami. W tym okresie podmiot wykonawczy zdobył doświadczenie pozwalające na maksymalną organizację personelu i ich zarządzanie, w celu uzyskania jak największej efektywności wykorzystania czasu pracy. Co więcej, proces zarządzania świadczonych usług nadzoruje wykwalifikowana i wyspecjalizowana kadra kierownicza z wieloletnim doświadczeniem na obiektach PGE Wybrzeże w lokalizacjach EC Gdańsk i EC Gdynia. Praktyka Wykonawcy w zawodzie pozwala na kompleksowe i umiejętne zarządzanie personelem, w celu wykonania podstawowych zadań oraz wynikających z prawa opcji w czasie zasadniczych godzin pracy.

Zaoferowana cena realizacji zamówienia wynika głównie z faktu, że jako podmiot gospodarczy współpracujący z dostawcami nieprzerwanie od wielu lat, Wykonawca uzyskał znaczne i stałe rabaty cen od jednego z europejskich liderów produkcji powłok polimerowych. Cena jednostkowa 0,65 zł netto za m2 za usługę akrylowania powierzchni 3400 m2, pozwala Wykonawcy na zakup materiałów potrzebnych do jej wykonania.

Jednocześnie cena jednostkowa 0,50 zł netto za roboczogodzinę w przypadku ewentualnego wykonania prawa opcji, daje możliwość Wykonawcy premiowania pracowników. Sugerowania rażąco niskiej ceny jest w tym przypadku bezpodstawne, gdyż Wykonawca jest w stanie wykonać zadania z prawa opcji z personelem na stałe zatrudnionym i przypisanym do obiektów PGE Wybrzeże.

Wartym uwzględnienia jest fakt, że Spółka Glantz II posiada status Zakładu Pracy Chronionej. Podmiot zatrudnia pracowników wyłącznie na umowę o pracę, w tym również osoby ze znacznym i umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Każdy z pracowników zatrudniony jest na stawce minimalnego wynagrodzenia 3010 zł brutto w 2022 roku. A przy

tym personel realizujący kompleksowo usługę jest na stałe przypisany do lokalizacji EC Gdańsk i EC Gdynia. Dodatkowo Wykonawca uzyskuje z PFRON comiesięczne dofinansowanie do wynagrodzeń na podstawie Ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, co w znacznym stopniu pozawala na obniżenie kosztów pełnego wolumenu wykonywanych usług.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca z całą pewnością, nie zgadza się z tym, że zaoferowane ceny realizacji zamówienia są rażąco niskie i nie wpłyną na nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wynikają one z wieloletniego doświadczenia oraz z wypracowanej korzystnej pozycji na rynku jako podmiotu wykonawczego.”.

Uwzględniając tak ustalony stan faktyczny wskazać należy, że Izba uznała, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia są ogólnikowe i mają blankietowy charakter, gdyż nie zostały poparte przez Odwołującego żadnym dowodem, kalkulacją czy obliczeniami obrazującymi sposób skalkulowania zakwestionowanych w wezwaniu stawek. Zauważyć należy, że wykonawca oświadczając, iż „uzyskał znaczne i stałe rabaty cen od jednego z europejskich liderów produkcji powłok polimerowych. Cena jednostkowa 0,65 zł netto za m2 za usługę akrylowania powierzchni 3400 m2, pozwala Wykonawcy na zakup materiałów potrzebnych do jej wykonania” nie złożył wraz z wyjaśnieniami jakiegokolwiek dowodu, który umożliwiłby Zamawiającemu zweryfikowanie powyższych twierdzeń. Zamawiający nie miał więc żadnych możliwości, aby ocenić czy wskazana w ofercie stawka za usługę akrylowania jest ceną realną i wykonawca jest w stanie za wskazaną cenę usługę tę zrealizować. Podkreślić należy, że potwierdzeniem prawidłowości zaoferowanej ceny w tym zakresie nie może potwierdzać złożona na rozprawie oferta uzyskana od firmy MERKURY A.P. z dnia 23 grudnia 2021r. na zakup materiałów do wykonania tej usługi. Izba uznała, że złożenie ww. dowodu na rozprawie jest działaniem spóźnionym, bowiem Izba w ramach postępowania odwoławczego ocenia jedynie prawidłowość czynności Zamawiającego w postępowaniu, a nie samą cenę oferty. Weryfikacji podlega zatem sama czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, ocena przez Zamawiającego tych wyjaśnień, a następnie prawidłowość decyzji co do odrzucenia lub nie, złożonej przez wykonawcę oferty. Z tego też powodu Izba oddaliła pozostałe wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego w postaci:

- referencji wystawionych przez PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże,

- ofert złożonych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu,

- wykazu zatrudnionych osób przez Odwołującego,

- karty technicznej produktu przeznaczonego do pielęgnacji wypraw polimerowych,

- decyzji Wojewody Pomorskiego z dnia 21 marca 2013r. o nadaniu Odwołującemu statusu zakładu pracy chronionej, uznając, że są to działania spóźnione. Powyższe stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w wyroku SO Warszawa-Praga z dnia 9 kwietnia 2010r., sygn. akt IV CA 1299/09 w którym Sąd stwierdził, że: „złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych elementów celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny dopiero na rozprawie przez Krajową Izbą Odwoławczą było spóźnione i nie mogło być wzięte po uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego”

Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący nie zdołał - złożonymi wyjaśnieniami - wykazać realności zaoferowanej stawki za roboczogodzinę. Przypomnieć należy, że Odwołujący koszty pracy w zamówieniu opcyjnym wycenił na 0,50 zł za 1 roboczogodzinę. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że: „cena jednostkowa 0,50 zł netto za

roboczogodzinę w przypadku ewentualnego wykonania prawa opcji, daje możliwość Wykonawcy premiowania pracowników” oraz, że „posiada status Zakładu Pracy Chronionej. Podmiot zatrudnia pracowników wyłącznie na umowę o pracę, w tym również osoby ze znacznym i umiarkowanym stopniem niepełnosprawności. Każdy z pracowników zatrudniony jest na stawce minimalnego wynagrodzenia 3010 zł brutto w 2022 roku. A przy tym personel realizujący kompleksowo usługę jest na stałe przypisany do lokalizacji EC Gdańsk i EC Gdynia. Dodatkowo Wykonawca uzyskuje z PFRON comiesięczne dofinansowanie do wynagrodzeń na podstawie Ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, co w znacznym stopniu pozawala na obniżenie kosztów pełnego wolumenu wykonywanych usług.”.

Podkreślić należy, że jak wynika z części I pkt 5 ppkt 5.3 OPZ stawki za roboczogodzinę pracy obejmują wszelkie koszty Wykonawcy, a więc stwierdzić należy, że stawka jednostkowa zaoferowana przez Odwołującego musiała zawierać wszystkie koszty niezbędne do jej wykonania zgodnie z OPZ i wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz wynikającymi z odrębnych przepisów. Odwołujący w ocenie Izby w żaden sposób natomiast nie wykazał, że w zaproponowanej przez siebie stawce ujął wszelkie koszty pracownicze konieczne do wykonania zamówienia opcjonalnego. Co więcej Odwołujący sam przyznał, że nie uwzględnił kosztów wynagrodzeń pracowniczych w stawkach jednostkowych objętych opcją wskazując, że wykonanie tych prac „jest możliwe w zasadniczym wymiarze godzin pracy pracowników niezbędnych do wykonania prac podstawowych, zatem faktycznie nie są ponoszone z tego tytułu dodatkowe koszty." Ponadto wskazał, cena jednostkowa 0,50 zł netto za roboczogodzinę daje mu możliwość premiowania pracowników. Odnosząc się do powyższych twierdzeń podkreślić należy, że obowiązkiem Odwołującego w niniejszym postępowaniu było takie skalkulowanie stawki za roboczogodzinę pracownika przeznaczonego do zrealizowania zamówienia opcjonalnego, aby uwzględniała ona wszelkie koszty pracownicze z tym związane. Natomiast Odwołujący nie przedstawił wraz z wyjaśnieniami jakichkolwiek analiz czy kalkulacji, na podstawie których Zamawiający zdołałby ocenić, że za stawkę zaoferowaną przez Odwołującego możliwe jest pokrycie wszelkich kosztów pracowniczych dla każdego elementu składającego się na przedmiot zamówienia opcjonalnego. Odwołujący nie przedstawił także żadnych dowodów potwierdzających, że faktycznie jest wykonawcą który korzysta z dofinansowania PFRON oraz, że posiada status zakładu pracy chronionej. Nie wykazał też w jaki sposób dofinansowanie wpływa na zaoferowane stawki i możliwość obniżenia jej do 50 gr za jedną roboczogodzinę. Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego podniesionego na rozprawie, że Zamawiający ma wiedzę w tym zakresie, wskazać należy, że nie jest rolą Zamawiającego poszukiwanie i usprawiedliwianie twierdzeń wykonawcy zawartych w wyjaśnieniach, bowiem jak wynika z treści przepisu art. 224 ust. 5 Pzp to wykonawca ma obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, rolą zaś Zamawiającego jest jedynie należyta ocena złożonych w konkretnym postępowaniu wyjaśnień i na podstawie złożonych wyjaśnień oraz dowodów ustalenie czy zaoferowana w postępowaniu cena jest ceną realną, umożliwiającą należytą realizację zamówienia. Z tego też względu, przy ocenie rażąco niskiej ceny, nie może być brana pod uwagę okoliczność należytego, wcześniejszego zrealizowania na rzecz Zamawiającego innego zamówienia o udzielenie zamówienia publicznego.

Końcowo wskazać należy, że w ocenie Izby skierowane do Odwołującego wezwanie było jasne i precyzyjne, a Zamawiający w treści wezwania wskazał, jakie składniki ceny budzą jego wątpliwości. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił wykonawcy, że złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego, a w ramach składanych wyjaśnień powinien on przedłożyć dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Również wskazać należy, że od wykonawców biorących udział w procedurze udzielania zamówienia publicznego oczekuje się profesjonalizmu, opierającego się na założeniu, że w postępowaniu biorą udział podmioty profesjonalne, wobec których z uwagi na prowadzoną działalność gospodarczą można stosować podwyższony miernik należytej staranności wynikający z przepisów Kodeksu cywilnego. W konsekwencji wskazać należy, że Odwołujący powinien dołożyć należytej staranności aby wykazać, że zaoferowane przez niego stawki są realne.

Na uwzględnienie nie zasługiwało również stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu zmierzające do wykazywania, że zarówno stawki za roboczogodzinę jak i za usługę arylowania objęte zamówieniem opcjonalnym nie mogą zostać uznane za istotny składnik ceny. Zwrócić należy uwagę, że w treści wezwania z dnia 8 marca 2022r. Zamawiający wskazał wykonawcy, że „podane przez Wykonawcę istotne części składowe ceny realizacji zamówienia', a więc jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z taką kwalifikacją elementów zakwestionowanych w tym wezwaniu, to winien zaskarżyć powyższą czynność Zamawiającego poprzez wniesienie odwołania do KIO. Jak bowiem słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 sierpnia 2021r., sygn. akt KIO 2098/21 „Na tym etapie podnoszenie zarzutów co do podstaw samego wezwania do wyjaśnień ceny oferty należy uznać za spóźnione. Samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, niezależnie od podstawy prawnej działania zamawiającego, ma kluczowe znaczenie dla wykonawcy. Jeżeli bowiem nie zgadza się on z zasadnością takiego wezwania, kwestionuje w ogóle możliwość powzięcia podejrzeń w stosunku do jego ceny, to powinien na tę czynność wnieść odwołanie'.

Uwzględniając powyższe, Izba oddaliła odwołanie stwierdzając, że Zamawiający w sposób prawidłowy i kompletny ocenił wyjaśnienia Odwołującego i w wyniku tych czynności stwierdził, że wykonawca ten nie wykazał że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....