

Sygn. akt: KIO 3277/24

WYROK

Warszawa, dnia 04 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 września 2024 r. przez wykonawcę ZEC SERVICE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, przy ul. Łowieckiej 24 (50-220 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie przy ul. Ciepłowniczej 1 (31-587 Kraków)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Przedsiębiorstwa Remontowo-Uslugowego „MEGA-REM” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. Ciepłowniczej 1 (31-587 Kraków)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części w zakresie zarzutów dotyczących I części zamówienia i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwa Remontowo-Uslugowego „MEGA-REM” spółki z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie do udzielenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny w zakresie I części zamówienia, w tym złożenia dowodów;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ZEC SERVICE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w części 1/2 oraz zamawiającego PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie w części 1/2 i:

3.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ZEC SERVICE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty zamawiającego PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2 zasądza od zamawiającego PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie na rzecz wykonawcy ZEC SERVICE spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę w wysokości 5 7000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy siedemset złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3277/24

Uzasadnienie

PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (zwana dalej „zamawiającym”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Serwis i remonty instalacji i urządzeń maszynowni oraz wewnętrznej sieci ciepłowniczej w PGE EC S.A. Oddział nr 1 w Krakowie - Usługa serwisowa” - nr postępowania POST/PEC/PEC/UZS/00430/2024) (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 maja 2024 r, numer publikacji ogłoszenia: 300342-2024.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (dalej zwanej: „Pzp” lub „ustawy Pzp”).

W dniu 09 września 2024 r. wykonawca ZEC SERVICE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a) dla I części zamówienia:

1. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontowo-Usługowe MEGA-REM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej zwanego: MEGA-REM) do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych;
2. art. 224 ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy MEGA-REM do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, pomimo że cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a zaistniała rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

i tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

b) dla II części zamówienia:

1. art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MEGA-REM, który złożył wyjaśnienia wraz z dowodami nie

uzasadniające podanej w ofercie ceny i tym samym oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty wykonawcy MEGA-REM, która jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegała odrzuceniu w odniesieniu do wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu (doświadczenie);

zarzut ewentualny, o ile w ocenie Izby nie znajdą podstawy do odrzucenia oferty MEGA-REM dla II części zamówienia:

- art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy MEGA-REM do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do wymagania dotyczącego posiadanego doświadczenia;
- art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy MEGA-REM do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych ze względu na brak wykazania spełniania przez tego wykonawcę.

i tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę MEGA-REM dla obu części zamówienia oraz:

- dla I części zamówienia, nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy MEGA-REM do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych;
- dla II części zamówienia, nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy MEGA-REM albo też, o ile w ocenie Izby nie znajdą podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy, nakazanie wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia lub też uzupełnienia dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadanego doświadczenia;

i ponowienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania i zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 575 ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, który złożył w

przedmiotowym postępowaniu ofertę. Została ona sklasyfikowana na drugim miejscu dla obu części zamówienia. Zaniechanie rzetelnego badania oferty MEGA-REM pozbawia wykonawcę możliwości wykonywania zamówienia. Tym samym odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu dla zarzutu dotyczące zaniechanie wezwania wykonawcy MEGA-REM do złożenia wyjaśnień w sprawie

wyliczenia ceny dla I części zamówienia (rażąco niska cena) odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie specjalistycznych usług w zakresie serwisu i remontów instalacji i urządzeń maszynowni oraz wewnętrznej sieci ciepłowniczej zamawiającego. Dla I części zamówienia zakres prac obejmuje w pierwszej kolejności: prace rusztowaniowe oraz prace izolacyjne, prace mechaniczne związane z demontażem, naprawą i montażem, prace diagnostyczne związane z badaniami nieniszczącymi elementów urządzeń i instalacji po demontażu, prace spawalnicze związane z naprawami, wykonywania remontów bieżących i awaryjnych na urządzeniach, a także przeglądów i konserwacji, bieżących napraw (usuwania usterek), a także dyżurów domowych.

Odwołujący podkreślił, iż zamówienie dotyczy usług wykonywanych w trybie ciągłym. Zamawiający od wielu lat ponawia przedmiotowe zamówienie zlecając wykonanie usług podmiotom trzecim. Odwołujący argumentował, że zwraca na to uwagę, gdyż tym samym wskazuje, że koszty wykonywania zamówienia w głównej mierze dotyczą kosztów pracowniczych. Ewentualne dostawy materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia mają charakter drugorzędny. Tym samym, biorąc pod uwagę wzrost kosztów pracy w perspektywie kilku ostatnich lat (co jest okolicznością notoryjną), obecnie składane oferty powinny być co do zasady wyższe, a nie niższe niż w poprzednich latach. Zdaniem odwołującego nie ma bowiem do czynienia z takimi zmianami sposobu wykonania usług (zmiany technologiczne, sprzętowe), które pozwalałyby na istotne obniżenie cen ofert przez wykonawców.

Odwołujący podkreślił następnie, że w treści dokumentacji przetargowej wykonawcy zostali obowiązani do przedłożenia m.in. formularza cenowego zawierającego dla I części zamówienia skatalogowane 937 prace rozliczane cenami jednostkowymi za:

- jednostkową ceną ryczałtową (szt.) – 619 pozycji;
- jednostkową ceną ryczałtową (kpl.) - 299 pozycji
- prace dotyczące m2 wykonanego świadczenia – 6 pozycji;
- metrem bieżącym - 11 pozycji;
- remont z wymianą zużytych konstrukcji do 1000 kg rozliczany za kg – 1 pozycja
- rozliczanie roboczogodziną dla 29.000 godzin szacunkowo (pozostałe czynności) – 1 pozycja.

Odwołujący podkreślił, iż celem ustalenia przyczyn wystąpienia istotnej różnicy pomiędzy z jednej strony ceną oferty MEGA-REM, a drugiej strony wartością jego oferty oraz wartością zamówienia, odwołujący dokonał badania cen jednostkowych w ofercie tego wykonawcy. przyjmując metodologię wskazaną w uzasadnieniu odwołania.

W pierwszej kolejności odwołujący wybrał 113 pozycji spośród wszystkich 937, dla których różnica pomiędzy ceną odwołującego, a MEGA-REM wynosiła ponad 50%. Łączna wartość różnicy w cenie obu ofert w zakresie tych pozycji wyniosła 1.261.203,61 zł netto.

Ponadto, odwołujący wskazał, iż zamawiający w postępowaniu, w zakresie tych wskazanych 113 pozycji, ustanowił wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym (dla cen jednostkowych). Wykonawca samodzielnie określał wysokość wynagrodzenia, w tym szacował czasochłonność poszczególnych świadczeń. W formularzy określono jedynie liczbę świadczeń danego rodzaju, które będą wykonywane w trakcie realizacji zamówienia („szacunkowa ilość w okresie obowiązywania umowy”). Dlatego kluczowe znaczenie, zdaniem odwołującego ma m.in. określenie nakładów roboczogodzin dla danego świadczenia (ile czasu będzie dana czynność wykonywana). Wykonawcy mogą się w tym zakresie różnić. Niemniej mniej jednak według odwołującego wiarygodnym punktem odniesienia jest to, że zamówienie jest ponawiane, a zamawiający posługiwał się taką samą metodologią w poprzednich przetargach i tożsame świadczenia były przez zamawiającego odbierane. Zatem punktem wyjścia dla odwołującego były nakłady roboczogodzin wynikające ze zrealizowanej przez niego umowy nr C31Z190053 z 2019 r.. Zamawiający dokonał odbioru świadczeń akceptując przypisane ilości roboczogodzin do danego świadczenia. Do tak ustalonej ilości roboczogodzin odwołujący przypisał minimalną stawkę godzinową obowiązującą od 01 lipca 2024 r. (28,10 zł). Jest to najbardziej korzystna dla MEGA-REM stawka i w sposób oczywisty zdaniem odwołującego zaniżająca wartość danej pozycji (nie uwzględnia kosztów ogólnozakładowych, kosztów materiałów i urządzeń, marży wykonawcy etc.).

Odwołujący podkreślił, iż tak przeprowadzone porównanie pokazuje jego zdaniem, że wszystkie te wskazane pozycje są poniżej minimalnej stawki godzinowej (od 31% do 91%, średnio 54%), a cena dla tych pozycji (przy przyjętych założeniach) została zaniżona o ponad 1.023.403,27 zł netto. Według odwołującego wyniki przez niego przedstawione jednoznacznie potwierdzają wątpliwości co do realności zaproponowanej ceny oraz ceny te są o charakterze nierynkowym, niepokrywającymi nawet kosztów pracy na poziomie minimalnego wynagrodzenia.

Następnie odwołujący poddał analizie pozycję 937 formularza cenowego. Dotyczy ona roboczogodzin za 29.000 godzin opisanych jako stawka przerobowa za prace obiektowe (zawiera także pracę sprzętu i materiałów eksploatacyjnych). Jest to znacząca pozycja kosztorysowa (dla odwołującego około 16% ceny oferty, dla MEGA-REM około 10%

ceny oferty). Odwołujący zwrócił uwagę na dane, które wskazał w poniższej tabeli, opierając po części swoje wyliczenia na informacjach ze stron internetowych, których adresy internetowe odwołujący przywołał w odwołaniu:

--

	stawka godzinowa	koszt dla 160 godzin (etat)	komentarz
ZEC	65 zł (bez vat)	10.400	
MEGA-REM	40 zł (bez vat)	6.400	
minimalna stawka godzinowa 2024 (koszt pracodawcy)	32,28 zł	5.180,64	bez sprzętu i materiałów eksploatacyjnych oraz bez tzw. narzutów podstawowych i kosztów urlopu, a także bez marży wykonawcy oraz kosztów ogólnozakładowych
minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia w budownictwie w 2024 roku ³	36,16 zł	5.785,60	bez sprzętu i materiałów eksploatacyjnych, a także bez marży wykonawcy oraz kosztów ogólnozakładowych
zarobki w energetyce, grupa: serwis, utrzymanie (koszt pracodawcy) ⁴	53,38 zł	8.542,03	bez sprzętu i materiałów eksploatacyjnych, a także bez marży wykonawcy oraz kosztów ogólnozakładowych

Odwołujący wskazał ponadto, iż stawka dotyczy pracy wyspecjalizowanych pracowników posiadających wiedzę, doświadczenie oraz uprawnienia do wykonywania prac naprawczych i konserwacyjnych na infrastrukturze energetycznej. Dlatego właściwym punktem odniesienia, według odwołującego nie są wynagrodzenia minimalne (i tak świadczące na niekorzyść wykonawcy), a wynagrodzenia pracowników o tożsamym kwalifikacjach (stawka powyżej ceny zaproponowanej przez MEGA-REM, nie uwzględniając nawet kosztów materiałów i sprzętu, kosztów ogólnozakładowych, a także marży wykonawcy).

Odwołujący następnie wskazał, iż zgodnie z treścią art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów. W treści art. 224 ust. 2 pkt 1 dodano, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia brutto, zamawiający wzywa do wyjaśnień. W ocenie odwołującego zostały spełnione obie przesłanki. Cena oferty MEGA-REM jest obecnie nie tylko poniżej poziomu rynkowego wykonania świadczenia, ale nawet dla wielu pozycji poniżej wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zamawiający powinien być nabrać wątpliwości w odniesieniu do ceny niższej od jego szacunków o około 40% oraz niższej od oferty drugiego wykonawcy o około 25%. Następnie odwołujący podkreślił, że w postępowaniu odwoławczym to na odwołującym spoczywa obowiązek uprawdopodobnienia naruszenia przepisów ustawy, a powyższe zdaniem odwołującego argumenty, uprawdopodobniają wystąpienie ceny rażąco niskiej. Tym bardziej, że według odwołującego rynek, na którym działają odwołujący i MEGA-REM jest o niskim stopniu konkurencyjności, a brak zleceń dla odwołującego oznaczać może likwidację tego obszaru aktywności gospodarczej dla odwołującego. Spowodować to może powstanie monopolu na rynku tych specjalistycznych usług. Stąd też ze szczególną wnikliwością winien zamawiający ustalać, czy nie ma do czynienia z cenami dumpingowymi.

W ocenie odwołującego zamawiający winien być nabrać wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów (minimalne stawka godzinowa). Zaniechanie wezwania MEGA-REM do złożenia wyjaśnień w sprawie wysokości zaoferowanej ceny naruszało zasadę uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu dla zarzutów dotyczących II części zamówienia odwołujący wskazał, iż, postawił zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MEGA-REM, który złożył wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniające podanej w ofercie ceny, a tym samym oferta tego wykonawcy, zdaniem odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Punktem wyjścia dla stawianego przez odwołującego zarzutu jest analiza porównawcza pozycji formularza ofertowego. Formularz ten zawierał 39 pozycji. Odwołujący zastosował metodologię wskazaną w uzasadnieniu odwołania. W pierwszej kolejności odwołujący porównał ceny jednostkowe w ofercie MEGA-REM z cenami jednostkowymi oferty odwołującego. Odwołujący podkreślił, iż różnice sięgają od 33% do 100% (w niektórych przypadkach cena MEGA-REM jest wyższa). Niemniej średnio ceny MEGA-REM są niższe o około 52% od cen jednostkowych odwołującego. Łączna wartość różnicy w cenie obu ofert wyniosła 894.799,25 zł netto. Ponadto odwołujący zwrócił uwagę na to, iż zamawiający w postępowaniu ustanowił wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym (dla cen jednostkowych) i ponowił w tym zakresie argumentację przedstawioną dla I części zamówienia.

Następnie odwołujący wskazał, iż w pozycji 39 wykonawcy byli obowiązani do wskazania stawki przerobowej za prace obiektowe (zawierającej pracę sprzętu i materiałów eksploatacyjnych). Zamawiający przypisał do tej pozycji liczbę szacunkową 1.700 godzin pracy. Odwołujący zaoferował stawkę godzinową 55 zł netto, a MEGA-REM zaoferował stawkę w wysokości 30 zł netto. Raz jeszcze odwołujący odniósł się do stawek minimalnych oraz stawki godzinowej specjalistów w branży energetycznej:

	stawka godzinowa	koszt dla 160 godzin (etat)	komentarz
ZEC	55 (bez vat)	8.800	
MEGA-REM	30 (bez vat)	4.800	
minimalna stawka godzinowa 2024 (koszt pracodawcy)	32,28	5.180,64	bez sprzętu i materiałów eksploatacyjnych oraz bez tzw. narzutów podstawowych i kosztów urlopu, a także bez marży wykonawcy oraz kosztów ogólnozakładowych
minimalna stawka kalkulacyjna wynagrodzenia w budownictwie w 2024 roku ⁷	36,16	5.785,60	bez sprzętu i materiałów eksploatacyjnych, a także bez marży wykonawcy oraz kosztów ogólnozakładowych
zarobki w energetyce, grupa: serwis, utrzymanie (koszt pracodawcy) ⁸	53,38	8 542,03	bez sprzętu i materiałów eksploatacyjnych, a także bez marży wykonawcy oraz kosztów ogólnozakładowych

Odwolujący ponownie przywołał źródła ze stron internetowych na jakich opierał swoje wyliczenia i wskazał na stawkę dotyczącą pracy wyspecjalizowanych pracowników posiadających wiedzę, doświadczenie w pracach na infrastrukturze energetycznej. Dlatego właściwym punktem odniesienia nie są wynagrodzenia minimalne (i tak świadczące na niekorzyść wykonawcy), a wynagrodzenia pracowników o tożsamym kwalifikacjach (stawka

powyżej ceny zaproponowanej przez MEGA-REM, nie uwzględniając nawet kosztów materiałów i sprzętu, kosztów ogólnozakładowych, a także marży wykonawcy). Tym samym w ocenie odwołującego zaoferowana cena jest rażąco niska.

W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, iż MEGA-REM w piśmie z dnia 5 sierpnia 2024 r. dotyczącym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny bardzo ogólnikowo wyjaśnił wysokość zaoferowanej ceny. Po pierwsze jak zauważył odwołujący całość wyjaśnień ograniczyła się do 1 strony (część wstępna pisma oraz zakończenie dotyczyły zagadnień formalnych). Wykonawca załączył jeden dowód zewnętrzny, w postaci oferty podwykonawczej.

Następnie odwołujący wskazał, iż MEGA-REM powołał się na swoje doświadczenie w wykonywaniu prac będących przedmiotem zamówienia, wyjątkowo wykwalifikowane kadry („pracownicy Wykonawcy posiadają doświadczenie i doskonałą znajomość urządzeń i instalacji energetycznych”) oraz na utworzenie oddziału w Skawinie w związku z realizacją tam umowy serwisowej co pozwoliło na zmniejszenie kosztów zarządu oddziału krakowskiego. Brak jednak w tym zakresie jakichkolwiek wyliczeń, jak konkretnie powyższe okoliczności przełożyły się na obniżenie ceny. Jakże konkretnie oszczędności wykonawcy poczynił. Odwołujący przywołał jedno z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie jego zdaniem w podobnych okolicznościach Izba stwierdziła, że: „przystępujący nie wskazał, w jaki sposób wskazane okoliczności wpływają na jego cenę, tzn. w szczególności – o ile dana okoliczność jest w stanie obniżyć cenę oferty. Przystępujący nie udzielił w istocie odpowiedzi na pytania zadane mu przez zamawiającego, który prosił między innymi o wskazanie, w jaki sposób dokonano kalkulacji ceny oraz w jaki sposób podane okoliczności wpływają na obniżenie ceny oferty”. MEGA-REM powołał się na ofertę podwykonawcy stanowiącą 88% część wartości oferty. Tyle że zdaniem odwołującego, ten fakt nie zwalnia wykonawcy z udowodnienia, że zaoferowana cena, w tym oferta podwykonawcy, ma charakter rynkowy. W alternatywie przedstawienie jakiegokolwiek oferty podwykonawczej (tym bardziej na niemalże cały przedmiot zamówienia) w praktyce zwalniałoby wykonawców z wyjaśnienia charakteru ceny. Odwołujący wskazał, iż w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 263/21: „Nie wiadomo również, jakie przełożenie na poziom wyceny mają przedstawione oferty podwykonawców. Z dowodów załączonych do wyjaśnień nie wynika też poziom upustów, jakimi wykonawca dysponuje, są to więc dowody bezwartościowe dla badania realności ceny”.

W dalszej kolejności odwołujący przywołał treść pisma złożonego przez MEGA-REM dotyczącego złożenia wyjaśnień z zakresu rażąco niskiej ceny i wskazał, iż wykonawca tam oświadczył: że zastosowana przez Wykonawcę stawka netto (bez VAT) z narzutami wynosi 35 zł oraz 28,5 zł dla prac obiektowych. Jest ona zgodna z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz.U. 2023 poz. 1893) – na

dzień składania ofert stawka godzinowa brutto wynosi 27,70 zł, a minimalne wynagrodzenie miesięczne brutto 4242 zł”. Tyle że wymagany termin realizacji zamówienia to 48 miesięcy od daty wejścia w życie umowy. Zgodnie z treścią rozporządzenia z dnia 14 września 2023 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r., minimalna stawka godzinowa od dnia 1 lipca 2024 roku to 28,10 zł. Zatem już w dacie składania ofert było oczywiste że stawka godzinowa będzie wyższa i w praktyce pokrywa się ze stawką przyjętą przez wykonawcę dla prac obiektowych. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia (specjalistyczne wsparcie w obszarze energetyki) nie jest możliwe zastosowanie takiej stawki do planowanych świadczeń. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, jego zdaniem wydane w podobnych okolicznościach tj. wyrok KIO z dnia 22 lutego 2024 r. sygn. akt KIO 334/24 i wyrok KIO z dnia 23 października 2019 r. sygn. akt KIO 2039/19.

Odwolujący wskazał następnie, iż wykonawca MEGA-REM przedstawił uszczegółowioną kalkulację. Tyle że samo rozbicie ceny łącznej na ceny jednostkowe nie przesądza jeszcze o rynkowym charakterze oferty. W zasadzie całość dodatkowej kalkulacji sprowadza się do wyodrębnienia pozycji zysk i wskazania w jaki zakresie będzie MEGA-REM

korzystał z podwykonawcy.

W podsumowaniu odwołujący podkreślił, iż jego zdaniem mamy do czynienia z ogólnikowymi wyjaśnieniami, które nie obalają domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wykonawca nie sprostął wykazaniu i udowodnieniu, że oferowana przez niego cena ma charakter rynkowy. Dlatego też odwołujący stoi na stanowisku iż oferta wykonawcy MEGA-REM podlega odrzuceniu, gdyż wykonawca złożył wyjaśnienia nie uzasadniające podanej w ofercie ceny i tym samym oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dla uzasadnienia ostatniego zarzutu dotyczące braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (doświadczenie) przez MEGA-REM odwołujący zwrócił uwagę na to, iż zgodnie z treścią punktu 15.6.4.2 SWZ dla II części zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na przeprowadzeniu badań wiroprądowych skraplaczy i wymienników ciepłowniczych.

Wykonawca MEGA-REM przedstawił zamawiającemu wykaz usług, z którego jak twierdzi odwołujący, w żaden sposób nie wynika, żeby wymagane doświadczenie zdobył (żadna ze wskazywanych prac nie obejmowała wprost przeprowadzenia badań wiroprądowych skraplaczy i wymienników ciepłowniczych). Odwołujący podkreślił, że odbiorcą składanych dokumentów i oświadczeń jest nie tylko zamawiający, ale także inni

uczestnicy postępowania przetargowego (mający prawo do kontroli prawidłowości czynności Zamawiającego). Wykonawca powinien jednoznacznie wskazać, która z opisanych przez niego realizacji dotyczyła doświadczenia wymaganego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie II części zamówienia (nawet jeśli odbiorcą tych usług był zamawiający).

Według odwołującego zgodnie z posiadaną przez niego wiedzą MEGA-REM nie prowadzi działalności w zakresie badań wiroprądowych skraplaczy i wymienników ciepłowniczych. Nie posiada własnych zasobów osobowych, stosownych uprawnień oraz własnych urządzeń. W tym zakresie posługuje się tylko i wyłącznie zasobami podmiotów trzecich (podwykonawstwo). Wskazuje na to pośrednio także treść JEDZ złożonego w niniejszym przetargu, w którego treści zamieszczono następującą deklarację:

Pod wykonawstwo:	Odpowiedź:
Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim pod wykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?	<input checked="" type="checkbox"/> Tak <input type="checkbox"/> Nie Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców: [Podwykonawcom zostaną powierzone: czyszczenie wymienników, badania wiroprądowe, regeneracja uszczelnień mechanicznych, prace wymagające serwisu specjalistycznego. Podwykonawcy nie są jeszcze wybrani na tym etapie postępowania.]

Na poparcie swój argumentacji odwołujący w uzasadnieniu odwołania powołał się ponownie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wymieniając m.in. wyrok KIO z dnia z dnia 6 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 126/20, czy wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 568/18.

Z całą pewnością jest tak, jak podkreślił odwołujący, że badanie realności zdobytego doświadczenia wymaga indywidualnego podejścia. W tym przypadku zdaniem odwołującego mamy do czynienia z całkowicie samodzielną częścią zamówienia (badania wiroprądowe skraplaczy i wymienników ciepłowniczych), dla której wymagane są specjalistyczne uprawnienia oraz unikalny sprzęt i doświadczenie. Z samego faktu zlecenia podwykonawcy wykonania takiego świadczenia wykonawca nie nabiera doświadczenia (nie może z powodów formalnych uczestniczyć w wykonaniu świadczenia nie mając uprawnionych kadr oraz sprzętu).

Następnie odwołujący podkreślił, iż na rynku właściwym dla działalności odwołującego oraz MEGA-REM standardem jest wykonywanie części zamówienia przez specjalistyczne przedsiębiorstwa. Odwołujący przywołał w tym miejscu orzeczenie, wydane w jego sprawie, gdzie Izba nie zgodziła się na posługiwanie się przez niego doświadczeniem w zakresie zdalnych odczytów ciepłomierzy. Odwołujący podkreślił, iż mamy do czynienia z wąskimi specjalizacjami w ramach wykonywania usług dla przedsiębiorstw energetycznych i

brak jest podstaw – także w zakresie badań wiroprądowych – domniemywania, że doświadczenie podwykonawcy może „przebrać” na zlecającego mu pracę wykonawcę.

Biorąc pod uwagę powyższe, według odwołującego MEGA-REM nie miał podstaw do wskazywania na samodzielne spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Tym bardziej, że zgodnie z treścią JEDZ oraz treścią wyjaśnień ceny (oferta nr CZ/ECT/58/24 przedsiębiorstwa Conco East Sp. z o.o.) powyższe świadczenia także w tym przypadku będzie wykonywał podmiot trzeci. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zastosował przesłanek wyłączenia zawartych treści art. 109 ust. 8 i 10 Pzp (wprowadzenie w błąd). Niemniej brak zastosowania tych przesłanek nie oznacza, że w przypadku przedstawienia nieprawdziwych informacji na temat posiadanego doświadczenia oferta nie podlega odrzuceniu. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie, w takim przypadku zasadnym jest odrzucenie oferty, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Na poparcie swojej argumentacji odwołujący przywołał dla przykładu wyroki Krajowej Izby Odwoławczej tj. wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 5/22.

Odwołujący następnie przywołał treść art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z całą pewnością powoływanie się na doświadczenie, którego się nie posiada,

aby w ten sposób uzyskać zamówienie, jest zarówno niezgodne z dobrymi obyczajami, jak i narusza interes innych przedsiębiorców, którzy biorą udział w przetargu. Godzi także w interes klienta, którym jest zamawiający, gdyż wbrew jego woli dochodzi do udzielania zamówienia wykonawcy, który nie posiada doświadczenia potwierdzającego zdolność do należytego wykonania zamówienia. Ma to szczególne znaczenie w przypadku zamówienia na tak wrażliwym rynku, jak usługi w branży energetycznej dotyczące bezpieczeństwa użytkowania infrastruktury.

Na koniec odwołujący przedstawił argumentację dla zarzutów ewentualnych wskazując zaniechanie wezwania do wyjaśnień oraz uzupełnień podmiotowych środków dowodowych dotyczących posiadanego przez tego wykonawcę doświadczenia. Raz jeszcze należy podkreślić, nie wiadomo jakie prace wskazywane w wykazie usług mają potwierdzać spełnianie tego warunku. Ponadto wykonawca MEGA-REM nie posiada wymaganego doświadczenia. Zgodnie z treścią art. 128 ust. 1 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie. Dlatego też odwołujący w tym zakresie wniósł o nakazanie uzupełnienia wykazu ze względu na wskazywane przez niego okoliczności

dotyczące brak wykazania spełniania warunku udziału lub też do uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Remontowo-Usługowe „MEGA-REM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „przystępującym”).

W dniu 25 września 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

Tego samego dnia tj. 25 września 2024 r. również przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację na poparcie swojego wniosku.

W dniu 30 września 2024 r. odwołujący złożył pisma procesowe, w których odniósł się do stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie i stanowiska przystępującego zawartego w piśmie procesowym przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę Przedsiębiorstwo Remontowo-Usługowe „MEGA-REM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego złożonego przez przystępującego wraz z załącznikami oraz pism procesowych złożonych przez odwołującego wraz z załącznikami.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Serwis i remonty instalacji i urządzeń maszynowni oraz wewnętrznej sieci ciepłowniczej w PGE EC S.A. Oddział nr 1 w Krakowie - Usługa serwisowa” z podziałem na dwie części.

Zamawiający w pkt 15.6.4.2 Rozdziału 15 SWZ wskazał, iż zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykonawca wykaże, że dla części II: „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na przeprowadzeniu badań wiroprądowych skraplaczy i wymienników ciepłowniczych.”

Wartość szacunkowa zamówienia została określona na kwotę 15 414 378,10 zł netto (18 959 685,06 zł brutto) dla części I oraz kwotę 1 999 436,18 zł netto (2 459 306, 50 zł brutto) dla części II. Zgodnie z protokołem postępowania wartość zamówienia została ustalona w dniu 11 kwietnia 2024 r. na podstawie danych historycznych, tj. cen oferty najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu nr POST/PEC/PEC/UZS/00094/2021 pn. „Serwis i remonty instalacji i urządzeń maszynowni oraz wewnętrznej sieci ciepłowniczej w PGE EC S.A. Oddział nr 1 w Krakowie” - Usługa serwisowa” dla obu części - z uwzględnieniem wskaźnika inflacji z lat 2022 – 2024 zwiększającego ceny jednokowe o

30%.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: 1) odwołującego – część I: 14 984 624, 32 zł brutto, część II: 2 133 172, 09 zł brutto i 2) przystępującego – część I: 11 387 049, 72 zł brutto, część II: 1 032 569, 01 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 29 lipca 2024 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny realizacji zamówienia w zakresie części II. Zamawiający wskazał, iż „podana przez Wykonawcę cena realizacji zamówienia, może wydawać się rażąco niska 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.

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 tym w szczególności w zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług;
- 3) oryginalności dostaw, usług oferowanych przez wykonawcę;
- 4) 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;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający 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.

Wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, w których podane są jedynie ogólne stwierdzenia, niepoparte konkretnymi kwotami i wyliczeniami żądanymi przez Zamawiającego, mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 224 Ustawy PZP, nie powinno sprowadzać się jedynie do przedstawienia Zamawiającemu pisma zatytułowanego „Wyjaśnienia”, ale do przedstawienia merytorycznych informacji w przedmiotowym zakresie, które pozwolą na dokonanie przez Zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny globalnej, w tym poprzez weryfikację cen jednostkowych i kosztów wykonania

zamówienia występujących po stronie Wykonawcy.”

W dniu 05 sierpnia 2024 r. przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 lipca 2024 r. Do wyjaśnień przystępujący załączył szczegółową kalkulację ceny ofertowej opierając się na poszczególnych pozycjach z formularza ofertowego i ofertę podwykonawcy.

Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą w części I i części II zamówienia uznał ofertę przystępującego.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 w zakresie pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, pomimo że cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a zaistniała rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (zarzut drugi).

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W stosunku do oferty przystępującego zaistniał pierwszy przypadek opisany w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, obligujący zamawiającego do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, co stanowi okoliczność bezsporną.

Problem w tym zakresie tak naprawdę sprowadzał się do tego czy rozbieżność pomiędzy ceną oferty przystępującego, a wartością szacunkową zamówienia w części I zamówienia wynikała z okoliczności oczywistych. Ciężar dowodu w tym zakresie – zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikająca z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp – spoczywał na zamawiającym, ponieważ to zamawiający powoływał się na zaistnienie oczywistych okoliczności i wywodził z tego faktu skutki prawne w postaci możliwości odstąpienia od przewidzianej ustawą procedury wyjaśnienia ceny. Ciężar ten odpowiednio przekładał się również i na przystępującego, który zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba wskazuje, iż na gruncie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w przypadku, gdy cena oferty jest niższa niż wskaźniki określone w tym przepisie jest zasadą, ale i obowiązkiem zamawiającego. Możliwość odstąpienia od takiego wezwania jako wyjątek od tej zasady nie może być traktowana jako wykładnia rozszerzająca. Rozbieżność pomiędzy ceną oferty, a wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną złożonych ofert musi wynikać z okoliczności oczywistych, czyli z okoliczności nie budzących wątpliwości, a więc widocznych na pierwszy rzut oka. (por. wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 1006/23).

Zamawiający w swojej argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że wartość szacunkowa dla części I zamówienia została przez niego przeszacowana i błędnie podniesiona do wartości budżetu przeznaczonego na realizację zamówienia, a tym samym zdaniem zamawiającego rozbieżność wartości oferty przystępującego dla części I zamówienia w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania wynika z okoliczności oczywistej, która nie wymaga wyjaśnienia tj. błędnego ustalenia przez zamawiającego wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania. Izba podziela pogląd prezentowany przez zamawiającego, że przeszacowanie przez zamawiającego wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania może stanowić okoliczność oczywistą, o której mowa art. 224 ust. 2 ustawy Pzp m.in. wartość szacunkowa powiększona o podatek VAT jest wyraźnie zawyżona w stosunku do cen złożonych ofert, wskutek czego oferty te okazują się mieć ceny niższe o co najmniej 30% od tejże wartości. Jednakże należy mieć na uwadze, że każda takie zdarzenie nie może być stosowana automatycznie, tj. nie w każdym przypadku, gdy taka sytuacja ma miejsce w postępowaniu, zamawiający jest tym samym zwolniony z obowiązku badania rażąco niskiej ceny. Każdy przypadek musi być analizowany indywidualnie, tak by można było stwierdzić, że w danym postępowaniu rozbieżność między ceną danej oferty, a wartością zamówienia powiększoną VAT lub średnią arytmetyczną cen

wszystkich złożonych ofert, rzeczywiście wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie rozbieżności muszą wynikać z okoliczności, które nie wymagają wyjaśnień. Takie stwierdzenie można odnosić jedynie do zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 983/23). Podkreślenia wymaga, iż zamawiający może skorzystać z możliwości odstąpienia od wezwania do wyjaśnień, jeśli nie ma żadnych wątpliwości, z czego wynika różnica między zaofferowaną ceną, a wartością zamówienia oraz kiedy nie można mieć jakichkolwiek podejrzeń, że powodem wystąpienia takiej różnicy jest nierealność ceny (por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 października 2021 r., sygn. akt KIO 2686/21). Podkreślić należy, że po pierwsze w rozstrzyganej sprawie zaistniał pierwszy przypadek wskazany w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp - rozbieżność ceny oferty przystępującego w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia, a po drugie należy zwrócić uwagę na fakt, iż w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty i tylko oferta przystępującego była niższa o około 40 % od wartości szacunkowej zamówienia, zaś oferta odwołującego nie była niższa o co najmniej 30 % od tej wartości, co już samo w sobie powinno zwrócić uwagę zamawiającego, czy w takiej sytuacji można wskazywać na oczywistą okoliczność.

Izba stwierdziła, iż w rozpoznawanym przypadku nie mamy do czynienia z zaistnieniem okoliczności oczywistych, uzasadniających odstąpienie od wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wskazuje na to już chociażby fakt, że zamawiający musiał przeprowadzić dokładną analizę w zakresie cen ofert, relacji do wartości szacunkowej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez zamawiającego w 2021 r. czy samego sposobu szacowania wartości zamówienia, aby stwierdzić, że nie jest konieczne wzywianie przystępującego do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w dniu 11 kwietnia 2024 r. na podstawie danych historycznych, tj. cen oferty najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu nr POST/PEC/PEC/UZS/00094/2021 pn. „Serwis i remonty instalacji i urządzeń maszynowni oraz wewnętrznej sieci ciepłowniczej w PGE EC S.A. Oddział nr 1 w Krakowie” - Usługa serwisowa” – z podniesieniem wartości przy zastosowaniu wskaźnika inflacji z lat 2022 – 2024, zwiększającego ceny o 30% (wartość skumulowanej inflacji za lata

2022-2024.). Tak wyliczoną wartość szacunkową następnie podniesiono do wartości budżetu, tj.: dla części I - 15 414 378,10 zł netto (18 959 685,06 zł brutto) oraz dla części II - 1 999 436,18 zł netto (2 459 306,50 zł brutto).

Zamawiający pomimo ciążącego na nim obowiązku dowodowego nie przedstawił tak naprawdę żadnych dowodów potwierdzających czy uprawdopodobniających, że wskazana w protokole postępowania wartość zamówienia jest obciążona błędem, poza argumentacją wskazaną w odpowiedzi na odwołanie. Przekazana do akt sprawy dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia zawiera jedynie informację, w protokole postępowania iż: „szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w dniu 11.04.2024 r. na podstawie danych historycznych, tj. cen oferty najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu nr POST/PEC/PEC/UZS/00094/2021 pn. „Serwis i remonty instalacji i urządzeń maszynowni oraz wewnętrznej sieci ciepłowniczej w PGE EC S.A. Oddział nr 1 w Krakowie” - Usługa serwisowa” – z podniesieniem wartości przy zastosowaniu wskaźnika inflacji z lat 2022 – 2024, zwiększającego ceny o 30%. Próżno szukać informacji o tym, iż wyliczoną wartość szacunkową następnie zamawiający podniósł do wartości budżetu. Na rozprawie zamawiający stwierdził, iż informacje te zostały wskazane w notatce wewnętrznej zamawiającego, jednakże notatka ta nie znalazła się w dokumentacji postępowania.

W tej sytuacji, w ocenie Izby, nie można było uznać, że zaistniały okoliczności zwalniające zamawiającego z obowiązku skierowania do przystępującego wezwania do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, nie można bowiem oprzeć się na gołosłownych twierdzeniach zamawiającego w tym zakresie. Izba wskazuje, iż oceny czy zaistniały okoliczności zwalniające zamawiającego z obowiązku skierowania do przystępującego wezwania do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny należy jednak dokonywać zawsze na gruncie konkretnej sprawy, a w rozpoznawanej sprawie okoliczności stanu faktycznego nie uzasadniały odstąpienia od procedury wyjaśniającej. Należy również zwrócić uwagę to, że zamawiający ma obowiązek oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością, a w rozstrzyganej sprawie jak wskazał zamawiający dodatkowo oszacowaną wartość zamówienia błędnie podniósł do wartości budżetu, co ostatecznie nie było działaniem właściwym.

Zamawiający powinien mieć świadomość, że sposób szacowania wartości zamówienia ma bardzo duże znaczenie, m.in. w kontekście wzywania wykonawców do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Sam fakt złożenia oferty poniżej oszacowanego przez zamawiającego poziomu nie powinien być automatycznie utożsamiany z oczywistym błędem w ustaleniu wartości zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż zamawiający nie wykazał, aby w przedmiotowej sprawie rozbieżność pomiędzy ceną oferty przystępującego, a wartością szacunkową zamówienia wynikała z okoliczności oczywistych. Zamawiający przyjął, że to nie cena oferty przystępującego budzi podejrzenie rażąco niskiej ceny, lecz że to wartość

szacunkowa została niezasadnie zawyżona, podczas gdy nie miał ku temu obiektywnych i nie budzących wątpliwości podstaw.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty dla część I zamówienia, w tym dowodów w zakresie jej wyliczenia, pomimo iż zaoferowana cena i jej istotne elementy składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów (zarzut pierwszy), Izba uznała ten zarzut za uzasadniony w tym znaczeniu, że skoro cała cena oferty przystępującego spełnia ustawowe przesłanki do obowiązkowego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, to tym bardziej należy uznać, że budzi ona wątpliwości. Art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp określa bowiem szczególne przypadki, których zaistnienie samo w sobie powoduje powstanie wątpliwości co do ceny oferty i w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny. Natomiast oprócz wskazanych tam przypadków mogą zaistnieć jeszcze inne okoliczności, nie objęte art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, które mogą powodować pojawienie się u zamawiającego podejrzenia rażąco niskiej ceny i dodatkowo budzić jego wątpliwości. W takim przypadku zamawiającemu przysługuje prawo do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Skoro zatem cena oferty przystępującego dla I części zamówienia, na podstawie przepisów ustawy Pzp podlega pod przeprowadzenie wyjaśnień, to należy również uznać, że jest to cena w rozumieniu ustawy budząca wątpliwości, niezależnie od przekonania zamawiającego o braku takich wątpliwości. Cena ta w świetle przepisów ustawy powinna podlegać całościowemu sprawdzeniu czy została skalkulowana w sposób prawidłowy, czy ma rynkowy charakter. Ponadto podkreślenie wymaga, że w rozpoznawanym przypadku Izba nie dokonuje weryfikacji tego czy cena oferty przystępującego w zakresie części I zamówienia jest ceną rażąco niską, a jedynie czy zaistniały okoliczności, które uzasadniałyby wystosowanie wezwania do wyjaśnień. Z tego względu ewentualna zasadność przedstawianych przez odwołującego argumentów odnoszących się do poszczególnych pozycji formularza cenowego załączonego do oferty przystępującego czy szacowania czasochłonności prac danego rodzaju, będzie możliwa do oceny dopiero w konfrontacji z wyjaśnieniami, jakie przedstawi na wezwanie przystępujący. Nie można wykluczyć, że przystępujący złożył wyjaśnienia, które uzasadnią iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Rozstrzyganie w chwili obecnej o tym, czy przystępujący przyjął właściwe założenia i czy zasadne są twierdzenia odwołującego, jakoby cena oferty przystępującego została skalkulowana wadliwie, byłoby przedwczesne.

W zakresie zarzutów dotyczących części II zamówienia odwołujący w pierwszej kolejności zarzucił naruszenie art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MEGA-REM, który złożył wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniające podanej w ofercie ceny i tym samym oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zważywszy jednak na wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MEGA-REM, który złożył wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniające podanej w ofercie ceny i tym

samym ofertą tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jak również, iż Izba nie jest związana wskazaniem przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, należało przyjąć, że w rzeczywistości zarzut dotyczył naruszenia 224 ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Natomiast zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania konieczne jest podkreślenie, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp odnosi zaoferowaną cenę do wartości przedmiotu zamówienia. Zgodnie więc z jego treścią ma to być cena „rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). A zatem za cenę rażąco niską uznac należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową. Z kolei ustalenia, że dana cena nie jest ceną rażąco niską, dokonuje zamawiający, najpierw

poprzez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów, zgodnie z art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, a następnie poprzez już ocenę złożonych wyjaśnień. Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że zamawiający musi obligatoryjnie umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki na które powołuje się wykonawca w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją i mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych, a także na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. (tak: wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 58/22).

Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp w sposób jednoznaczny wskazuje, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.

Podkreślenia wymaga także, że w ramach postępowania odwoławczego Izba 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.

Przede wszystkim Izba wzięła po uwagę analizując treść wezwania, iż jednej strony można by wskazać, iż miało ono charakter standardowego wezwania jakim bardzo często posługują się zamawiający i w dużej mierze zamykało się w zacytowanym fragmencie art. 224 ust. 3 Pzp. Jednakże z drugiej strony zamawiający wskazał, iż złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 224 Pzp, nie powinno sprowadzać się jedynie do przedstawienia Zamawiającemu pisma zatytułowanego „Wyjaśnienia”, ale do przedstawienia merytorycznych informacji w przedmiotowym zakresie, które pozwolą na dokonanie przez Zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny globalnej, w tym poprzez weryfikację cen jednostkowych i kosztów wykonania zamówienia występujących po stronie Wykonawcy.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, iż wyjaśnienia zaprezentowane przez przystępującego są ogólnikowe i nie obalają domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez przystępującego korespondowały z zakresem wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 29 lipca 2024 r. i przystępujący w co najmniej należyty sposób odpowiedział na skierowane

do niego wezwanie. Przystępujący w wystarczający sposób opisał metodę kalkulacji ceny złożonej oferty, a także wskazał na okoliczności, które jego zdaniem mają wpływ na cenę, którą wskazał w ofercie. Przystępujący powołał się na sprzyjające okoliczności realizacji zamówienia, w tym przede wszystkim na to, że posiada własne zaplecze socjalne, warsztatowe, sprzętowe i biurowe w bezpośrednim sąsiedztwie zamawiającego co pozwala na sprawną i efektywną organizację wykonywanych prac oraz możliwość szybkiej reakcji na potrzeby zamówienia, dostosowując ilości pracowników na każdym etapie realizacji prac obniżając tym samym koszty. Przystępujący wskazał, iż obecnie realizując inne liczne umowy serwisowe i kolejną umowę nie wpłynie na zwiększenie kosztów utrzymania pracowników do jej realizacji. Zdaniem Izby te czynniki mogą mieć realny wpływ na obniżenie kosztów realizacji umowy i zaproponowaną ostatecznie cenę.

Nie można również pominąć tego, iż przystępujący do wyjaśnień załączył szczegółową kalkulację gdzie dla każdej pozycji formularza cenowego wskazał koszt robocizny i zysk. Izba nie przychyliła się w tym względzie do argumentacji odwołującego, iż przedstawienie przez przystępującego tej kalkulacji sprowadza się jedynie do rozbicia ceny łącznej na

ceny jednostkowe, a tym samym nie przesadza to o rynkowym charakterze oferty. Przystępujący właśnie tam wskazał zysk i pozycje, które będzie realizował za pomocą podwykonawcy. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, iż posiada korzystną ofertę od podwykonawcy, a zakres prac który zamierza powierzyć podwykonawcy to ponad 80 % wartości oferty. Na potwierdzenie tego złożył ofertę podwykonawcy z wyczeniem poszczególnych pozycji popartych konkretnymi kwotami.

Odwołujący w swej argumentacji wskazywał, iż to wykonawcy samodzielnie określając wysokość wynagrodzenia szacowali tym samym czasochłonność tych świadczeń. Jak sam odwołujący zauważył szacunki co do czasochłonności mogą się różnić u wykonawców. Swoje szacunki odwołujący odniósł do umowy z 2019 r., jednakże to nie uwiarygadnia tego, iż szacunki odwołującego są prawidłowe, a przystępującego w tym względzie niepoprawne. Nie można tracić z pola widzenia tego co zauważył również przystępujący, iż wykonawca dokonując tego rodzaju szacunków przy kalkulacji oferty bardzo często opiera się na własnych doświadczeniach z realizacji z innych umów tego rodzaju. Dlatego też wykonawca bogatszy w doświadczenie, pewne procesy może zminimalizować czy skomasować, uwzględniając inne technologie czy możliwości, tym samym szacunek będzie odmienny względem innego wykonawcy, z zatem może być korzystniejszy przy ofertowaniu w innym przetargu.

Odwołujący w swojej argumentacji dla poz. 39 Formularza cenowego dla części II, gdzie wykonawcy byli zobowiązani do wskazania stawki przerobowej za prace obiektowe, (gdzie zamawiający przewidział dla tej pozycji liczbę szacunkową 1 700 godzin pracy), wskazał, iż przystępujący zaoferował 30 zł netto zaś odwołujący 55 zł netto, tym samym

cena przystępującego jest rażąco niska. Ponadto odwołujący w tym aspekcie odwołał się do stawek minimalnych oraz stawek godzinowych specjalistów z branży energetycznej, publikowanych na stronach internetowych branżowych podmiotów. Izba zauważyła, iż powyższe oznacza, że opracowania te zostały sporządzone w określonych warunkach, z uwzględnieniem określonych założeń, bazując na różnego rodzaju ankietach. W szczególności, odnotowania wymaga, że podane stawki są stawkami rekomendowanymi, ale nie obowiązującymi np. w oparciu o przepisy prawa. Izba nie kwestionuje prawdziwości tak opracowanych danych, ani nie kwestionuje renomy podmiotów je opracowujących. Niewątpliwie tego rodzaju opracowania mogą okazać się przydatne również na gruncie przepisów Pzp, w szczególności na etapie przygotowania postępowania o zamówienie, np. przy oszacowaniu wartości zamówienia. Jednak na gruncie tego postępowania takie okoliczności nie są przedmiotem rozpoznania. W okolicznościach tej sprawy, stan faktyczny przedstawia się w ten sposób, że przystępujący został przez zamawiającego wezwany do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przystępujący udzielił takich wyjaśnień, a zamawiający je ocenił pozytywnie. W tych okolicznościach powoływanie się przez odwołującego na powyższe publikacje, które nie uwzględniają indywidualnej sytuacji danego wykonawcy, który przedstawił określone okoliczności uzasadniające jego cenę, nie może być w ocenie Izby wystarczające. Stąd też powyższe nie mogło przesądzić o uwzględnieniu rozpoznawanego zarzutu.

Mając na uwadze powyższe koniecznym jest uznanie, że odwołujący nie wykazał okoliczności, które wskazywałyby, że zaoferowana przez przystępującego cena jest rażąco niska. W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny, czy też zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bądź też że cena nie budzi wątpliwości, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w niniejszej sprawie rozpoznając zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie

z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu (por. wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 719/22 oraz wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2617/18).

W odniesieniu do zarzutu art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazującego na wadliwy wybór oferty wykonawcy MEGA-REM dla II części zamówienia, która jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegała odrzuceniu w odniesieniu do wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu (doświadczenie) Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

W tym miejscu należy wskazać iż, odrzucenie oferty jest najdotkliwszą sankcją dla wykonawcy. Tym bardziej, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp możliwe jest tylko wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony i uzasadniony, a istnienie jedynie jego podejrzenie jest niewystarczające. Izba wskazuje iż to na odwołujący w takim przypadku ciążył obowiązek wykazania, że oferta przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Swoje stanowisko odwołujący oparł na tym, iż jego zdaniem przystępujący przedstawił zamawiającemu wykaz usług, z którego nie wynika, żeby wymagane doświadczenie zdobył.

Analizując dokumentację postępowania, w której zamawiający wskazał, że: „jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, powinien złożyć wykaz dotyczący

zadań, w których realizacji bezpośrednio uczestniczył”. Przystępujący nie wskazywał na usługi, które wykonywał wspólnie z innymi wykonawcami, dlatego zdaniem Izby przystępujący jest uprawniony do tego, aby powoływać na zdobyte doświadczenie, nawet w sytuacji, gdy część prac w ramach danej usługi realizował przy pomocy podwykonawcy.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał w piśmie procesowym jak również na rozprawie, wyrok TSUE z maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. Izba zauważa, iż wspomniany wyrok dotyczył kwestii konsorcjum i wzajemnego udziału jego członków w wykonywaniu zamówienia publicznego. Trybunał orzekł, że członek konsorcjum nie może powoływać się na doświadczenie przy wykonywaniu określonej części zamówienia, jeżeli wykonywał ją drugi konsorcjant. W rozpatrywanej sprawie ocenie podlega możliwość posługiwania się przez wykonawcę doświadczeniem zdobytym w ramach realizacji zamówienia publicznego w tej części prac, którą wykonawca powierzył podwykonawcom.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż możliwość zatrudnienia podwykonawców jest jednym z podstawowych uprawnień wykonawcy w toku realizacji zamówienia publicznego. Na mocy art. 462 Pzp wykonawca pozostaje w pełni uprawniony do realizowania zamówień publicznych przy ich pomocy. Należy również wskazać iż wykonywanie zamówienia z wykorzystaniem podwykonawców wymaga od generalnego wykonawcy podejmowania określonych działań i nie ogranicza się bynajmniej wyłącznie do zawarcia zobowiązania z takim podmiotem. Wykonawca zatrudnia podwykonawcę na własny koszt i ryzyko, zobowiązany jest więc do kontroli i nadzoru nad wykonywanymi przez niego pracami, w tym do odbioru, a finalnie do zaoferowania tej usługi zamawiającemu jako świadczenia własnego. Podwykonawcy nie należy więc traktować jako odrębnego podmiotu realizującego zamówienie, ponieważ taki przymiot może posiadać wyłącznie wykonawca wybrany w odpowiedniej procedurze wskazanej w ustawie Pzp (tak wyrok KIO z dnia 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 507/23, por. wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2021 sygn. akt KIO 270/21). Odmienne rzecz się ma w przypadku konsorcjum, gdzie członkowie jego odpowiadają solidarnie przed zamawiającym.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że przystępujący jako wykonawca usługi, z którym to zamawiający podpisał umowę na wykonanie zamówienia publicznego, a który część prac realizował za pomocą podwykonawcy – jednak ostatecznie to przystępujący kierował pracami i je organizował, jak również ponosił pełną odpowiedzialność za ich należyte wykonanie - jest uprawniony do tego, aby powoływać się na zdobyte w ramach takiej usługi doświadczenie, nawet w przypadku, gdy część prac realizował przy pomocy podwykonawcy.

Odwołujący jako ewentualny postawił zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i ust. 4 Pzp, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczący części II zamówienia, konsekwencją których byłoby odrzucenie oferty przystępującego. Również i ten zarzut Izba uznała za niezasadny. Zarzut ten został z jednej strony uzasadniony w sposób dość lakoniczny, zaś z drugiej strony odwołujący przywołał po części argumentację przedstawioną dla zarzutu podnoszonego przez odwołującego dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący w swojej argumentacji tak naprawdę wskazał, że nie wiadomo jakie prace wskazywane w wykazie usług mają potwierdzać spełnienie warunku, a ponadto przystępujący nie posiada wymaganego doświadczenia.

W kwestii posiadania przez przystępującego wymaganego doświadczenia właściwa jest argumentacja, o której mowa powyżej w ramach zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp i nie zasadne jest jej powielanie.

Natomiast jeśli zaś chodzi o zarzut odwołującego, iż nie wiadomo jakie prace wskazywane w wykazie usług mają potwierdzać spełnienie warunku, to w pierwszej

kolejności Izba wskazuje, iż wszystkie prace wskazane przez przystępującego w wykazie usług były realizowane na rzecz zamawiającego, który był odbiorcą tych usług i posiadał wiedzę, jakie czynności wchodziły zakres każdej z usług. Zamawiający stawiając warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wymagał wykazania się: „co najmniej jedną usługą polegającą na przeprowadzeniu badań wiroprowadowych skraplaczy i wymienników ciepłowniczych.”

Odwołujący wraz z pism procesowym przekazał oświadczenie podmiotu Conco East Sp. z o.o. z dnia 30 września 2024 r., z którym to oświadczono, że „żadne z poniższych czynności nie wchodzi w zakres badań wiroprowadowych:

- demontaż i montaż włączów rewizyjnych: Kondensatory bloki nr 1 i 2 - DN500, wymienniki ciepłownicze XA, XB bloków nr 1,2,3,4 – DN600, wymienniki woda – woda WW bloków nr3 i 4 – DN 600;
- demontaż i montaż zaworów od DN100 do DN150 na odwodnieniach skraplaczy i wymienników ciepłowniczych;
- demontaż, wymiana oraz montaż płytek protektorowych skraplaczy KO bloki nr 1, 2;”.

Tym samym jest to tylko oświadczenie osoby, która się pod nim podpisała, że w zakres badań wiroprowadowych nie wchodzi powyższe wymienione czynności. Odwołujący stawiając taki zarzut powinien udowodnić, iż w zakres każdej z wymienionych w wykazie usług nie wchodziło przeprowadzenie badań wiroprowadowych skraplaczy i wymienników ciepłowniczych. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który by to potwierdzał i który mógłby w tym zakresie przekonać skład orzekający. W związku z tym, iż okoliczność tak nie została udowodniona zarzut ten podlegał również oddaleniu. Izba doszła do przekonania, iż przystępujący wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, a złożone przez niego podmiotowe środki dowodowe to potwierdzają. Tym samym zamawiający nie naruszył art. 128 ust. 1 i ust. 4 Pzp,

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W związku z tym, że Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, a stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/2 do 1/2 to Izba kosztami postępowania obciążyła zamawiającego i odwołującego w częściach równych. Na koszty postępowania odwoławczego składały się: wpis uiszczony przez odwołującego (15 000,00 zł) oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika przez zamawiającego (3 600,00 zł). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 700, 00 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi

dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: