

Sygn. akt: KIO 530/24

Sygn. akt: KIO 535/24

WYROK

Warszawa, dnia 5 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2024 r. przez wykonawców:

A.B.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Elektroinstalacje APS GAZ Sensor, ul. Korzeniowskiego 19/21/18a, 80-508 Gdańsk (KIO 530/24),

B.J.T.C. S.A., ul. Siemońska 25, 42-500 Będzin (KIO 535/24),

w postępowaniu prowadzonym przez: **PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 530/24 i KIO 535/24: wykonawcy **EFA Elektromont sp. z o.o., ul. Podmiejska 81A, 44-207 Rybnik,**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 535/24: wykonawcy **B.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Elektroinstalacje APS GAZ Sensor, ul. Korzeniowskiego 19/21/18a, 80-508 Gdańsk,**

orzeka:

KIO 530/24

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy EFA Elektromont sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. **oddala odwołanie** w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 1/3 oraz odwołującego w części 2/3, i:
 - 3.1. 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 518 zł 00 gr (słownie: pięćset osiemnaście złotych zero groszy) tytułem dojazdu pełnomocnika odwołującego na rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3 973 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt trzy złote zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

KIO 535/24

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy EFA Elektromont sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, 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 zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania poniesionych przez odwołującego.

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 530/24

Sygn. akt: KIO 535/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – PGE Energia Ciepła S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Konserwacje, remonty bieżące i awaryjne oraz usługi

utrzymania ruchu urządzeń i instalacji AKPIA w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże", numer referencyjny POST/PEC/ PEC/UZS/00775/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Ur Europejskiej w dniu 12.09.2023 r., nr 2023/S 175-547893.

W dniu 19.02.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania dwóch wykonawców:

A.B.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Elektroinstalacje APS GAZ Sensor, ul. Korzeniowskiego 19/21/18a, 80-508 Gdańsk (dalej: „O.B.”) - KIO 530/24,

B.J.T.C. S.A., ul. Siemońska 25, 42-500 Będzin (dalej: „Odwołujący JTC”) - KIO 535/24.

O.B. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 224 ust. 1, 2 i 6 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę EFA Elektromonti zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo iż nie złożył on wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ustawy Pzp, a w konsekwencji cena jego oferty jest ceną rażąco niską,
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę, pomimo iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk polegającym na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia, co również stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także stanowi naruszenie interesu innych wykonawców oraz Zamawiającego,
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania,
- 4)art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez brak odrzucenia oferty ww. wykonawcy pomimo zaistnienia okoliczności, wskutek których jego oferta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, z uwagi na rażąco niską cenę i niezgodność z warunkami zamówienia.

W szczególności O.B. podniósł, co następuje.

„2) Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1, 2 i 6 pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp (...).

(...) 10. Zamawiający sformułował ponadto wymóg, aby Wykonawca udzielił stosownych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, sposobu jej skalkulowania i podanie obiektywnych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę, w szczególności poprzez wskazanie składników cenotwórczych (np.: stawki za robociznogodzinę, koszty materiałów, sprzętu, zysk, nakłady rzeczowe i Inne elementy, które uwzględnił w swoich wyliczeniach), w oparciu o które Wykonawca przygotował ofertę. Wykonawca został zobowiązany, aby wskazać składniki cenotwórcze i podać ich wysokość, tak by po ich zsumowaniu Zamawiający posiadał wiedzę, co Wykonawca uwzględnił - w kwotach, które znajdują się w formularzu cenowym. Twierdzenia powinny zostać poparte dowodami. Przedstawiona kalkulacja powinna wykazać, że użyte rozwiązania, technologie i materiały uwzględniają wszystkie wymagania Zamawiającego. Należy wskazać realny i rynkowy poziom źródeł kosztów w postaci na przykład ofert materiałowych oraz inne czynniki mające wpływ na optymalizację kosztów.

11. W odpowiedzi Wykonawca wskazał, że realizuje porównywalne zadania na innych obiektach, z czego — w sposób całkowicie gołosłowny — wywiódł, że optymalizuje koszty poprzez redukcję czasu pracy. Wskazania jednak wymaga, że legitymowanie się stosownym doświadczeniem stanowiło warunek konieczny udziału w przetargu. Wykonawca nie dysponował zatem przez to żadną przewagą konkurencyjną. Przeciwnie, potwierdził on, że nie realizował on przedmiotowych usług na obiektach EC Gdynia i Gdańsk i zna je jedynie z uwagi na wykonywanie tam umowy w innym zakresie. Z tego faktu również wywodził pewne oszczędności, niemniej jednak nie przedstawił żadnej ich kalkulacji. Zauważyć w tym miejscu należy, że umowa, na którą powołuje się Wykonawca, zawarta 11.05.2023 r. na okres 48 miesięcy. Ewentualne oszczędności nie będą zatem dostępne dla Wykonawcy przez cały okres realizacji umowy w mniejszym postępowaniu. Wskazuję przy tym, że są to okoliczności znane Zamawiającemu z urzędu, w związku z tym informacja na ten temat nie miała dla niego żadnej wartości. (...)

12. Odnosząc się do obowiązku przedstawienia szczegółowej kalkulacji składników cenotwórczych, Wykonawca wskazał, że na stawkę rbg 60 zł netto składają się płace pracownicze, koszty pośrednie, prace biura, narzędzia, wynajmy, nadzór BHP, drobne materiały pomocnicze i inne koszty. Nie dość, że nie przypisał żadnych konkretnych wartości do ww. kategorii, to w sposób milczący przyznał, że przytoczona powyżej stawka nie obejmuje zysku. Odwołujący kwestionuje przedmiotową stawkę jako nierealną. Ponadto Zamawiający musi mieć świadomość, że tego rodzaju koszty mogą jedynie rosnąć.

13. Wbrew zobowiązaniu Zamawiającego do przedstawienia dowodów, Wykonawca odmówił ich okazania, wskazując, że stanowią one tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Tym samym nie wykonał treści wezwana, co samoistnie powinno przesądzać o konieczności odrzucenia jego oferty z racji nieprzełamania domniemania rażąco niskiej ceny. Samo tłumaczenie jest tyleż zaskakujące, że Wykonawca miał przecież możliwość zastrzeżenia wyjaśnień i zabezpieczenia w

ten sposób chronionych informacji przed podmiotami konkurencyjnymi.

14. Wyjaśnienia Wykonawcy nie obejmują żadnych informacji dot. realnego i rynkowego poziomu kosztów. Wskazanie, że bazuje on na płacy minimalnej, nie czyni zadość wymogowi Zamawiającego. Mając zaś na uwadze przedmiot zamówienia, konieczność zaangażowania wykwalifikowanych pracowników i obowiązujące stawki rynkowe, wyjaśnienie to nosi znamiona całkowicie niewiarygodnego.

15. Przedłożona przez Wykonawcę tabela stanowi zaś jedynie dowód tego, że nie zna on ani faktycznych, ani formalnych aspektów i wymogów realizacji prac, o powierzenie których się ubiega. Poszczególne wartości czasowe wykonania poszczególnych zadań są znacząco zaniżone, a oparte na nich iloczyny nie opiewają — siłą rzeczy — na rzetelnie ustalone koszty.

16. Samo założenie Wykonawcy, że dane działania realizować będzie jedna lub dwie osoby, oznacza, że nie zna on zasad pracy na obiektach EC Gdynia i Gdańsk. Zgodnie z wymogami zamawiającego prace remontowe na terenie EC muszą być wykonywane wyłącznie na polecenie pisemne przez minimum 2 osoby. Na czas wykonania składają się zaś: otwarcie polecenia (minimum 15 min), przejście na stanowisko pracy (od 10 -15 min), przygotowanie stanowiska pracy (5-10 min), wykonanie usługi (tu wartości są różne), likwidacja stanowiska pracy (5- 10 min), zamknięcie polecenia (minimum 10 min). (...)

17. Kalkulacja Wykonawcy w żaden sposób nie bierze pod uwagę nieuchronnych kosztów pracy, tj. wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych, jak również kosztów zabezpieczenia niezbędnej obsady kadrowej. Zgodnie z projektem umowy, wykonawca jest zobowiązany świadczyć usługi w trybie 24/7, co wymaga zaangażowania znaczących zasobów ludzkich. Szerzej na ten temat Odwołujący wypowie się w ramach omówienia zarzutu nr 3 odwołania. W tym miejscu ograniczy się on do wskazania, że brak wyjaśnień w tym zakresie stanowi niewykonanie wezwania Zamawiającego w zakresie, w jakim zobligował on Wykonawcę do wyjaśnienia zgodności z przepisami dot. kosztów pracy.

18. Otrzymałszy wskazane powyżej wyjaśnienia, Zamawiający miał, teoretycznie rzecz biorąc, 3 możliwości dalszego działania. Po pierwsze, mógł je uznać (w kontekście ich treści, jak również wiedzy, jaką dysponował z urzędu) za wystarczające. Po drugie mógł stwierdzić, że wyjaśnienia nie uzasadniają ceny oferty, co skutkowałoby jej odrzuceniem. W ostateczności Zamawiający miał możliwość zwrócenia się o sprecyzowanie wyjaśnień.

19. Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający mógł i powinien poprzestać na wezwaniu do jednokrotnego wyjaśnienia i skonfrontowany z nim — ofertę odrzucić. Mając bowiem na uwadze treść wezwania, wyjaśnień i wiedzę, jaką dysponował Zamawiający, nie miał on innej możliwości poza negatywną weryfikacją ceny oferty. (...)

20. Zestawiając treść wezwania i wyjaśnień Wykonawcy, stwierdzić należy, że Wykonawca nie przedstawił informacji, jakich Zamawiający wprost od niego żądał. Po drugie, jego pismo ma, wbrew wymogowi Zamawiającego, charakter ogólny i ogólny. Po trzecie, kolejny raz wbrew jednoznaczному wymogowi Zamawiającego, nie załączono do niego żadnych dowodów. Innymi słowy, Zamawiający zapoznawszy się z treścią wyjaśnień, nie miał żadnej przesłanki, która mogłaby obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, ewentualnie jego wątpliwości co do oferty Wykonawcy. Przeciwnie winien on utwierdzić się w przekonaniu rażąco niskiego charakteru propozycji Wykonawcy. (...)

3) Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”) i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk (...).

23. Przywołując w tym miejscu tezy i twierdzenia zaprezentowane w punkcie 2) odwołania, podkreślenia wymaga, że oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza winna być traktowana w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji. (...) Jak zostało wykazane w ramach niniejszego odwołania, zarówno globalna cena za wykonanie przedmiotu zamówienia, jak również ceny jednostkowe przedmiotowej oferty w żaden sposób nie przystają do realiów rynkowych i uniemożliwiają osiągnięcie zysku. W związku z tym odwołujący ma uzasadnione podstawy, by twierdzić, że zaoferowana cena ma charakter dumpingowy, a oferta powinna być odrzucona.

4) Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp (punkt 3 petitum).

24. Przytaczając w tym miejscu argumenty wskazane w punkcie 17 odwołania, stwierdzić należy, iż Wykonawca przyznał, iż nie będzie realizował oferty zgodnie z wymogami SWZ. Jego oferta opiera się bowiem na niedopuszczalnym założeniu, zgodnie z którym będzie on realizować zlecenie mu usługi siłami jednego lub dwóch pracowników, pomimo iż niezbędnym minimum jest praca w zespole dwuosobowym.

25. Zasadny jest ponadto zarzut, że Wykonawca nie zamierza zapewnić wymaganej przez Zamawiającego obsługi kadrowej. Oznacza to, że: 1) zamierza realizować umowę niezgodnie z obowiązującymi w EC wymogami bezpieczeństwa, tj. jednoosobowo albo 2) umowa będzie realizowana w zespołach dwuosobowych, niemniej jednak z naruszeniem art. 132 kodeksu pracy, tj. minimalnego odpoczynku dobowego pracowników. Podkreślić w tym miejscu należy, że Zamawiający sformułował w stosunku do Wykonawców wymóg zatrudnienia osób realizujących zamówienie w oparciu o umowę o pracę (punkt 5.1.22 projektu umowy i punkt 4.4. SWZ). (...)

W związku z tym O.B. wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania,
- 4) odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako zawierającej cenę rażąco niską, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji i niezgodnej z SWZ.

Odwołujący JTC zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty wykonawcy EFA Elektromont sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie sprostął ciężarowi dowodu i nie wykazał, że jego oferta takiej ceny nie zawiera, czemu nie sprzeciwił się z kolei Zamawiający oceniając wyjaśnienia, nie dostrzegając nieuprawnionych działań wykonawcy polegających na nieujawnianiu elementów składowych ceny, powoływaniu się przy tym na tajemnicę przedsiębiorstwa bez stosownego uzasadnienia i wykazania powyższego, wprowadzaniu rozbieżności w samych wyjaśnieniach jak i rozbieżności z pierwotnie złożonymi z ofertą dokumentami,
- 2) art. 16 ustawy w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości, poprzez wybór oferty EFA Elektromont sp. z o.o., która winna podlegać odrzuceniu albowiem zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych i narusza interes Odwołującego poprzez pozbawienie możliwości pozyskania zamówienia publicznego, a wybrany oferent oferuje wykonanie przedmiotu umowy, w tym świadczenie usług i dostawę towarów poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia, a przez to wybór jego oferty narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
- 3) oraz innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i innych przepisów powszechnie obowiązujących ewentualnie wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

W szczególności Odwołujący JTC podniósł, co następuje.

„(...) Wykonawca złożył ogólne wyjaśnienia opierające się jedynie na stwierdzeniu, że zaoferowana cena (jej poszczególne składniki) jest odwzorowaniem istniejącego stanu Spółki, dorobku zawodowego, wysokości płacy minimalnej i doświadczenia pozwalającego na optymalizację kosztów. Co prawda, Wykonawca uzupełnił przedłożoną przez Zamawiającego tabelę wraz z dodaniem do niej wyliczeń tworząc tym samym wrażenie ostatecznej szczegółowości i konkretności swoich wyjaśnień, jednakże pominął wcześniejsze, a podane przez siebie nieścisłości, niejasności i niedopowiedzenia.

Po pierwsze bowiem Wykonawca wskazuje na optymalizację kosztów poprzez redukcję czasu pracy wymaganego do wykonania zadania oraz zwiększenie jej efektywności, co ma finalnie przekładać się na skrócenie czasu wykonywania danej czynności – nie wiadomo jednak jakie koszty w tym wypadku mają ulegać redukcji, tym bardziej biorąc pod uwagę rodzaj usług, tj. bieżące i awaryjne utrzymanie, mające wszak gwarantować gotowość do świadczenia usługi nieprzerwanie, w tym według potrzeby. Wykonawca wskazuje tu również, że ma „opracowany system czasochłonności dla każdego zakresu”, jednakże żadnego opracowania tego systemu nie przedstawia, nie precyzuje przy tym co jest podstawą, „motorem” tego systemu, jak on działa chociażby na wybranym, fragmentarycznym zakresie. Z pewnością powyższego systemu nie sposób „odtworzyć” na podstawie tylko uzupełnionej tabeli, w której podane są ostateczne wartości, w tym właśnie podany czas poszczególnych zadań, który na podstawie tego systemu miałby zostać ustalony. Zauważyć też należy, że – odnosząc się do rzekomej optymalizacji czasu lub kosztów Wykonawcy EFA ELEKTROMONT sp. z o.o. - nie sposób ustalić niedookreślonej kategorii „Spraw organizacyjnych związanych z miejscem pracy oraz poleceniem (rbg)” w kolumnie nr 7, którym czasowo, w każdej pozycji Wykonawca przypisał 2 rbg nie wyjaśniając przy tym czytelniej, jaśniej, z czego (ilość spraw, czynności jakich rodzajowo poza wystawieniem protokołu co ma mieć przypisany odrębny czas) powyższe wynika.

Po drugie, według Wykonawcy czynnikiem obniżającym jego stawkę miałby być wspólny warsztat, biura oraz pomieszczenia socjalne dla pracowników ze względu na fakt realizacji umowy utrzymaniowej dla zakresu elektrycznego na tym samym obiekcie, co jednocześnie ma znacznie redukować miesięczne koszty wynajmu. Pomimo jednak takiego wskazania Wykonawca w żaden sposób nie precyzuje o jakim wspólnym warsztacie jest tu mowa, tym bardziej że w dalszej części podaje, iż stawką 60 zł netto objął również narzędzia. Z drugiej strony, wykorzystywanie takiego wspólnego warsztatu dla jednoczesnej realizacji dwóch różnych umów jest wątpliwe, a nade wszystko niemożliwe ze względu na specyfikę zadań/czynności w ramach umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania POST/PEC/PEC/UZS/00775/2023. Przedmiotem tych zadań jest bieżące i awaryjne utrzymanie gotowości do czynności serwisowych i konserwacyjnych i tu właśnie wymagana gotowość świadczenia usługi w każdym momencie winna decydować o tym, że rzeczony wspólny warsztat zagraża należytemu wykonaniu umowy, tym bardziej, że jednocześnie nie zostało wyjaśnione co Wykonawca rozumie przez wspólny warsztat, czy tylko narzędzia, czy może tym wspólnym

warsztatem objęci są również pracownicy. Tymczasem należy przy tym zauważyć, że w Załączniku nr 11 do SWZ – Formularz cenowy w formacie xlsx, pod każdą tabelą Zamawiający wskazał UWAGĘdot. konieczności uwzględnienia składników cen jednostkowych podając w odniesieniu do każdej tabeli (2a, 2b, 2c, 2d, 3) iż „w w/w cenach jednostkowych Wykonawca uwzględni wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty dojazdu, koszty noclegu, koszty materiałów pomocniczych (opaski zaciskowe, płyny czyszczące, itp.) oraz koszty utrzymania gotowości serwisowej. Stąd, jakkolwiek rozumieć pojęcie wspólnego warsztatu (pod względem także osobowym czy także sprzętowym), jest on w zasadzie niedopuszczalny.

Co również ważne, w zakresie w/w współczynników obniżających, tj. wspólny warsztat, biura oraz pomieszczenia socjalne dla pracowników, Wykonawca nie podaje jakichkolwiek wartości, o które to obniżenie nastąpiło. A z drugiej strony, brak jest jakiegokolwiek informacji, czy w/w koszty, na jakie w szczególności zwracał uwagę Zamawiający, zostały przez Wykonawcę EFA ELEKTROMONT sp. z o.o. uwzględnione a jeśli tak to w jakiej proporcji, zakresie.

Po trzecie Wykonawca EFA ELEKTROMONT sp. z o.o. wyjaśnia, że przyjął stawkę 60 zł netto, która ma być ostatecznie stawką za roboczogodzinę - co można wywnioskować dalej z treści tabeli 2b (tabela dołączona do odpowiedzi na wezwania w przedmiocie rażąco niskiej ceny), choć tu sama treść wyjaśnień może temu zaprzeczać, a w każdym razie wyrażnie tego nie eksplikuje, albowiem Wykonawca szeroko przy tym podaje, że stawka obejmuje: płace pracownicze, koszty pośrednie firmy, prace biura, nadzór BHP, wynajem, narzędzia, drobne materiały pomocnicze i dodatkowe koszty nie przewidziane powyżej. Tym niemniej, co jest tu istotne, Wykonawca nie ujawnia dokładnych wartości składników budujących rzeczoną stawkę z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Taki zabieg Wykonawcy jest wątpliwy i ponad wszelką wątpliwość niezgodny z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem: Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Mając powyższy przepis na względzie, nie jest wykluczone zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa także w ramach składania wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i w odniesieniu do tych wyjaśnień w ściśle określonym zakresie, co do którego Wykonawca zastrzeże tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być jednak ogólne czy oparte lub polegające na powoływaniu doktryny czy orzecznictwa z obszaru przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (...)

Tymczasem w niniejszej sprawie nie dość, że Wykonawca EFA ELEKTROMONT sp. z o.o. uznając arbitralnie, że skorec coś stanowi jego tajemnicę to w ogóle, nawet wobec Zamawiającego tego nie ujawni, to także nie wskazał, z jakich powodów powołuje się w tym wypadku na rzeczoną tajemnicę. Taki zaś sposób utajnienia części składowych stawki musiał uniemożliwić Zamawiającemu dokonanie oceny prawidłowości przeprowadzonej przez Wykonawcę kalkulacji, choć ostatecznie okoliczność utajnienia nie została przez Zamawiającego zakwestionowana. Na marginesie należy jednak wskazać, że nawet gdyby działając w zgodzie z przepisami ustawy PZP, w szczególności art. 18 ust. 3, Zamawiający sprzeciwił się powyższemu wskazując, że takie zastrzeżenie jest nieskuteczne, nie mógłby ponownie wezwać Wykonawcę EFA ELEKTROMONT sp. z o.o. do uzupełnienia jego uprzednio złożonych wyjaśnieńa jedynym możliwym i prawidłowym działaniem winno być odrzucenie oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZPw związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP - skierowanie bowiem powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości, co w wypadku Zamawiającego w niniejszej sprawie i Wykonawcy EFA ELEKTROMONT sp. z o.o. nie miało miejsca z uwagi na nierzetelne wyjaśnienia w tym przedmiocie od początku.

Podnieść dalej też należy, że Wykonawca EFA ELEKTROMONT sp. z o.o. w samych wyjaśnieniach jest niespójny, niekonsekwentny. Wskazuje bowiem, że – pomimo utajnienia wartości/poziomu składników podanej przez siebie stawki – w jej skład (w skład kwoty 60 zł netto) wchodzi drobne materiały pomocnicze i dodatkowe koszty nieprzewidziane powyżej, gdy tymczasem z tabeli dołączonej do odpowiedzi na wezwania w przedmiocie rażąco niskiej ceny rozwija kolumnę 8 nazwaną „Materiały pomocnicze związane z wykonaniem czynności (PLN)”, która to kolumna w Cenie jednostkowej netto ($K10 \times \text{stawka} + K8 + K9$) (PLN) (Kolumna 12) jest odrębną (odrębnie dodawaną) pozycją, tj. poza stawką 60 zł netto. Jednocześnie Wykonawca w żadnym fragmencie wyjaśnień nie precyzuje, co rozumie lub raczej jak rozdziela drobne materiały pomocnicze mające budować stawkę 60 zł netto, a materiały pomocnicze związane z wykonaniem czynności. Dodatkowo wskazać przy tym należy, że same wartości materiałów dodatkowych z kolumny K8 wskazanych w tabeli dołączonej do odpowiedzi na wezwania w przedmiocie rażąco niskiej ceny są zaniżone, a przez to nierealne, tym bardziej mając na względzie to, jakiego rodzaju materiałów żąda w tym zakresie Zamawiający w postaci między innymi opasek zaciskowych, płynów czyszczących, zatem przedmiotów/materiałów zużywalnych na bieżąco i koniecznych do ciągłego serwisowania – a brak w tym zakresie szczegółowych wyjaśnień Wykonawcy, tj. z jakiego

powodu szacuje tego rodzaju koszty tylko na poziomie 5 zł.

Jednak co w kontekście powyższego, tj. podania stawki 60 zł netto najbardziej budzi zastrzeżenia i potęguje czy raczej po prostu świadczy o braku należytej ze strony Zamawiającego oceny wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny to fakt, iż w dokumentach dołączonych do oferty, tj. w formularzu cenowym – tabeli 3 („Pozostałe składniki”) Wykonawca wskazuje stawkę roboczogodziny 100 zł jako stawka przerobowa roboczogodziny dla jednego pracownika – usuwanie usterek, awarii, kalibracja i sprawdzenie aparatury, co wszak stanowi w większości przedmiot czynności z tabeli 2b. Stawka 60 zł ma dotyczyć zaś, zgodnie z pierwotnie złożoną do oferty w ramach formularza cenowego tabelą 3, prac pomocniczych czy prac rusztowaniowych – choć Odwołujący podnosi, że w przypadku prac rusztaniowych jak i stawki 70 zł Wykonawcy EFA ELEKTROMONT Spz o.o. zaoferowanej przy robotach spawalniczych, z uwagi na specyfikę tychże robót i warunki rynku, są to stawki nierealne, nierzeczywiste i przy ich stosowaniu przez Wykonawcę nie będzie on w stanie pokryć co najmniej wszystkich powstałych po swojej stronie kosztów, a w taki właśnie sposób powinna zostać skalkulowana cena. Tu pomocniczo winno zostać wykorzystane porównanie stawek z innymi oferentami w tym postępowaniu, zwłaszcza stawek Odwołującego, który przy czynnościach serwisowych przyjął realną i znajdującą pokrycie w kosztach z uwzględnieniem zysku, stawkę na poziomie 110 zł, przy pracach spawalniczych 125 zł, zaś rusztowaniowych 120 zł. Wszak w takich sytuacjach Wykonawca powinien wykazać, że przychody, jakie spodziewa się osiągnąć z tytułu realizacji zamówienia co najmniej w całości pokryją koszty związane z jego realizacją. W każdym razie rzeczony rozbieżności Wykonawca sam nie wyjaśnia, zaś Zamawiający zdaje się jej nie zauważać, skoro bezrefleksyjnie dokonuje wyboru oferty Wykonawcy EFA ELEKTROMONT sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. (...)

Z powyższego jednoznacznie wynika, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący, korespondujący z dotychczasowymi oświadczeniami, nie czyniły zadość wymaganiom Zamawiającego wskazanym w treści wezwania, w szczególności w zakresie przedstawienia szczegółowych wyliczeń, wyjaśnień oraz złożenia dowodów, wprowadziły zaś dodatkowe rozbieżności i niejasności same w sobie, a w konsekwencji i ostatecznie ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z uchybieniem należytej staranności. Nadto, wyjaśnienia Wykonawcy EFA ELEKTROMONT sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku pomijają wskazanie i wykazanie elementów, o które pytał Zamawiający. (...)

Co prawda Wykonawca EFA ELEKTROMONT sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku w swoich wyjaśnieniach oświadczył, iż przy wycenie kosztów pracowniczych na dzień składania oferty bazował na podstawie wyliczeń dot. kosztów płacy minimalnej, jednakże nie sposób tego sprawdzić, wyliczyć a tym bardziej ocenić, skoro Wykonawca samodzielnie utajnił nawet wobec Zamawiającego poszczególne a przy tym liczne składniki budujące wszak przyjętą przez Wykonawcę stawkę w wysokości 60,00 zł netto. Na tej zaś podstawie nie sposób przyjąć, że co najmniej minimalna stawka godzinowa/minimalne wynagrodzenie wraz z kosztami pracodawcy w wysokości około 20 % została zachowana, skoro w stawce 60 zł zawarte są także inne koszty. Nie jest przy tym jasne, co wykonawca rozumie przez płace pracownicze, tj. czy wliczone mają tu być narzuty podstawowe, uzupełniające (np. koszty badań), lub także inne koszty bądź nie, itp., czym są koszty pośrednie firmy. Tym bardziej jest to wątpliwe mając na względzie zawarte przy tabeli 2b do wyjaśnień Wykonawcy, jego wskazanie o czasie poświęconym na wykonanie czynności przez brygadę 1-2 osobową. Nie sposób też ustalić, czy Wykonawca skalkulował, ewentualnie czy prawidłowo skalkulował w podanej przez niego w wyjaśnieniach stawce 60 zł netto ryzyka wzrostu płacy i stawki minimalnej mając na względzie zakładany okres realizacji umowy (4 lata) i opublikowane już w terminie składania ofert rozporządzenie z dnia 14 września 2023 r. Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. z 2023 r., poz. 1893) przewidujące wysokość tej płacy i stawki w 2024 r. (z dwoma wartościami od 01 stycznia 2024 r. i od 01 lipca 2024 r.), jak też konieczność wykonywania czynności przez dwie osoby w asekuracji w związku z art. 225 Kodeksu pracy i rozporządzeniem z dnia 28 sierpnia 2019 r. Ministra Energii w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy urządzeniach energetycznych (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1210), które taki sposób pracy przewiduje dla zakresu wskazanego w § 27 ust. 2 i 3 w związku z § 27 ust. 4 w związku z § 2 pkt. 12, pokrywającego się wszak z przedmiotem niniejszego postępowania (...).

Dodatkowo przypomnieć przy tym należy, że w przypadku czynności montażowych, elektrycznych i serwisowych AKPiA Zamawiający wymagał zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę (art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy). Istotne jest przy tym, że badanie na okoliczność ustalenia, czy wykonawca uwzględnił w cenie oferty koszty minimalnego wynagrodzenia powinno opierać się na dowodach, nie zaś na deklaracjach wykonawcy. (...)

W odniesieniu zaś do tej części wezwania Zamawiającego, Wykonawca EFA ELEKTROMONT sp. z o.o. w ogóle nie podjął się szczegółowych wyjaśnień. Przede wszystkim bowiem, nie wskazał, na jakim poziomie przychód, zysk planuje uzyskać. W żadnym fragmencie wyjaśnień informacja w powyższym przedmiocie się nie pojawia. W tym kontekście, obojętne pozostają dowody złożone przez Wykonawcę, a mające potwierdzać jego doświadczenie, tj. załącznik nr 5 do SWZ, załącznik nr 8.2 – końcowy protokół odbioru prac dot. zamówienia 3310078391/4800000316 (PGE Toruń S.A.) i załącznik nr 8.3 – protokół odbioru częściowego prac zamówienia nr umowy/zamówienia POST/GEK/GEK/PMR

ELR/02626/2020/3310081994 w PGE GIEK S.A. Oddział EI. Rybnik. Co prawda, zdaniem Wykonawcy są one wyrazem skutecznego i terminowego wykonywania tych samych lub podobnych zakresowo czynności, co miało pozwolić na optymalizację kosztów w niniejszym postępowaniu – jednak w sytuacji braku podania przez Wykonawcę mechanizmu tej optymalizacji (opracowanego systemu optymalizacji – o czym pisał sam Wykonawca), tego rodzaju dowody nie są przydatne do oceny treści oferty pod kątem wiarygodności zaoferowanej ceny. (...)”

W związku z tym Odwołujący JTC wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty EFA Elektromont jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy EFA Elektromont sp. z o.o.

Pismem z dnia 23.02.2024 r. wykonawca EFA Elektromont sp. z o.o., ul. Podmiejska 81A, 44-207 Rybnik (dalej: „Przystępujący EFA Elektromont”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 530/24 i KIO 535/24 po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 26.02.2024 r. wykonawca B.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Elektroinstalacje APS GAZ Sensor, ul. Korzeniowskiego 19/21/18a, 80-508 Gdańsk zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 535/24 po stronie Odwołującego. Izba stwierdziła, że przystąpienia obu wykonawców zostały dokonane skutecznie.

Pismami z dnia 01.03.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania, w których wniósł o ich oddalenie. Pismami z dnia 01.03.2024 r. również Przystępujący EFA Elektromont odniósł się do argumentacji obu Odwołujących. Pismem z dnia 03.03.2024 r. O.B. przedstawił dodatkową argumentację.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są konserwacje, remonty bieżące i awaryjne oraz usługi utrzymania ruchu urządzeń i instalacji AKPIA w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże.

Wartość szacunkowa zamówienia wyniosła 6.000.000,00 zł netto, czyli 7.380.000,00 zł brutto, zaś średnia arytmetyczna ofert wyniosła 10.102.006,20 zł brutto. Przystępujący EFA Elektromont złożył ofertę z ceną 4.522.371,75 zł brutto, co oznacza, że cena jego oferty jest niższa o ok. 39% od wartości szacunkowej powiększonej o VAT oraz o ok. 55% od średniej arytmetycznej ofert.

Pismem z dnia 14.12.2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust.1, ust. 2 pkt 1 i ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego EFA Elektromont do złożenia wyjaśnień przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający przytoczył art. 224 ust. 3 ustawy Pzp i dodał m.in.: „Wykonawca powinien udzielić stosownych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, sposobu jej skalkulowania i podanie obiektywnych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę, w szczególności poprzez wskazanie składników cenotwórczych (np.: stawki za robociznogodzinę, koszty materiałów, sprzętu, zysk, nakłady rzeczowe i inne elementy, które uwzględnił w swoich wyliczeniach), w oparciu o które Wykonawca przygotował Ofertę. Należy wskazać składniki cenotwórcze i podać ich wysokość, tak by po ich zsumowaniu Zamawiający posiadał wiedzę co Wykonawca uwzględnił w kwotach, które znajdują się w formularzu cenowym. Twierdzenia powinny zostać poparte dowodami. Przedstawiona kalkulacja powinna wykazać, że użyte rozwiązania, technologie i materiały uwzględniają wszystkie wymagania Zamawiającego. Należy wskazać realny i rynkowy poziom źródeł kosztów w postaci na przykład ofert materiałowych oraz inne czynniki mające wpływ na optymalizację kosztów. Wyjaśnienia muszą być nie tylko konkretne i precyzyjne, ale mieć charakter weryfikowalny, zawierać nie tylko obliczenia”.

Pismem z dnia 08.01.2024 r. Przystępujący EFA Elektromont złożył wyjaśnienia.

Pismem z dnia 07.02.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego EFA Elektromont.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należyty 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;
 - 2) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że jak podnoszono już w orzecznictwie KIO, w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp ustawodawca wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od charakteru przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację usług/robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk, jak też powinien wyjaśnić, dlaczego te koszty przyjął w takiej a nie innej wysokości i jaki ma to wpływ na cenę jego oferty. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo: oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem, dowody rejestracyjne posiadanych pojazdów, dowody zakupu własnych maszyn, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk. Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

Kolejną kwestią, która wymaga wyjaśnienia w przedmiotowej sprawie, jest podnoszona przez Zamawiającego i Przystępującego EFA Elektromont kwestia wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Po pierwsze, faktem jest, że wysoka cena oferty Odwołującego B.K. podniosła średnią arytmetyczną ofert w tym postępowaniu, ale należy zauważyć, że oferta Przystępującego EFA Elektromont była też niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, a ponadto byłaby niższa o ok. 37% nawet od średniej arytmetycznej ofert liczonej bez oferty Odwołującego B.K.. Tym samym nie można uznać, że powodem wezwania Przystępującego EFA Elektromont do złożenia wyjaśnień jest wyłącznie wysoka cena oferty Odwołującego B.K..

Po drugie, jeżeli jednak Przystępujący EFA Elektromont uważał wezwanie z dnia 14.12.2023 r. za niezasadne, powinien był wnieść odwołanie na czynność wezwania go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przystępujący nie zakwestionował jednak powyższego wezwania, co oznacza, że na obecnym etapie postępowania zobowiązany jest złożyć stosowne wyjaśnienia.

Po trzecie, należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w piśmie z dnia 14.12.2023 r. nie tylko przytoczył treść art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, ale też wymienił koszty, których wyjaśnienia szczególnie oczekiwał (stawki za robociznogodzinę, koszty materiałów, sprzętu, zysk, nakłady rzeczowe i inne elementy uwzględnione w wyliczeniach) i żądał podania składników cenotwórczych i ich wysokości, a także podkreślił, że wyjaśnienia nie mogą być ogólne (m.in.: „Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego, a w ramach składanych wyjaśnień Wykonawca powinien przedkładać dowody, które uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia”). Nie można zatem twierdzić, że wezwanie Zamawiającego było ogólne, ale nawet gdyby takie było, czyli ograniczało się do przytoczenia art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, to i tak nie zwalniałoby to wykonawcy z obowiązku złożenia wyjaśnień, które będą potwierdzać realność ceny jego oferty. Wykonawca oczywiście nie miałby w takim wypadku podstaw do tego, by domyślać się, jakie konkretne czynniki wzbudziły wątpliwości zamawiającego i dlatego jego wyjaśnienia mogłyby się do tych akurat czynników nie odnosić, skoro zamawiający ich nie sprecyzował. Niemniej jednak, w przypadku takiego ogólnego wezwania wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w takim zakresie, jaki został wskazany w wezwaniu i jaki dodatkowo sam uznaje za istotny dla wyliczenia ceny oferty i w tym zakresie wyjaśnienia te powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Innymi słowy: nawet jeśli zamawiający w wezwaniu nie sprecyzuje kwestii wymagających wyjaśnień i wykonawca sam będzie musiał zdecydować, które okoliczności wpływają na sposób wyliczenia ceny jego oferty w takim stopniu, że powinny zostać wyjaśnione, to w zakresie tych właśnie okoliczności jego wyjaśnienia powinny być szczegółowe, rzetelne, spójne oraz poparte dowodami. Jeżeli po uzyskaniu takich wyjaśnień zamawiający uzna, że jakaś kwestia w dalszym ciągu wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, powinien wezwać wykonawcę do sprecyzowania lub uzupełnienia tej właśnie kwestii. Jeżeli natomiast wyjaśnienia są ogólne, niespójne, nie dające obrazu, skąd wzięła się taka a nie inna cena oferty lub nie są poparte dowodami, zamawiający nie ma podstaw do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i dawania w ten sposób temu wykonawcy „drugiej szansy”.

W niniejszej sprawie Przystępujący EFA Elektromont miał zatem obowiązek wyjaśnić koszty wprost wyszczególnione przez Zamawiającego oraz koszty, które w świetle przytoczonego w wezwaniu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp sam wskazał jako uzasadniające cenę jego oferty. W tym zakresie wyjaśnienia Przystępującego powinny być – jak wskazano powyżej – szczegółowe, spójne i wyczerpujące.

Przystępujący EFA Elektromont złożył wyjaśnienia, w których wskazał na:

- swoje doświadczenie przy realizacji podobnych zadań, na co przedstawił też dowody w postaci wykazu wykonanych usług i protokołów obioru prac,
- optymalizację kosztów poprzez redukcję czasu pracy i zwiększenie jej efektywności,
- opracowany system czasochłonności dla każdego zakresu,
- wspólny warsztat, biura oraz pomieszczenia socjalne dla pracowników z uwagi na realizację innej umowy utrzymaniowej dla zakresu elektrycznego na tym samym obiekcie,
- stawkę 60 zł netto za robociznogodzinę, która obejmuje „płace pracownicze, koszty pośrednie firmy, prace naszego biura, nadzór BHP, wynajmy, narzędzia, drobne materiały pomocnicze, dodatkowe koszty nieprzewidziane powyżej”, przy czym dodał, że dokładne wartości powyższych składowych są tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostaną ujawnione, ale mimo to oświadczył, że wykonanie zadania jest możliwe w oferowanej stawce,
- to, że przy wycenie kosztów pracowniczych bazuje na kosztach płacy minimalnej.

Do wyjaśnień Przystępujący dołączył tabelę 2b pn. „Zestawienie aparatury i zakres prac przeglądów planowych rozszerzonych”.

Należy zgodzić się z Odwołującymi, że z tak lakonicznych wyjaśnień nie wynikają przede wszystkim konkretne wartości wskazanych kosztów, mimo że informacje takie są niezbędne do tego, by wykazać realność ceny i nawet Zamawiający w wezwaniu wprost wyszczególnił m.in. konieczność podania wysokości kosztów przewidzianych przy realizacji zamówienia. W szczególności Przystępujący EFA Elektromont nie wskazał konkretnej wysokości kosztów składających się na przyjętą przez niego stawkę 60 zł netto za rbh, zatem w ogóle nie wiadomo, czy faktycznie uwzględnił przewidzianą przepisami stawkę minimalną (i którą, bo ulega ona zmianie od terminu składania ofert), jakie konkretne kwoty zostały przypisane do pozostałych kosztów mieszczących się w tej stawce i czy są to koszty realne. Abstrahując od niezasadności powoływania się w tym zakresie na tajemnicę przedsiębiorstwa (i brak podania jakiegokolwiek dla niej uzasadnienia), przede wszystkim należy zauważyć, że odmowa ujawnienia wysokości konkretnych kwot składających się na ww. stawkę powoduje, że w istocie wyjaśnienia Przystępującego EFA Elektromont w tym zakresie są całkowicie nieweryfikowalne, a co za tym idzie – nie uzasadniają one tak podanej stawki. Przystępujący nie podał też wysokości przewidywanego zysku, mimo że Zamawiający wprost wyszczególnił w wezwaniu obowiązek podania tej informacji. Ponadto Przystępujący nie wyjaśnił, na czym konkretnie polega wskazana przez niego „optymalizacja kosztów”, „opracowany system czasochłonności”, „redukcja czasu pracy” (o ile, których prac to dotyczy, które koszty będą redukowane) i jak te wszystkie okoliczności wpływają na obniżenie ceny oferty.

Nie mają przy tym znaczenia wyjaśnienia i dowody, w których Przystępujący EFA Elektromont powołuje się na

wykonywanie innych podobnych zamówień, gdyż sam ten fakt może służyć ewentualnie wykazaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, natomiast przy wyjaśnianiu ceny oferty konieczne jest dodatkowo wykazanie, jaki wpływ ma powoływane doświadczenie na tę cenę, jakiego rzędu oszczędności generuje.

Przystępujący EFA Elektromont wskazał też na wspólny warsztat, który ma redukować koszty w zakresie najmu. Pomijając fakt, że O.B. twierdzi, że wszyscy wykonawcy uczestniczący w niniejszym postępowaniu realizują na rzecz Zamawiającego jakieś zadania i w związku z tym mają możliwość zaoszczędzenia kosztów najmu, co oznacza, że nie jest to sytuacja wyjątkowo sprzyjająca akurat Przystępującemu EFA Elektromont, przede wszystkim należy zauważyć, że w wyjaśnieniach nie wskazano, w jaki sposób ten wspólny warsztat ma funkcjonować zarówno w zakresie pracy ludzi, jak i korzystania z narzędzi biorąc pod uwagę specyfikę wykonywanych usług, jakiego rzędu oszczędności Przystępujący się dzięki niemu spodziewa, a zatem jaki wpływ ten wspólny warsztat ma na cenę oferty.

Podsumowując, należy wskazać, że wyjaśnienia Przystępującego EFA Elektromont pełne są ogólników i niejasnych deklaracji, natomiast brakuje w nich wyjaśnienia tego, jak wskazywane w nich okoliczności przekładają się na cenę oferty, a w szczególności - w jaki sposób została wyliczona stawka 60 zł, która niewątpliwie jest istotnym czynnikiem kosztotwórczym. Również z dołączonej tabeli ani z wykazu usług i protokołów obioru nie sposób uzyskać informacji brakujących w ww. wyjaśnieniach. Biorąc zatem pod uwagę ogólnikowość wyjaśnień i brak złożenia adekwatnych dowodów nie ma też podstaw do ponownego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Ponowne wezwanie może być bowiem kierowane do wykonawcy, który już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast w niniejszej sprawie mamy do czynienia z wyjaśnieniami, które nie zawierają żadnych konkretów i w konsekwencji – żadnych potwierdzających realność ceny dowodów. Tym samym powtórne wezwanie do ich złożenia stanowiłoby niezgodne z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp dawanie wykonawcy „drugiej szansy”. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego EFA Elektromont podlega odrzuceniu, gdyż złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Jednocześnie w pismach procesowych z 01.03.2024 r. Przystępujący EFA Elektromont odniósł się do zarzutów obu Odwołujących wyjaśniając:

- optymalizację kosztów i redukcję czasu pracy poprzez zarządzanie na tym samym terenie grupą 14 pracowników i podwykonawców, którzy mogą wykonywać zadania w ramach realizacji różnych zamówień, ponieważ nie są obłożeni pracą przez 8 godzin i 7 dni w tygodniu, zatem ograniczy to koszty wynagrodzeń,
- jakie czynności wchodzi w zakres 2 rbh wskazanych w załączniku nr 11 w kolumnie 7,
- że funkcjonowanie wspólnego warsztatu przyniesie oszczędności rzędu ok. 1 mln zł, a okres najmu pokryje się z okresem realizacji niniejszego zamówienia (z wyjątkiem 6 miesięcy, choć istnieje też możliwość przedłużenia tego najmu) i przedstawiając faktury za najem,
- koszty dyżurów pracowniczych,
- koszty składające się na stawkę 60 zł netto: 40 zł za rgh, koszty pośrednie – 16,80 zł, zysk – 2 zł, dyżury, utrzymanie gotowości serwisowej z RBG – 1,20 zł; wymieniając też koszty składające się na koszty pośrednie wraz z ich wysokością oraz wskazując, że przyjął stawkę minimalną w wysokości 28,10 zł,
- przydział zadań w zespole 2-osobowym (jeden specjalista z automatyki oraz jeden pracownik wsparcia serwisu),
- że koszty materiałów pomocniczych kalkulował osobno w zależności od tego, czy są zużywalne czy wielorazowego użytku.

Należy jednak wyraźnie stwierdzić, że podstawą do badania ceny oferty mogą być jedynie wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś ewentualne wyjaśnienia i dowody złożone dopiero przed Izbą w toku postępowania odwoławczego. Oznacza to, że wyjaśnienia Przystępującego EFA Elektromont przedstawione w ww. pismach procesowych nie mogą być przedmiotem oceny Izby, gdyż nie były zawarte w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, zatem Zamawiający nie mógł ich ocenić podejmując decyzję o nieodrzuceniu oferty i wybraniu jej jako najkorzystniejszej. Raz jeszcze należy podkreślić, że podstawą oceny, czy cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska, są wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – te zaś w niniejszej sprawie nie potwierdzają realności ceny oferty Przystępującego EFA Elektromont.

Odnosząc się natomiast do odpowiedzi na odwołania należy wskazać, że w świetle przepisów ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest badać realność ceny oferty wykonawcy w oparciu o złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do samodzielnego poszukiwania okoliczności potwierdzających, że cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska. Nie jest bowiem rolą zamawiającego wyręczenie wykonawcy w obowiązku wykazania realności ceny oferty. To wykonawca ma tę realność wykazać, a nie zamawiający, co jasno wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Tym samym braku odrzucenia oferty Przystępującego EFA Elektromont nie może uzasadniać własna wiedza Zamawiającego o warunkach najmu, czasochłonności poszczególnych czynności,

realizacji przez Przystępującego innych umów na rzecz Zamawiającego i stawkach przewidzianych w tych umowach, a także własne analizy Zamawiającego. W szczególności to Przystępujący powinien podać informacje wyjaśniające sposób ustalenia stawki 60 zł, tymczasem w odpowiedzi na odwołania to sam Zamawiający dokonuje analizy pozycji pierwszej w tabeli z wycenieniami, dochodzi do wniosku, że „weryfikacja powinna dotyczyć np. „pomiaru i sygnalizacji temperatury – cały tor pomiarowy” za 469 zł netto, a nie jej poszczególnych czynności serwisowych”, a nawet przeprowadza samodzielne wycenienia w zakresie czynności serwisowych. Zamawiający dołączył też do odpowiedzi na odwołania dowody w postaci wyciągów z umów i aneksów w celu porównania wynikających z nich stawek i wykazania, że cena Przystępującego EFA Elektromont zaoferowana w tym postępowaniu jest realna. To nie Zamawiający, ale Przystępujący powinien jednak wykazać realność ceny swojej oferty, gdyż jak już wyżej wskazano, z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy. Skoro Przystępujący złożył ogólnikowe wyjaśnienia, to obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie jego oferty z powodu braku złożenia wyjaśnień uzasadniających podaną cenę, czyli na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odsyłającego w swej treści do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Sam zresztą fakt, że Zamawiający podejmuje się samodzielnego wykazania realności ceny oferty Przystępującego EFA Elektromont dowodzi, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były jednak niewystarczające.

Zamawiający podnosił także, że niezasadne jest odrzucanie oferty tylko z powodu złożenia przez wykonawcę określonych wyjaśnień, w sytuacji gdy zamawiający ma przekonanie, że zawiera ona realną cenę. Należy jednak zauważyć, że w omawianym zakresie ustawa Pzp przewiduje trzy podstawy odrzucenia oferty:

- stwierdzona przez Zamawiającego rażąco niska cena lub koszt (art. 226 ust. 1 pkt 8),
- brak udzielenia wyjaśnień w wyznaczonym terminie (art. 224 ust. 6),
- złożenie wyjaśnień z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (art. 224 ust. 6).

Zatem sam ustawodawca przewidział jako podstawę odrzucenia oferty to, że wykonawca złożył wyjaśnienia z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Przyjęcie tezy Zamawiającego o niezasadności odrzucenia oferty z powodu niewystarczających wyjaśnień rażąco niskiej ceny musiałoby w istocie prowadzić do ignorowania art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, a w efekcie – do jego naruszania. W świetle powyższego, a także w świetle podniesionych w odwołaniach zarzutów, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego.

Nie jest też zasadna argumentacja Zamawiającego dotycząca braku przedłożenia przez Odwołujących dowodów na poparcie ich zarzutów. Odwołujący przede wszystkim skupili swoje zarzuty na wykazaniu, że wyjaśnienia wraz z dowodami złożone przez Przystępującego EFA Elektromont nie pozwalają na ustalenie, jakie są wysokości poszczególnych kosztów, jak została wyliczona cena oferty, a co za tym idzie – że jest ona realna. Izba zgadza się co do zasady z tym, że niezależnie od treści art. 537 ustawy Pzp odwołujący kwestionujący cenę w ofercie innego wykonawcy nie mogą poprzestać na gołosłownych zarzutach. Niemniej jednak jeżeli zarzuty dotyczą ogólnikowości wyjaśnień, a zatem opierają się na trzeciej z ww. podstaw odrzucenia oferty, to trudno żeby Odwołujący składali jakieś dowody, skoro dowodem samym w sobie jest w tym wypadku treść wyjaśnień Przystępującego.

Odnosząc się natomiast do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu w sprawie KIO 530/24 dotyczących odrzucenia oferty Przystępującego EFA Elektromont z powodu złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i jej niezgodności z warunkami zamówienia, należy stwierdzić co następuje.

Co do czynu nieuczciwej konkurencji w pierwszej kolejności należy zauważyć, że O.B. uzasadniając ten zarzut ograniczył się do podtrzymania argumentacji przywołanej dla zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny. Tymczasem ustawodawca przewidział odrębną przesłankę odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) i odrębną przesłankę odrzucenia oferty z powodu złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z przepisami o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Nie należy zatem automatycznie każdego przypadku rażąco niskiej ceny utożsamiać z czynem nieuczciwej konkurencji, gdyż konieczne jest także wykazanie ziszczenia się dodatkowych przesłanek przewidzianych w przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał natomiast przesłanek z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk i art. 3 ust. 1 uznk, w szczególności zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta oraz utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Ponadto w tej akurat sprawie Izba nie stwierdziła konieczności odrzucenia oferty Przystępującego EFA Elektromont z powodu rażąco niskiej ceny (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp), ale z powodu złożenia przez niego wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Co do kwestii niezgodności oferty z warunkami zamówienia, należy zauważyć, że Odwołujący powołał się na niezgodność z pkt 4.4. SWZ oraz z pkt 5.1.22. projektu umowy. W pkt 4.4. SWZ Zamawiający wskazał:

4.4. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w pkt 2.1.1 OPZ – Załącznika nr 1 do SWZ w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1320 z późn. zm.).

W pkt 5.1.22 projektu umowy Zamawiający wskazał:

5.1.22Zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę, Podwykonawców lub Dalszych Podwykonawców, realizujących usługi lub roboty budowlane, osób wykonujących czynności wskazane w pkt. 2.1.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia, jeżeli czynności te polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. W trakcie realizacji Umowy Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych odnośnie spełniania przez Wykonawcę, Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane powyżej czynności. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:

a) Żądania oświadczeń i dokumentów określonych poniżej w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów i dokonywania ich oceny,

b) Żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów,

c) Przeprowadzania kontroli na miejscu wykonywania Umowy;

przy czym wskazane wyżej czynności kontrolne ani ich skutki nie zwalniają Wykonawcy z należytego wykonania Umowy i nie uprawniają go do domagania się zmian Umowy, w szczególności przesunięcia terminów z niej wynikających.

W żadnym z powyższych postanowień Zamawiający nie wskazał, że niezbędna jest pracaw zespole minimum dwuosobowym. Ponadto Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie, że „wymagania dotyczące pracy w min. dwuosobowym zespole dotyczą prac realizowanych na obiekcie na polecenie pisemne. Nie wszystkie prace remontowe opisane w katalogu prac będą realizowane na obiekcie i wymagają pracy zespołu dwóch pracowników. Są to np. prace związane ze sprawdzeniem charakterystyki przetwornika lub wystawianiem protokołu z przeglądu”. Zarzut Odwołującego B.K. nie jest zatem oparty na niezgodności oferty Przystępującego EFA Elektromontz konkretnym wymogiem zawartym w dokumentach zamówienia, ale na pewnej interpretacji Odwołującego co do tego, jak powinny być realizowane określone czynności w ramach niniejszej usługi.

Tymczasem niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty w sytuacji braku wyraźnego wymagania, z którym oferta ta miałaby być niezgodna lub w sytuacji, gdy nie można bez wątpliwości stwierdzić niezgodności oferty z określonym wymaganiem, stanowiłoby naruszenie zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp. W powołanych przez Odwołującego postanowieniach, tj. w pkt 4.4. SWZ i w pkt 5.1.22. projektu umowy brak jest jednoznacznego wymogu wskazującego na niezgodność oferty Przystępującego EFA Elektromont, dlatego też zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadny i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępujących przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1, ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W sprawie KIO 530/24 odwołanie zawierało zarzuty dotyczące trzech podstaw odrzucenia oferty Przystępującego EFA Elektromont: rażąco niskiej ceny, czynu nieuczciwej konkurencji i niezgodności z warunkami zamówienia. Izba uwzględniła zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oraz oddaliła zarzuty dotyczące czynu nieuczciwej konkurencji i niezgodności z warunkami zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 1/3, a Odwołujący – 2/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składają się: 15.000 zł - wpis od odwołania, 3.600 zł - wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego, 518 zł - dojazd pełnomocnika Odwołującego na rozprawę oraz 3.600 zł wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego, co razem daje kwotę 22.718 zł. Tym samym Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 7.572,67 zł (1/3 z 22.718 zł), a Odwołujący - w wysokości 15.145,34 zł (2/3 z 22.718 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 19.118 zł (15.000 + 3.600 + 518 = 19.1180, a powinien ponieść je w wysokości 15.145,34 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600 zł, a powinien ponieść je w wysokości 7.572,67 zł. Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego

w wysokości 3.973 zł, co skutować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego ($19.118 - 15.145,34 = 3.972,66$ oraz $7.572,67 - 3.600 = 3.972,67$, przy czym każdorazowo uzyskany wynik podlega zaokrągleniu w górę do pełnych złotych zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia).

W sprawie KIO 535/24 Izba uwzględniła odwołanie w całości, zatem zasądzeniu podlegają koszty tylko na rzecz Odwołującego. Odwołujący nie złożył jednak do zamknięcia rozprawy żadnych rachunków ani spisu kosztów (art. 573 ustawy Pzp i § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia: „na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy”), co oznacza, że zasądzeniu na jego rzecz podlegają tylko koszty wpisu od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Przewodnicząca