

WYROK

z dnia 7 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2018 r. przez **K. K.ę** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wejherowie** przy udziale wykonawcy **Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – 18 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu w Wejherowie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy **Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdyni** i dokonanie ponownej oceny oferty odwołującego **K. K.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wejherowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **K. K.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – 18 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Wejherowie** na rzecz **K. K.** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych)

zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wejherowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na eksploatację i obsługę infrastruktury wodno–kanalizacyjnej na terenie kompleksów wojskowych nr 6033, 5253, będących w użytkowaniu JW 4651 Gdynia Babie Doły.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 22 stycznia 2018 roku wykonawca K. K. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań czynności przez zamawiającego, zarzucając naruszenie przepisów ustawy P.z.p. w postaci:

1. czynności wyboru oferty Wielobranżowego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. w Gdyni (dalej: przystępujący) jako najkorzystniejszej, w sposób stanowiący naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 art. 90 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., pomimo że oferta tegoż wykonawcy winna zostać odrzucona.
2. zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę oraz pomimo tego, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdzały, że oferta zawiera cenę rażąco niską, co narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p.,
3. zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o:

1. wydanie orzeczenia uwzględniającego w całości złożone w sprawie odwołanie,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
3. odrzucenie oferty przystępującego
4. dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu,
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z :

- a) oferty przystępującego
- b) pisma zamawiającego z dnia 05.01.2018 r. - wezwania do złożenia wyjaśnień,
- c) pisma przystępującego z dnia 8.01.2018r. - odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień na okoliczność niewykazania przez przystępującego braku zastosowania rażąco niskiej ceny oraz na okoliczność niezgodności oferty tegoż wykonawcy z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) oraz przepisami prawa.

6. zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego się, w tym kosztów zastępstwa procesowego wykonywanego przez adwokata na podstawie faktury VAT, a także uiszczonych kosztów odwołania.

7. wybór oferty K. K. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia i uzyskałby to zamówienie, gdyby nie miały miejsca niezgodne z prawem czynności zamawiającego. Oferta odwołującego uzyskała drugą punktację zaraz za wybraną ofertą przystępującego. Ponadto na skutek naruszenia przez zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy P.z.p. oferta odwołującego, która jest zgodna z treścią s.i.w.z. i ustawą P.z.p. nie została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Naruszenia te spowodowały, że odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w dniu 05.01.2018r. zamawiający na mocy przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy złożona przez tego wykonawcę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, gdyż zaproponowana cena za realizację przedmiotu umowy była o 46,57% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący złożył w dniu 08.01.2018r. pismo z wyjaśnieniami. Zgodnie z oświadczeniem zawartym w przedmiotowym piśmie przystępujący wskazał parametry, na podstawie których skalkulowano ofertę, wykazał koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia oraz wykazał zysk w postaci 2.500,00 zł netto miesięcznie. Zamawiający uznał owe wyjaśnienia za wystarczające i czynił dalsze czynności związane z wyborem oferty najkorzystniejszej. W ocenie odwołującego, wyjaśnienia złożone przez przystępującego nie dają podstawy do uznania przez zamawiającego, że wskazana przez tego wykonawcę cena za realizację przedmiotu nie jest rażąco niska. Po pierwsze wskazać należy na ogólny charakter tych wyjaśnień. Wykonawca nie wskazał okoliczności, które powodowałyby obniżenie ceny ani nie wykazał stopnia w jakim cena została obniżona przy zastosowaniu tych okoliczności. Zatem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający

oparł się wyłącznie na nieweryfikowalnych twierdzeniach przystępującego. Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom jedynie na podstawie twierdzeń zawartych w piśmie z dnia 08.01.2018r. tj. subiektywnej opinii wykonawcy, nie popartej żadnymi dowodami. Przystępujący nie wykazał szeregu kosztów, na które składają się: koszty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej np. koszty prowadzenia księgowości, koszty związane z bezpieczeństwem i higieną pracy, koszty związane z zatrudnianiem pracowników (np. składki ZUS obciążające pracodawcę). Wskazując w szczególności na koszty związane ze stałą, całodobową obsługą hydroforni, przystępujący nie uwzględnił dodatkowych kosztów związanych z pracą w godzinach nocnych. Nie wziął pod uwagę również kosztów związanych z przebywaniem pracownika/ów na zwolnieniu lekarskim czy na urlopie, kiedy to należy zapewnić zastępstwo nieobecnego w pracy pracownika, Ponadto wykonawca całkowicie pominął koszty związane z uposażeniem pracownika takich jak zakup ubrań czy zakup sprzętu/ materiałów niezbędnych do realizacji powierzonych mu obowiązków.

Zdaniem odwołującego, oferta przystępującego zawiera cenę rażąco niską a zamawiający uznając wyjaśnienia za wyczerpujące, naruszył normę art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym zamówieniu niewątpliwie istotną częścią składową, a zarazem najważniejszym elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które wydają się w odwołującemu rażąco niskie, są szczególnie koszty pracy. Odwołujący zwrócił uwagę, że z dniem 1 września 2016 r. ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw zmieniła brzmienie art. 90 ust. pkt 1 ustawy P.z.p. w ten sposób, że wykonawca, udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy, nie może wykazywać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe 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 oraz aktów wykonawczych do tej ustawy. Przepis ten swoim zakresem objął tym samym również kwestie wynagrodzenia dla osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług. Niezależnie od powyższego, należy zaznaczyć, że przepisy określające wysokość minimalnej stawki godzinowej weszły w życie z dniem 1 stycznia 2017r,

Odwołujący wskazał, że przystępujący, składając wyjaśnienia datowane na dzień 08.01.2018 r. :

- 1) nie załączył żadnych dowodów mających potwierdzić wskazane przez niego koszty.

2) nie wskazał co składa się na poszczególne wymienione przez niego wyjaśnieniach koszty. Wskazał jedynie parametry, na podstawie których skalkulował ofertę.

W ocenie odwołującego, zamawiający uznając, iż przedmiotowe wyjaśnienia złożone przez przystępującego są wystarczające i w sposób dostateczny wykazały brak zastosowania rażąco niskiej ceny, naruszył dyspozycję przepisu art. 90 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. Cena zaoferowana przez przystępującego jest nie tylko rażąco niska w świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., ale także jest niezgodna z przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

Odwołujący wskazał, że przystępujący w złożonych wyjaśnieniach przewidział, iż koszt związany ze stałą obsługą hydroforni wynosi 8.800 zł za miesiąc. Wartość ta abstrahuje od wymagań zamawiającego. Odwołujący wskazał, że w celu zapewnienia realizacji przedmiotu umowy zamawiający wymagał, by wykonawca dysponował zespołem pracowników, który zapewni realizację zadań ujętych w przedmiocie zamówienia. Na ww. zespół ma się składać 7 pracowników, przy czym:

1. 1 osoba do kierowania usługą,
2. 2 osoby na stanowiskach związanych z eksploatacją instalacji i sieci wodno-kanalizacyjnych,
3. 4 osoby na stanowiskach związanych z obsługą hydroforni, przepompowni itp.

Szczegółowe wytyczne związane ze stałą obsługą hydroforni zamawiający zawarł w pkt 1.12 załącznika nr 2 do s.i.w.z., w którym określił, że obsługa całodobowa ciągła utrzymania sprawności technicznej, eksploatacji, konserwacji oraz zabezpieczenia awarii: hydroforni, ujęć wody, zbiornika retencyjnego, przepompowni ścieków sanitarnych i deszczowych, sieci i przyłączy oraz instalacji wodno - kanalizacyjnych powinna zapewnić, że co najmniej jeden pracownik wykonawcy będzie pełnił w okresie umownym całodobowe dyżury w budynku hydroforni Kompleksie Wojskowym 6033.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 10 § 2 ustawy Kodeks pracy, państwo określa wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jest ono ustalane corocznie w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej i dla roku 2018 wynosi 2.100,00 zł brutto. Wartość ta nie stanowi jednak kosztu ich pracy, gdyż całkowity koszt pracodawcy zapewniającego minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2.532,81 zł brutto. Obowiązek zatrudniania osób na umowę o pracę wiąże się nie tylko z obowiązkiem wypłaty na ich rzecz kwoty wynagrodzenia odpowiadającej minimalnemu miesięcznemu wynagrodzeniu, ale także obowiązki wynikające z przestrzegania norm czasu pracy, przerwy na odpoczynek, urlopów,

dodatków za pracę w porze nocnej, święta czy nadgodzinach, zakaz zatrudniania w nadgodzinach poza normy określone w przepisach itp. Wszystkie te okoliczności składający ofertę oraz zamawiający muszą brać pod uwagę,

Zdaniem odwołującego się przewidywany przez zamawiającego zakres usług, w tym niezbędność zapewnienia całodobowej (24h) obsługi budynku hydroforni, wskazuje, iż w tym zakresie niezbędne jest zapewnienie pracy w wymiarze minimum 4,5 etatu. Skoro przystępujący wskazał, że koszt pracowników oddelegowanych do stałej obsługi hydroforni wynosi 8.800,00 zł, oznacza to, że przeznaczył on na jednego pracownika kwotę 1955 zł, co potwierdza, że nie wziął pod uwagę obowiązku odprowadzenia należnych podatków i składek związanych z zatrudnieniem każdego pracownika, ani też nie uwzględnił przepisów kodeksu pracy dotyczących minimalnego wynagrodzenia, pracy w porze nocnej, urlopów, nadgodzin itp. Wskazał, iż praca wymiarze 24 godzinnym siłą rzeczy wymaga pracy w nocy, a Kodeks pracy przewiduje, że osobom wykonującym obowiązki służbowe w porze nocnej przysługuje dodatek za każdą godzinę pracy w czasie przypadającym na porę nocną w wysokości 20% stawki godzinowej, wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 stycznia 2018 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

a. notatki służbowej z postępowania nr ZP- 60/BSU obsługa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej w kompleksie wojskowym 6033 Gdynia Babie Doły wraz ze złożonymi ofertami przedsiębiorców Nypel J. P. i WPRI sp. z o.o.,

3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie z przedłożoną fakturą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1, art. 90 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., poprzez wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty przystępującego, zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, zamawiający wskazał, że zarzuty te są chybione. Odwołujący zarzucając naruszenie art. 91 ust. 1 nie wykazał, w jaki sposób zamawiający naruszył przywołany przepis. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ogłoszeniu wskazał, że jedynym kryterium oceny ofert jakie zastosuje będzie cena. Odwołujący po publikacji ogłoszenia do momentu otwarcia ofert nie zwrócił się do zamawiającego, że opisał on kryteria oceny w sposób naruszający normę określoną w art. 7 i

art 91 ustawy P.z.p., jak też nie złożył odwołania w tym zakresie. Stąd też, należy wyciągnąć wniosek, że zamawiający wskazał, iż uzna za najkorzystniejszą ofertę tę, która spełnia wszystkie wymagania ustawy P.z.p. i s.i.w.z. oraz będzie zawierała najniższą cenę. Zamawiający podkreślił, że wypełnił normę określoną w art. 91 ust. 2a, ponieważ wykazał we wniosku o rozpoczęcie postępowania, stanowiącym załącznik do protokołu, że jest uprawniony do zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. Wskazał, że dokonując wyboru oferty z najniższą ceną nie narusza w żaden sposób przepisów ustawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3, zamawiający wskazał, że nie znajduje on potwierdzenia w faktach i dokumentacji postępowania. Norma określona w wyżej przywołanym przepisie wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że w toku badania i oceny ofert, wypełniając postanowienia art. 90 ust. 1a, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień elementów dotyczących ceny, jednocześnie wyznaczając termin ich złożenia. Zamawiający z ostrożności wypełnił dyspozycję tego przepisu, aby nie narazić się na zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej zawierającej rażąco niską cenę.

Zamawiający stwierdził, że biorąc pod uwagę swoje doświadczenie w zakresie udzielania zamówień publicznych mógł odstąpić od realizacji procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Podniósł, że w 2017 roku prowadził postępowanie o zamówienie pod nazwą obsługa infrastruktury wodnokanalizacyjnej w kompleksie wojskowym 6033 Gdynia Babie Doły na podstawie wyłączenia wynikającego z art. 4 pkt 8, ponieważ wartość tej usługi nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30000,00 euro. Termin realizacji wynosił 7 miesięcy; w postępowaniu tym zostały złożone dwie oferty: przez przystępującego z ceną 137528,79 PLN — miesięcznie po 19646,97 PLN oraz przez Nypel J. P. na kwotę 129500,00 PLN - miesięcznie po 18500,00 PLN. Zamawiający udzielił zamówienia przedsiębiorcy Nypel J. P. . Przyjmując 12 miesięczny okres realizacji zamówienia oferta przedsiębiorcy Nypel J. P. wynosiłaby 222.000,00 PLN a oferta przystępującego – 235.765,64 PLN. Z powyższego wynika, że przystępujący składając ofertę z kwotą 264115,56 PLN dopełnił należytej staranności w obliczeniu ceny.

Zamawiający powołał się na opinię prawną Urzędu Zamówień publicznych, z której wynika, że zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia przykładowo kiedy wartość

zamówienia została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone oferty potwierdzają tę sytuację oraz kiedy ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania straciła na swojej aktualności po wszczęciu postępowania, w szczególności na etapie składania ofert, kiedy zamawiający dokonuje ich badania.

Zamawiający wskazał, że sprawdził dwutorowo, czy oferta może zawierać cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na podstawie obliczeń ustalił, że cena niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert wynosiłaby 226.114,29 PLN. Z wiedzy zamawiającego przedsiębiorcy realizujący profesjonalnie zamówienia publiczne niejednokrotnie weryfikują wartość zamówienia wskazując na błędne założenia przy ustalaniu wartości zamówienia przez zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że odwołujący odniósł się jedynie do składnika, jakim są koszty pracy. Zamawiający w s.i.w.z. w punkcie 4 rozdziału 3 jednoznacznie wskazał, jakie czynności mają wykonywać osoby zatrudnione na umowę o pracę. To jednoznacznie wskazuje, że nie wszystkie czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia muszą być wykonywane przez osoby zatrudnione na umowę o pracę.

W piśmie procesowym z dnia 5 lutego 2018 roku przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że cena oferty złożonej w niniejszym postępowaniu została skalkulowana w sposób rzetelny, a wynagrodzenie pokrywa całość kosztów niezbędnych do poniesienia przez wykonawcę celem realizacji przedmiotu zamówienia z należytą starannością.

Przystępujący podniósł, że z przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. (tak m.in. KIO 1756/16 z dnia 11.10.2016 r., KIO 2068/16 z dnia 10.11.2016)

Przystępujący stwierdził, że w rozpoznawanym przypadku nie doszło do naruszenia żadnego z przepisów wskazywanych przez odwołującego. Przepis art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. odnosi się do określonego przez zamawiającego kryterium oceny ofert, które to zostało wskazane w treści ogłoszenia jak i s.i.w.z. i nigdy nie kwestionowane. Przepis art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień

dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę lub jeśli złożone wyjaśnienia potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska, co interpretowane jest jako złożenie wyjaśnień, które nie przekonują, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy. W niniejszym postępowaniu należyte wykonanie zamówienia nie jest zagrożone, a wyjaśnienia zostały złożone i nie budziły wątpliwości zamawiającego. Tym samym nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

Przystępujący podniósł, że obecnie obowiązująca treść przepisu art. 91 ust. 1a ustawy P.z.p. zmieniła podejście do obowiązku zamawiającego w zakresie wezwania do składania wyjaśnień, poprzez możliwość zastosowania wyjątku w postaci istnienia „okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”.

W ocenie przystępującego, zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia w tej sprawie ma treść wezwania skierowanego do przystępującego (pismo z dnia 5.01.2018 r.) w którym zamawiający wskazuje: „Zamawiający nie chcąc narazić się na zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej zawierającej rażąco niską cenę, na podstawie art. 90 ust. 1 wzywa Wykonawcę (...) do złożenia szczegółowych wyjaśnień, dotyczących kosztów pośrednich, kosztów zakupu, zysku, kosztów pracy”. Tym samym zamawiający traktował wezwanie jako dopełnienie niejako formalnego obowiązku, a nie merytorycznego badania ceny oferty z uwagi na to, że budziła ona jakichkolwiek wątpliwości zamawiającego. Z tego też powodu ujęcie w złożonym wyjaśnieniu wszystkich elementów, co do których zostało sformułowane wezwanie, obrazujące sposób kalkulacji ceny oferty jest prawidłowym działaniem wykonawcy i odpowiedzią potwierdzającą, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Przystępujący stwierdził, że znaczenie dla weryfikacji złożonych wyjaśnień, ma fakt, że wykonawca zadeklarował samodzielne wykonanie zamówienia, a niniejsze zamówienie jest usługą, co oznacza, że z punktu widzenia dowodowego złożone oświadczenie własne wykonawcy jest wystarczające. Tym samym bezzasadne jest formułowanie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 Pzp w kontekście braku załączenia do wyjaśnień stosownych dowodów. Samo oświadczenie wykonawcy w postaci złożonych wyjaśnień jest dowodem. Pojęcie dowodu nie zostało zdefiniowane, a dodatkowo ustawa nie zawiera żadnych ograniczeń w tym zakresie. Przystępujący powołał się w tym zakresie na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2014 r. (sygn. akt. KO/KU 40/14), zgodnie z którą za dowód może być uznane również oświadczenie samego wykonawcy.

Przystępujący wskazał, że u zamawiającego są realizowane zamówienia w zakresie zbieżnym z niniejszym zamówieniem. Wskazał, że w maju 2017 r. składał ofertę na wykonanie obsługi infrastruktury wodno-kanalizacyjnej w kompleksie wojskowym 6033 Gdynia Babie

Doły, oferując realizację tego zamówienia w okresie od 1.06.2017 r. do 31.12.2017 r. za kwotę 137.528,79 zł. brutto, a więc za kwotę miesięcznego wynagrodzenia w wysokości 9.646,97 zł. Nie uzyskał tego zamówienia, bowiem ofertę niższą tj. na kwotę 129 00,00 zł., czyli 18 500,00 zł brutto miesięczne złożył inny wykonawca uzyskując zamówienie. Tak więc wskazana w ofercie wysokość wynagrodzenia miesięcznego w wysokości ponad 22 000,00 zł jest znacznie wyższa od tej ceny, za jaką było realizowane zamówienie.

Przystępujący od maja 2013 r. do maja 2017 r. świadczył usługę w zakresie infrastruktury wodno-kanalizacyjnej w Jednostce Wojskowej 4651 Gdynia Babie Doły, gdzie wartość miesięczna realizowanej usługi wynosiła 21 873,50 zł.

W ocenie przystępującego, odwołujący winien udowodnić, że nie ma możliwości wykonania zamówienia w sposób należyty za kwotę wskazaną w ofercie. Podkreślił, że odwołujący nie kwestionuje w całości złożonych wyjaśnień. Swoją argumentację odnosi jedynie do jednej pozycji złożonych wyjaśnień, a mianowicie do kwoty wskazanej pod lit. a) koszt pracy stałej obsługi hydroforni” - przedstawiając wyliczenia, że kwota 8 800,00 zł jest niewystarczająca na pokrycie wynagrodzenia pracowników. W ocenie przystępującego, zarzut ten należy uznać za całkowicie chybiony, gdyż przyjęte do kalkulacji ceny, a odnoszące się do wynagrodzenia osób zaangażowanych w realizację zamówienia koszty pracowników zostały podane w pkt. a) - c) złożonych wyjaśnień. Zatem przystępujący na pokrycie kosztów pracowniczych i wymaganych prawem zobowiązań podatkowych przyjął do kalkulacji kwotę 14.000, 00 zł.

Przystępujący wskazał, że zgodnie z wymogami s.i.w.z., wykonawca celem potwierdzenia spełniania warunków miał dysponować 7 osobami. Obowiązek zatrudnienia dotyczył tylko osób fizycznych, a jedynym opisanym przez zamawiającego obowiązkiem odnoszącym się do sposobu realizacji zamówienia był obowiązek całodobowego dyżuru jednej osoby w budynku hydroforni w Kompleksie Wojskowym 6033. S.i.w.z. nie zabraniała łączenia funkcji osób dyżurujących z wykonywaniem drobnych napraw w trakcie pełnienia dyżuru. Przystępujący posiadający wiedzę, a przede wszystkim praktykę w wykonywaniu prac na tym konkretnym zadaniu, przyjął, że częściowo prace są łączone przez jednego pracownika, co nie było zabronione, a przede wszystkim było praktykowane dotychczas. Stąd błąd odwołującego co do przedstawionych wyliczeń tabelarycznych w złożonym odwołaniu, który do kalkulacji kosztów pracy przyjął tylko jeden element z treści wyjaśnień. Tym samym skoro odwołanie zostało oparte na błędnym założeniu to winno zostać oddalone.

Zdaniem przystępującego, w kontekście postawionych zarzutów i przedstawionej jako załącznik do odwołania kalkulacji, jedynym argumentem z jakim można by się zgodzić to argumentacja i orzecznictwo traktujące o możliwości składania wyjaśnień więcej niż jeden raz.

Przystępujący stwierdził, że zamawiający prawidłowo odczytał złożone wyjaśnienia i nie miał wątpliwości, ale przy tak skonstruowanych zarzutach, nawet gdyby cokolwiek było niejasne lub złożone wyjaśnienia budziłyby wątpliwości zamawiającego, (szczególnie że zarzuty dotyczą tylko jednego z elementów złożonych wyjaśnień) to zarzutem odwołania winno być zaniechanie do ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, a nie żądanie odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p .

Przystępujący przedstawił kalkulację, która – w jego ocenie – nie tylko pokazuje, że wynagrodzenie spełnia wymogi prawne, ale jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, zgodnie z wytycznymi wynikającymi ze zmiany ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw, a także zawiera wszelkie koszty dodatkowe, w tym w szczególności tzw. koszty obciążające pracodawcę tj. część składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający ustalił jedno kryterium oceny ofert, tj. cenę (100%).

Zgodnie z treścią załącznika nr 2 do s.i.w.z. pkt 1.11, w celu realizacji umowy wykonawca powinien dysponować zespołem pracowników, który zapewni realizację zadań ujętych w przedmiocie zamówienia. W składzie zespołu:

- 1 osobą, do kierowania usługą, posiadającą co najmniej wykształcenie średnie techniczne o specjalności instalacji sanitarnych wraz z udokumentowanym 5 letnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierowniczym, która posiada poświadczenie bezpieczeństwa osobowego w zakresie dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „ZASTRZEŻONE”, a w przypadku braku poświadczenia bezpieczeństwa, posiada pisemne upoważnienie kierownika jednostki organizacyjnej o dopuszczeniu do prac związanych z dostępem danej osoby do informacji niejawnych o klauzuli zastrzeżone oraz posiada zaświadczenie o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.
- 2 osobami posiadającymi minimum wykształcenie zawodowe i pięcioletnie doświadczenie zawodowe na stanowiskach związanych z eksploatacją instalacji i sieci wodno - kanalizacyjnych.

- 4 osobami posiadającymi minimum wykształcenie zawodowe i pięcioletni staż pracy na stanowiskach związanych z obsługą hydroforni, przepompowni, ujęć wody itd.

W myśl pkt. 1.12, obsługa całodobowa ciągła utrzymania sprawności technicznej, eksploatacji, konserwacji oraz zabezpieczenia awarii: hydroforni, ujęć wody, zbiornika retencyjnego, przepompowni ścieków sanitarnych i deszczowych, sieci i przyłączy oraz instalacji wodno-kanalizacyjnych powinna zapewnić, że co najmniej jeden pracownik wykonawcy będzie pełnił w okresie umownym całodobowe dyżury w budynku hydroforni w Kompleksie Wojskowym 6033.

Szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego wyniosła: 401.912,19 zł, co stanowi równowartość 96.268,69 euro.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty:

- 1) oferta odwołującego z ceną 381.926,40 zł brutto
- 2) oferta przystępującego z ceną 264.115,56 zł brutto

Na realizację przedmiotu zamówienia zamawiający zamierza przeznaczyć: 494.352,00 zł brutto.

Pismem z dnia 5 stycznia 2018 roku zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w celu ustalenia, czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienia dotycząc elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający zwraca się o wyjaśnienie elementów dotyczących ceny, jeżeli wartość oferty jest niższa o 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania,

W toku badania i oceny ofert zamawiający stwierdził, że zaproponowana cena za realizację przedmiotu zamówienia wynosząca 264.115,56 zł brutto jest o 46,57% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania z należytą starannością. Stąd też, zdaniem zamawiającego, zachodzą przesłanki do twierdzenia, że cena zawarta w ofercie wykonawcy może być ceną rażąco niską, gdyż za ofertę z taką ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Przyczyną oferowania takiej ceny może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność przyjętej przez wykonawcę

kalkulacji grożąca niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia.

Zamawiający, nie chcąc się narazić na zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej zawierającej rażąco niską cenę, na podstawie art. 90 ust. 1 wezwał wykonawcę Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o do szczegółowych wyjaśnień dotyczących kosztów pośrednich, kosztów zakupu, zysku, kosztów pracy.

Wykonawca w wyjaśnieniach powinien wskazać wszelkie obiektywne czynniki, odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, konkretne okoliczności, które będą dla niego źródłem przychodów lub obniżenia kosztów lub które będą uprawniały zamawiającego do oceny, że zaoferowana nie stwarza ryzyka niewykonania umowy przez wykonawcę.

Wykonawca zobowiązany jest w sposób jednoznaczny wykazać zamawiającemu, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wykonanie umowy będzie dla niego opłacalne, tzn. że wykonawca będzie w stanie pokryć wszystkie koszty związane z realizacją całości przedmiotu zamówienia z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu od zamawiającego, przy jednoczesnym zachowaniu reguł rynkowych, przepisów prawa, terminu realizacji zamówienia oraz warunków zawartych w dokumentacji przetargowej i podpisanej umowie.

Zamawiający jednocześnie poinformował, że odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 8 stycznia 2018 roku przystępujący udzielił odpowiedzi następującej treści:

„Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o. o. z siedzibą w Gdyni w odpowiedzi na wezwanie z dnia 05.01.2018r oświadcza, że złożona oferta cenowa nie zawiera rażąco niskiej ceny albowiem:

1. Wycena oferty została sporządzona w oparciu o załączony do materiałów przetargowych Opis Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 2 do SIWZ).

2. Wykonawca dokonał wyceny oferty znając bardzo dobrze przedmiot zamówienia poprzez posiadanie 3,5 letniego doświadczenia w eksploatacji i konserwacji infrastruktury wodociągowo-kanalizacyjnej na terenie Jednostki Wojskowej 4651 oraz uwzględniając oprócz dotąd występującego zakresu prac, również dodatkowe elementy eksploatacji i konserwacji, w skład których wchodzi między innymi:

- pompownia wód opadowych EPS-PI prod. Ecol-Unicon;
- KW 5253 (BLIŻSZA);
- zapasowy zbiornik retencyjny dwukomorowy;
- usuwanie przecieków na instalacji wewnętrznej;
- czyszczenie i płukanie hydrantów zew, i wew. raz do roku;

3. Wykonawca skalkulował ofertę na podstawie poniższych parametrów:

- koszty pośrednie - 64%;
 - koszty zakupu - 10%
 - zysk - 12%;
 - koszty pracy awaryjnej - 17,40 zł netto
-
- a) koszt pracy stałej obsługi hydroforni (zł brutto) - 8.800,00/mc
 - b) koszt pracy służby eksploatacyjno-naprawczej (zł brutto) - 4.400,00/mc
 - c) nadzór (kierowanie realizacją usługi) - 800,00/mc
 - d) podstawowe materiały eksploatacyjne - 200,00/mc
 - e) sprzęt (ryczałt miesięczny) - 200,00 / mc

Ponadto bliskie położenie naszego przedsiębiorstwa od realizowanego zadania pozwala nam na większe oszczędności w organizacji zaplecza technicznego.

Powyższe świadczy o opłacalności realizacji umowy oznaczając miesięczny zysk Wykonawcy na poziomie 2 500,00 zł netto.

4. Wykonawca przy wycenie oferty uwzględnił przepisy obowiązującego prawa, termin realizacji zamówienia oraz warunki zawarte w dokumentacji przetargowej, w szczególności wymóg zatrudnienia pracowników na podstawie umów o pracę.

Mając powyższe na uwadze, potwierdzamy, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz gwarantujemy właściwe wykonywanie umowy w ramach zaoferowanej ceny.”

W dniu 17 stycznia 2018 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawie wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit.

W myśl ust. 1a, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen

wszystkich złożonych ofert, 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 należny 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.

W rozpoznawanej sprawie cena oferty przystępującego była o 46,57% niższa od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający zwrócił się zatem do przystępującego o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie w dniu 2 lutego 2018 roku podnosił, iż mógł odstąpić od realizacji procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Wskazywał, że ustalona przez niego wartość zamówienia została przeszacowana. Powołał się na opinię prawną Urzędu Zamówień publicznych, z której wynika, że zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana. Jako dowód na powyższą okoliczność wskazał notatkę służbową z postępowania nr ZP- 60/BSU „Obsługa infrastruktury wodno-kanalizacyjnej w kompleksie wojskowym 6033 Gdynia Babie Doły” wraz ze złożonymi ofertami przedsiębiorców Nypel J. P. i WPRI sp. z o.o.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu ze zgłoszonej notatki, stwierdzając, iż zamawiający nie wykazał, że zakres postępowania, którego dotyczy notatka, oraz zakres przedmiotowego postępowania pokrywają się ze sobą. Na rozbieżność zakresu czynności w obu postępowaniach wskazują chociażby tytuły obu postępowań – w bieżącym postępowaniu występuje obiekt 5253, którego nie było w poprzednim postępowaniu. Zamawiający podnosił co prawda, że obiekt ten nie jest istotny zwłaszcza pod względem czynności, jakie należy na nim wykonać, niemniej jednak stanowiska swojego w żaden sposób nie udowodnił. Nie przedstawił Izbie do porównania zakresu czynności wymaganego w postępowaniu z 2017 roku ani też żadnej kalkulacji, z której wynikałoby, że szacunkowa wartość zamówienia w bieżącym postępowaniu winna być zbliżona do tej z 2017 roku.

Niezależnie od powyższego, Izba podkreśla, że fakt przeszacowania wartości zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., może stanowić okoliczność zwalniającą zamawiającego z obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, co oznacza, że z możliwości tej zamawiający może skorzystać wyłącznie na etapie oceny ofert; nie może natomiast powoływać się na nią dopiero w

postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, co oznacza, że – oceniając ofertę – nie miał wątpliwości co do wysokości ustalonej przez siebie szacunkowej wartości zamówienia. Świadczy o tym treść wezwania z dnia 5 stycznia 2018 roku, z którego wynika, że „zdaniem zamawiającego, zachodzą przesłanki do twierdzenia, że cena zawarta w ofercie wykonawcy może być ceną rażąco niską, gdyż za ofertę z taką ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Przyczyną oferowania takiej ceny może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność przyjętej przez wykonawcę kalkulacji grożąca niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia.”

Tym samym Izba nie zgadza się ze stanowiskiem przystępującego, że został wezwany do złożenia wyjaśnień wyłącznie dlatego, że zamawiający nie chciał narazić się na zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej zawierającej rażąco niską cenę. Stanowisku temu przeczy treść wezwania, w tym szczególności fragment wskazany w poprzednim akapicie.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu ciężar ten spoczywał na przystępującym, który - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać istnienie okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 – 5 ustawy P.z.p. i poprzeć złożone wyjaśnienia dowodami.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia z dnia 8 stycznia br. są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że przystępujący rzetelnie oszacował ofertę. Przystępujący wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. znajomość przedmiotu zamówienia i bliskie położenie jego przedsiębiorstwa od realizowanego zadania. Nie przedstawił natomiast, w jaki sposób czynniki te wpływają na obniżenie ceny i nie podał wartości, o jakie mógł obniżyć cenę w związku z wykazanymi okolicznościami.

Wskazane przez przystępującego czynniki są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi konkretnymi kwotami, o jakie przystępujący mógł obniżyć cenę. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przystępujący nie wykazał przy tym, iż wskazane wyżej okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom. Znajomość przedmiotu zamówienia i bliskie położenie są okolicznościami dotyczącymi również odwołującego, stąd też trudno przyjąć, iż okoliczności te są właściwe jedynie dla przystępującego.

Co do zasady Izba zgadza się ze stanowiskiem przystępującego, iż nie w każdym przypadku należy składać dowody, jak również, że złożenie dowodów nie zawsze jest możliwe. Niemniej jednak okoliczności takie nie zaszły w tym postępowaniu. Przystępujący mógł złożyć dowody, chociażby w postaci umów zawieranych ze swymi pracownikami, z których wynikałoby ich wynagrodzenie w wysokości zadeklarowanej przez przystępującego.

Izba nie podziela stanowiska przystępującego, iż to odwołujący winien udowodnić, że nie ma możliwości wykonania zamówienia w sposób należyty za kwotę wskazaną w ofercie. Fakt wystosowania przez zamawiającego wezwania o udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny rodzi po stronie wzywanego wykonawcy obowiązek wykazania, iż zaoferowana przez niego cena jest skalkulowana na rynkowym poziomie i nie ma cech ceny rażąco niskiej. Wynika to wprost z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p. Ustęp 1 wskazanego artykułu określa, jakież to okoliczności mogą wpłynąć na obniżenie ceny oferty, przy czym wymieniony tam katalog nie ma charakteru zamkniętego. Wykonawca może i powinien powołać się na wszelkie czynniki pozwalające mu zaoferować cenę na niższym poziomie. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego nie dają żadnej wiedzy co do zasadności zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do zarzutu przystępującego, iż odwołujący w istocie zakwestionował wyłącznie koszt pracy stałej obsługi hydroforni, Izba podkreśla, iż – istotnie – koszt ten był jedyną konkretną wartością, do której odwołujący odniósł się w odwołaniu. Nie oznacza to jednak, że Izba powinna rozpoznawać odwołanie wyłącznie w zakresie tego jednego zarzutu. Odwołujący zakwestionował ogólną cenę oferty wskazując na lakoniczność udzielonych wyjaśnień, brak konkretów i dowodów, zwłaszcza w zakresie kosztów pracy i konieczności zapewnienia pracownikom minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej wynikających z właściwych przepisów. Wobec powyższego Izba rozpoznała podnoszone zarzuty w kontekście rozumianego ogólnie obowiązku wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że zarzuty odwołującego w zakresie wyłącznie kosztów pracy stałej obsługi hydroforni należy również uznać za uzasadnione. Przystępujący nie wykazał bowiem, w jaki sposób ustalił wysokość tych kosztów, jakie czynniki wziął pod uwagę. Nie przedstawił kalkulacji ani dowodów potwierdzających wskazaną kwotę.

Izba nie podziela stanowiska przystępującego, iż zarzutem odwołania winno być zaniechanie do ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, a nie żądanie odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p .

Zamawiający w wezwaniu z dnia 5 stycznia 2018 roku poinformował przystępującego, że ma udzielić szczegółowych wyjaśnień dotyczących kosztów pośrednich, kosztów zakupu,

zysku, kosztów pracy, w wyjaśnieniach powinien wskazać wszelkie obiektywne czynniki, odnoszące się do elementów oferty i mające znaczenie dla należytej realizacji zamówienia, konkretne okoliczności, które będą dla niego źródłem przychodów lub obniżenia kosztów lub które będą uprawniały zamawiającego do oceny, że zaoferowana nie stwarza ryzyka niewykonania umowy przez wykonawcę. Przystępujący zobowiązany został w sposób jednoznaczny wykazać zamawiającemu, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wykonanie umowy będzie dla niego opłacalne, tzn. że wykonawca będzie w stanie pokryć wszystkie koszty związane z realizacją całości przedmiotu zamówienia z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu od zamawiającego, przy jednoczesnym zachowaniu reguł rynkowych, przepisów prawa, terminu realizacji zamówienia oraz warunków zawartych w dokumentacji przetargowej i podpisanej umowie.

W ocenie Izby, zamawiający wezwał przystępującego o wskazanie tych okoliczności, które – jak uznał – były niezbędne do ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Przystępujący miał je wykazać w sposób szczegółowy, jednoznaczny, poparty dowodami i okolicznościami uzasadniającymi obniżenie kosztów itp. Przystępujący nie wskazał elementów i czynników, o podanie których wnosił zamawiający. Ponowne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień mogłoby być uzasadnione jedynie wówczas, gdyby wykonawca złożył wszystkie wyjaśnienia, o które podanie których został wezwany, a mimo to istniałyby jeszcze pewne wątpliwości wymagające wyjaśnienia. W rozpoznawanym przypadku okoliczności takie nie miały miejsca.

Odnosząc się do dowodów dołączonych przez przystępującego do pisma procesowego, Izba wskazuje, że informacje takie winny być przekazane przez przystępującego zamawiającemu w związku z wystosowanym przez niego wezwaniem z dnia 5 stycznia 2018 roku, nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: *złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten*

przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....